

«La economía política como
jurisprudencia racional»

(Aproximación a la teoría económica del derecho)

CANDIDO PAZ-ARES

Departamento de Derecho Mercantil.
Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO. INTRODUCCION. 1. *Preliminar: El derecho, el mercado y el trabajo interdisciplinar.* 2. *El marco cultural del análisis económico del derecho.* 3. *El lugar de la new law & economics en las relaciones entre economía y derecho.* 4. *El proceso de formación de la teoría económica del derecho.* 5. *El modelo general y los tipos de análisis. Planteamiento.*—II. REFERENCIA A LOS FUNDAMENTOS TEORICOS DEL ANALISIS. 6. *El punto de partida: el derecho como sistema de incentivos y rémoras.* 7. *El homo oeconomicus y las leyes capitales de la economía política neoclásica.* 8. *El principio de orden: la norma de eficiencia en la formulación paretiana.* 9. *El principio de construcción: el teorema de Coase.*—III. ACERCAMIENTO AL MODELO ANALITICO. 10. *La doctrina de los property rights. Hacia una teoría económica del derecho de propiedad.* 11. *Enfoque económico de la responsabilidad civil.* 12. *Función económica del derecho de los contratos.* 13. (Sigue) *Referencia especial a las condiciones generales de la contratación.* 14. *Conclusiones: la decisión jurídica como decisión del mercado.* 15. *Un ensayo de interpretación unitaria del derecho privado.*—IV. REFLEXIONES CRITICAS. 16. *Planteamiento general: una visión reduccionista.* 17. *Crítica metodológica.* 18. *Crítica axiológica.* 19. *La recepción del análisis económico del derecho por la teoría del derecho privado del Estado social.* 20. *Consideración final.*

I

1. Todas las ciencias corren de vez en cuando el peligro de un cierto entumecimiento si no reciben ideas de refresco. Esto sucede rara vez dentro del ejercicio académico cotidiano, produciéndose, en cambio, con relativa frecuencia, merced al generoso influjo de alguna

ciencia vecina. No creo equivocarme mucho si afirmo, en este sentido, que una de las renovaciones más prometedoras (o, cuando menos, más sobresalientes), que registran los estudios jurídicos en nuestros días, tiene su origen en el relanzamiento que ha experimentado la teoría económica individualista en el curso de estas dos últimas décadas. Es cierto, sin embargo, que la «solidaridad» entre la economía política y el Derecho privado (como ordenamientos complementarios de la sociedad civil autónoma) no es un tema nuevo: los juristas siempre han sido muy conscientes de la unidad profunda que subyace a los postulados de la economía clásica y a la formulación que el codificador decimonónico hiciera del Derecho privado; por ello, no hay que exagerar la modernidad del fenómeno: «Si quiero encontrar el derecho —señalaba hace ya más de cien años Lorenz von Stein— debo buscarlo en los conceptos de aquél que lo crea... Una definición legal no es, por lo tanto, una definición legal en el sentido usual de la palabra..., sino una definición económica» (*Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, 1876). Mas sí conviene precisar el distinto alcance y significación que, antes y ahora, se atribuye a esa unidad de la jurisprudencia y la ciencia económica y deshacer así ciertos malentendidos en la materia. Para ello resulta absolutamente necesario deslindar dos planos que a menudo se han venido confundiendo: el plano del objeto y el plano de la elaboración. En la literatura clásica, la unidad entre ambas instancias (económica y jurídica) se articulaba única y exclusivamente a nivel del objeto o, si se prefiere, a nivel de la realidad, que, después, era estudiada separadamente por juristas y economistas (cuyas investigaciones permanecían, por consiguiente, de carácter «unidisciplinar»). Y al respecto no había ninguna duda: la correspondencia estructural entre el sistema de economía de mercado y el sistema del Derecho privado era tan clara y coherente que incluso —llegará a decirse— funda la *constitución económica* del ordenamiento occidental (1). En ello no me detendré; cualquier precisión ulterior sobre lugar tan común en la literatura resultaría de inmediato ociosa. Me esforzaré, más bien, por comenzar el estudio justo donde esa afirmación acaba, es decir, en el plano que he llamado de la elaboración; porque ésta es la *terra incognita* que hoy merece ser explorada. La tarea podría plantearse del siguiente modo: admitido que ambos sistemas de distribución social de los recursos (el mercado y el Derecho privado) obedecen a la misma lógica (la maximización de la riqueza, según tendremos ocasión de considerar), ¿por qué las distintas ciencias que se ocupan de ellos *deben permanecer incomunicadas e incluso diferentes?* (2).

(1) Así, por todos, E. J. MESTMÄCKER, *Power, Law and Economic Constitution*, en *German Economic Review*, 1973, p. 181. La cita de von Stein, que se reproduce en el texto, ha sido asimismo recogida de este trabajo, p. 182 (que, en su totalidad, constituye una buena introducción a la problemática enunciada. Puede consultarse también, bajo el título de *Macht - Recht Wirtschaftsverfassung*, en la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 137, 1973, pp. 97 y ss.).

(2) En realidad se afirma que la ciencia jurídica no tiene por qué di-

En esa brevísima formulación se contiene todo un atractivo programa de trabajo universitario, a cuya difusión y esclarecimiento quieren contribuir estas páginas; el programa de un importante grupo de juristas (o mejor, *lawyer-economists*, como ellos mismos acostumbran a identificarse), cuya doctrina —en la medida en que se concibe a sí misma como una teoría del derecho adecuado al mercado (*markt-rationales Recht*)— postula que, en última instancia, todas las valoraciones jurídicas pueden (e incluso deben) ser reconstruidas e interpretadas con arreglo a las categorías que nos suministra el pensamiento económico (3). Se diría así —y selecciono un ejemplo de no difícil comprensión— que la norma que contiene el artículo 1.106 de nuestro Código civil no hace sino sancionar con el lenguaje específico de los juristas una ley fundamental de la economía política clásica, a tenor de la cual la utilización de precios equivalentes a los llamados costes de oportunidad (*opportunity costs*) induce a los operadores a la maximización conjunta del valor del cambio. Y ello porque obliga a la parte que viola su deber contractual a satisfacer un precio (el importe conjunto del lucro cesante y del daño emergente) que es igual al coste de oportunidad del incumplimiento (valor del «sacrificio de no hacer una cosa para hacer otra», por supuesto, más rentable), incentivando de esta manera aquellas conductas que generen un incremento de la suma total de utilidades (de la *riqueza*) a través del «cambio» alternativo (4). Los ejemplos podrían multiplicarse; mas no será necesario para que nos hagamos una idea de lo que se pretende.

El tipo de análisis que late tras esta suerte de razonamientos, por otra parte, me parece ciertamente novedoso en el marco de los estudios jurídicos continentales, en los que la inteligencia del derecho resulta normalmente confiada a leyes y principios elaborados de forma casi exclusiva en la perspectiva de una ciencia jurídica *autónoma*. Y amén de novedoso, a más de uno se le antojará teoría derechamente heterodoxa. Se convendrá en cualquier caso que puede tratarse de un ejercicio intelectualmente estimulante, al que *a priori* no debe renunciarse, si estamos de acuerdo en que nuestra tarea es la de contribuir a una cada vez más cabal comprensión del sistema jurídico. En esta convicción —que no descarta, sin embargo, muchas dudas e incertidumbres—, el propósito central de las páginas que siguen radica en una primera y provisional aproximación al nuevo método de la investigación jurídica, con el fin de contribuir a sensibilizar al jurista de nuestro país con una línea de pensamiento —que puede cifrarse en la fórmula del «análisis económico del derecho» (*economic analysis of law*)—, cuyo objetivo último, como decíamos hace un momento, será la entera

ferir de la teoría de los precios —que, como tal, constituye la teoría económica del sistema de mercado—, habida cuenta de que, como se postula, el Derecho privado no organiza sino un *mercado institucional* o *hipotético*.

(3) Cfr. N. HORN, *Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der «Economic Analysis of Law»*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 176, 1976, pp. 332-333.

(4) Cfr. R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1977, p. 399.

explicación del mundo jurídico (en su doble vertiente, institucional y conductista) mediante el recurso a las categorías, métodos y técnicas; al instrumental, en una palabra, peculiar del economista (5).

Nos encontramos, pues, ante un proyecto de *trabajo interdisciplinar* de primer orden y acaso —más allá de las discusiones teóricas que sólo en muy contadas ocasiones logran escapar del terreno estrictamente epistemológico— ante el único que ha dado ya importantes frutos positivos (por su cantidad y calidad) para la resolución de concretos problemas y situaciones jurídicas. Pero también es cierto que su mismo programa descubre una «acusación» frente a la ciencia tradicional del derecho. El recurso a la interdisciplina, es decir, a la utilización de instrumentos culturales ajenos a la propia formación (en este caso, el jurista que recurre a la economía política) significa para nosotros —para todas las generaciones formadas en las aulas del pensamiento dogmático— la constatación de una cierta marginación cultural. En efecto, advertida la estrechez y la escasa productividad social del estudio aislado de la forma y la «positividad» de las normas, de la tradición positivista en suma, la vocación hacia el Derecho privado trata de remontar su propia condición a la búsqueda de espacios culturales a dividir con otros, en una fragmentariedad de métodos y direcciones que denuncia con frecuencia la precariedad del propio *status*. Si esta impresión no es incorrecta, se convendrá que el solo intento de la *new law & economics* pulsa en sí mismo (y sin perjuicio de cuál sea su intrínseca validez) el déficit metodológico de la ciencia del derecho más tradicional, al mismo tiempo que renueva la esperanza de todos aquéllos que han hecho del estudio del Derecho privado su quehacer cotidiano (6). Me parece que estas razones son importantes;

(5) No se confunda esta fórmula (*economic analysis of law*) con aquella otra que recientemente se ha denominado *economía del derecho* (v. G. SANTINI, *Il commercio. Saggio di economia del diritto*, Bologna, 1979, *passim*); la cual, desde una perspectiva radicalmente distinta (cfr. *ibi*, p. 14, nota 1), se propone reconstruir el *iter* formativo de las relaciones e instituciones jurídicas que efectivamente (sociológicamente) se dan en el comercio jurídico, poniendo el acento no tanto en resultado final de las «obras de ingeniería jurídica», cuanto en la explicación analítica de cada pieza o segmento (entendidos como elementos intercambiables y sustituibles entre sí) que tienden a conformar el andamiaje instrumental de que se valen los operadores. Para un primerísima aproximación al nuevo método (que, por lo demás, se sitúa en una línea semejante a lo que los sociólogos del derecho alemanes —Rehbinder, etc.— denominan *Rechtstatsachenforschung*), v. F. GALGANO, *Il saggio di economia del diritto di G. Santini*; y G. AULETTA, *Un saggio di economia del diritto*, ambos en la *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1980, pp. 1072 y ss. y 1080 y ss., respectivamente; así como la recensión que yo mismo he realizado en la *Revista de Derecho Mercantil*, 1979, pp. 669 y ss.

(6) Resulta curioso constatar cómo incluso en el área del *common law* (que, en principio, se caracteriza por una ciencia jurídica mucho más abierta a la realidad extrajurídica que la correspondiente de los sistemas del *civil law*) se ha señalado que el análisis económico del Derecho nace en la necesidad de buscar fundamentos *alternativos* para la decisión jurídica (alternativos al *llangdellianism*, que quería desarrollar la ciencia del Derecho en el estrecho marco de las «reglas jurídicas, las opiniones judiciales y el análisis lógico», viniendo a ser así lo que podríamos llamar una «*Begriffsjuris-*

que serán suficientes para justificar la oportunidad del presente escrito, el cual, por lo demás, no tiene más pretensiones que la de ofrecer una elemental información sobre la «teoría económica del derecho» y la de desenvolver unas reflexiones preliminares sobre el papel que a la misma pueda asignarse en el marco de una ciencia jurídica verdaderamente renovada, de una jurisprudencia —importa subrayar— que no precisamente desde hoy se nos muestra constitutivamente *abierta* (y, por ende, dispuesta también al diálogo interdisciplinar) (7). A tal fin —y ya sin más preámbulos— abordo el punto primero de la exposición, relativo, como hemos anunciado, a las condiciones ambientales en que nace y progresa la nueva metodología.

2. Como era de esperar, el análisis económico del derecho no se presenta como un fenómeno aislado; sin renunciar a su condición de «teoría específica del derecho», despunta en el contexto de un más amplio movimiento de la universidad norteamericana que se reconoce en la necesidad —ideológica y científica— de profundizar y ensanchar el cuerpo teórico del pensamiento liberal. El movimiento, asociado básicamente a la Escuela de Chicago, tiene su momento fundacional en la obra de Franck Knight, Theodore Schultz, Henry Simons y, sobre todo, Milton Friedman. Por lo que ahora interesa, se procede a recuperar las viejas ideas del *laissez faire* y a articular una sólida teorización (contra los postulados clásicos de Pigou y Keynes) del

prudenz a la americana): cfr. D. H. J. HERMANN, *Book Review* (del *Economic Analysis of Law* ya citado de POSNER) en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1974, 1974, pp. 354-355 e *ibi* ulteriores indicaciones bibliográficas. En este sentido el análisis económico del Derecho se inscribe de forma inequívoca en la tradición *realista* americana (v., por todos, E. SCHANZE, *Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A.: Verbindungslinien zur realistischen Tradition*, en H. D. ASSMANN, C. KIRCHNER y E. SCHANZE, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg-Ts., 1978, pp. 7-8), si bien no deben olvidarse todas las críticas de que ha sido objeto por sus intentos de «reconceptualización» (con categorías económicas ahora) del pensamiento jurídico (v., sobre todo, A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism*, en *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, pp. 451 y ss. Este autor llega a crear un neologismo para calificar el proyecto del análisis económico del Derecho: *Econominalism* (*ibi*, p. 459, nota 26).

(7) El referido carácter *abierto* me parece hoy incontestable. Citaré sólo unas palabras de dos reconocidos «juristas dogmáticos», tan poco sospechosos de propuestas, se diría, «alternativizantes», como lo son Rittner y Mestmäcker, para confortar el aserto: «La *ciencia jurídica*, especialmente la ciencia del Derecho privado, muestra MESTMÄCKER, ya no puede ser caracterizada en nuestro tiempo como conocimiento desnudo de las leyes y la jurisprudencia. Se sitúa [...] en el contexto de las demás ciencias sociales [...]. Especialmente las instituciones básicas del Derecho privado ya no tienen sentido en sí mismas, sino y ante todo, como partes del orden total» [F. RITTNER, *Zum gegenwärtigen Stand neoliberaler Rechtstheorie* (trabajo que sustancia una recensión de E. J. MESTMÄCKER, *Recht und ökonomische Gesetz*, Baden-Baden 1978) en *Archiv für civilistische Praxis*, vol. 180, 1980, p. 402]. Incluso tan acérrimo defensor de una ciencia del derecho *cerrada* como es K. LARENZ se ha visto obligado a admitir este «cambio de rumbo» en la última edición de su *Metodología de la ciencia del Derecho*— trad. esp. de la 4.ª ed. alemana de 1979, Barcelona, 1980, pp. 410 y ss.

Estado mínimo —y demás ideas implicadas, *deregulation*, administración en lugar de gobierno de la economía, etc.—, en el intento de reprimar una sociedad civil verdaderamente autónoma que, independientemente del Estado y en congruencia con su propia *constitución* (la economía política clásica), estará en condiciones de producir el *maximum* de bienestar social (8). Por otra parte, ahora desde el punto de vista científico, este movimiento de la *nueva economía* se sitúa en la perspectiva de la célebre proposición de Keynes (inserta en la *Introduction to Cambridge Economic Handbooks*), según la cual «la teoría económica es un método más que una doctrina, un instrumento mental, una técnica del pensamiento que permite a su poseedor alcanzar las conclusiones correctas». Y desde esta óptica de la economía como ciencia general de la sociedad, se propone aplicar el análisis microeconómico a la investigación de las realidades más dispares; al comportamiento y las organizaciones humanas no económicas (suicidio, matrimonio, familia, etc.); a la estructura y función del sistema político; a la historia; y también, por supuesto, a las relaciones e instituciones jurídicas (9). Su influencia se extiende a través de cuatro grandes vías: la corriente monetarista; la teoría del capital humano; la doctrina de los *property rights*; y la escuela de la *Public Choice* (10).

(8) El lector interesado por la obra de la Escuela de Chicago y por el renacimiento del pensamiento liberal, podrá consultar con provecho la reciente obra de P. SCHWARTZ, *Bibliografía de la libertad*, Madrid, 1980. Para una primera aproximación a ese temario, continúa siendo texto de indispensable consulta M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1962. (*Capitalismo y libertad*, trad. esp., Madrid, 1966). Fuera del círculo de Chicago, la obra más significativa en punto a la restauración del pensamiento liberal se debe a F. A. HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, trad. esp., Madrid, 1978 y, del mismo autor, *Camino de servidumbre*, trad. esp., Madrid, 1978.

(9) Un resumen de los resultados de las investigaciones más significativas realizadas en estos sectores, así como una introducción general a la *nueva economía*, en una exposición asequible al no especialista, se encontrará en H. LEPAGE, *Mañana el capitalismo*, trad. esp., Madrid, 1978. El lector español dispone en el momento de una considerable cantidad de ediciones en castellano sobre estas materias (sobre todo sobre la ciencia económica de la política): v. los números especiales dedicados a estos temas por las siguientes revistas: *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 1980, n. 2 (titulado *Problemas económicos actuales en una perspectiva liberal*); *Información Comercial Española*, enero 1980 (bajo el rótulo de *Economía de la conducta humana*); y *Revista Española de Economía*, volumen doble, mayo-diciembre, 1978, pp. 245 y ss. En ellos se ofrece una variada panorámica de la producción científica en la materia y una extensísima información bibliográfica. Desafortunadamente, el sector de la investigación jurídica está totalmente desatendido, si se exceptúan un par de artículos, que citaremos en el curso del trabajo. Una primera aproximación a los conceptos fundamentales puede encontrarse, sin embargo, en J. PÉREZ DE AYALA, *Las instituciones políticas y jurídicas ante la moderna teoría económica: un análisis conceptual*, en *Anuario de Ciencia Económica*, 1971, pp. 5 y ss.

(10) Además de las indicaciones contenidas en la nota precedente, me remito a M. FRIEDMAN, K. BRUNNER y otros, *El nuevo monetarismo*, trad. española, Madrid, 1971, sobre la primera de las vías señaladas; a la revisión bibliográfica de M. BLAUC, *The Empirical Status of Human Capital Theory*, en *Journal of Economic Literature*, vol. 14, 1976, pp. 827 y ss., sobre la se-

Se sostiene, en consecuencia, que la ciencia económica y política (o jurídica o sociológica) son estructuralmente del mismo tipo; que cuando eventualmente se obtenga una ciencia política (o jurídica o sociológica) satisfactoria tendrá los mismos rasgos distintivos que los *Elements* de Walras, o el *Manuel* de Pareto, o incluso los *Principles* de Marshall (11). El resultado es claro: una auténtica ruptura de las fronteras interdisciplinarias de las diferentes ciencias que se ocupan de la sociedad. Pues bien, éste es el ambicioso proyecto en el que se inscribe el análisis económico del derecho, que, por ende, asumirá en su estudio de la realidad jurídica la normativa o *preceptiva* de la «nueva economía», cuyas proposiciones nucleares pueden quedar formuladas del modo que sigue: (i) Toda la actividad humana (social, económica, jurídica y política) se explica desde el paradigma del *homo oeconomicus*, que postula que el hombre actúa siempre racionalmente como maximizador de *valor* (es decir, de sus fines en la vida). En semejante paradigma se encerraría la clave epistemológica de la nueva teoría: la «metodología individualista». (ii) El modelo de decisión óptima viene proporcionado por el *sistema de mercado* (cuyos correlatos son: la sociedad civil autónoma, la democracia política y la autonomía jurídica de la voluntad). Cualquier tipo de decisión heterónoma (intervención del Estado) resulta invalidada en su misma raíz: el crecimiento del Estado —dirá Friedman— se debe a la mano visible de la política, que trabaja en dirección contraria a las fuerzas de la economía; en la vida económica, quienes sólo buscan su propio interés (he ahí el *homo oeconomicus*) son guiados por una mano invisible a favorecer el interés público (12). Esta proposición descubre la teoría de la decisión óptima de la entera orientación. (iii) Por último, a nivel de legitimación, se reemplaza la «moral» por la *utilidad*, constituyéndose a la eficiencia en la única y suprema instancia de legitimidad. Se dirá así, por ejemplo, que la deshonestidad es censurable

gunda; y a D. C. MUELLER, *Public Choice: A Survey*, en *Journal of Economic Literature*, vol. 14, 1976, pp. 395 y ss., sobre la cuarta. Sobre la teoría de los *property rights*, v. *infra*, n. 10.

(11) D. BLACK, *La unidad de las ciencias política y económica*, en *Revista Española de Economía*, mayo-diciembre 1978, p. 273.

(12) Para salir al paso de algunos malentendidos, aclararé enseguida que la posición de la Escuela de Chicago no es fungible con la de la Escuela de Friburgo. Sus planteamientos son notablemente divergentes, bien que arranquen de idénticos o muy parecidos postulados. La diferencia básica entre la doctrina del «ordo-liberalismo» y la «nueva economía» se encuentra en relación a la teoría del *Estado mínimo*, pues los neoliberales alemanes de la «economía social de mercado» reconocen en la conformación de la «justicia social» al lado de la *invisible hand* del mercado smithiana, una «mano visible del Derecho» (*sichtbare Hand des Rechts*): v. al respecto el libro del más destacado discípulo de F. Bohm, considerado hoy el principal representante de la teoría jurídica neoliberal, E. J. MESTMÄCKER, *Die sichtbare Hand des Rechts*, Baden-Baden, 1978. Sobre la Escuela de Friburgo, en general, v. el reciente trabajo de K. ZWEIG, *The Origins of the German Social Market Economy. The Leading Ideas and the Intellectual Roots*, London, 1980. De especial interés para el jurista siguen siendo las páginas que W. FIKENTSCHER le dedica al tema en su conocida monografía *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlin, 1958, pp. 14 y ss.

porque resulta ineficiente o que una política redistributiva (de la renta) es incoherente porque no incentiva la producción que, en última instancia, es la variable decisiva en la formación del interés general (13).

En estas coordenadas tematiza la *new law & economics* las conexiones entre el orden jurídico y el orden económico. Y siendo los pilares básicos en los que se asienta cualquier discurso sobre la realidad de naturaleza exquisitamente económica, probablemente se habrá ya advertido que el derecho se presenta en buena medida como mero y simple *datum* a reelaborar con arreglo a los cánones peculiares de la ciencia económica. El planteamiento «retrospectivo» es claro: reducida al mínimo la acción *reguladora* del derecho, observaba ya Gounot, el orden jurídico se arrodilla ante el orden económico (14). Se conecta, pues, con la más pura tradición liberal. Pero abordemos el tema un poco más detenidamente.

3. Las relaciones entre la economía y el derecho —y resulta innecesario insistir en ello— son numerosas, enrevesadas y, desde siempre, objeto de las más diversas teorizaciones (15). En esta ocasión, sin embargo, vamos a ocuparnos de una muy concreta, que, en espera de expresión más adecuada, calificaremos de *mediación normativa* entre ambas instancias (económica y jurídica) de la realidad. La fórmula en cuestión (entendida, por supuesto, desde el primado de la economía) postula que la racionalidad jurídica de la norma existe sólo en la medida en que traduzca una *ley económica*. La perspectiva a que quiere aludirse, ciertamente, es extraña en nuestra tradición: mientras lo normal y regular ha sido el «análisis jurídico de la economía», es decir, el intento de aprehender la realidad económica con las categorías elaboradas por la ciencia jurídica (y por ahí encajaría toda esa desviación metodológica consistente en proyectar el «deber ser» sobre

(13) Cfr. G. J. STIGLER, *Un repaso a la ética de la competencia*, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, 1980, n. 2, pp. 3 y ss. y R. AUDOIN, *La ética de la sociedad competitiva*, *ibi*, pp. 15 y ss. Podría pensarse que se trata de una restauración del utilitarismo benthamiano; sin embargo, a pesar de que esto es lo que ciertamente se ha dejado entender (cfr. R. A. POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1978, pp. 104-105), se ha demostrado que entre el criterio utilitarista (maximización de la felicidad, definida ésta como *surplus* de placer sobre dolor) y el criterio deducible de la teoría económica (eficiencia como maximización de la riqueza) existe una considerable diferencia—por ejemplo, si se utilizan como criterios de evaluación jurídica, mientras el primero lleva hacia una política redistributiva y hacia reglas jurídicas *tutivas* (paternalistas, dice Posner), el criterio eficientista niega esas posibilidades, que destruyen la individualidad generadora de la prosperidad (cfr. POSNER, *op. ult. cit.*, pp. 136 y 119 y ss.).

(14) *Apud* G. FARJAT, *L'ordre public économique*, París, 1963, p. 79.

(15) Para un cumplido examen de cómo han sido tematizadas estas relaciones en el curso de la historia del pensamiento jurídico (con una propuesta al respecto desde el ángulo de la *Teoría Crítica*) me remito a CH. ZÖPEL, *Ökonomie und Recht. Ein wissenschaftshistorischer und wissenschaftstheoretischer Beitrag zum Verhältnis von Wirtschafts- und Rechtswissenschaften*, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974.

el «ser» como forma de *comprensión* de la realidad —la lógica de Palmström— (16), a cuya superación sin duda habrá de contribuir la ya mentada *economía del diritto*, lo que verdaderamente no podemos considerar habitual es el proceso diametralmente inverso: *constituir en objeto de la investigación el derecho desde un punto de vista económico* (17). El análisis económico del derecho, por tanto —y máxime si pretende (que sí lo hace) configurarse como una «teoría general del derecho»—, está negando de raíz la posibilidad de un análisis específicamente jurídico. Kelsen, sin duda, apostillaría que su «resultado no puede ser otro que la ruina de la verdadera ciencia jurídica»; y, de hecho, su ubicación en los esquemas de una metodología jurídica tradicional es marginal. Las pocas palabras que le dedica Fikentscher en su monumental tratado sobre el método son reveladoras al respecto: «el recurso a principios y conceptos económicos a través de los cuales —según pretende la *new law & economics*— debe ser construido el derecho» constituye uno de los elementos medulares de «la crítica general del derecho» (*allgemeine Rechtskritik*) (18).

Mas tampoco hay que creer que semejante planteamiento es absolutamente moderno —cuando menos en los Estados Unidos. Con anterioridad a la *new law & economics* se habla de una *old law & economics* (19), cuyo área de investigación se centra básicamente —aunque no de forma exclusiva, pues atañe también a ciertos sectores intervenidos (*regulated areas*)— en el derecho *antitrust*. Mucho antes de que el análisis económico del derecho asistiese a su clamoroso éxito, ya resultaba expediente ampliamente aceptado por los juristas americanos la inquisición de la *ratio* económica de las prácticas antimonopolísticas; la finalidad era clara: extraer de ello una directriz

(16) Cfr. U. MÜCKENBERGER, *La legitimación a través de la negación de la realidad*, en P. BARCELONA, D. HART y U. MÜCKENBERGER, *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*, trad. esp., Madrid, 1977, pp. 98-99. Señaló como dato curioso que en esta misma lógica —que Leff bautiza ahora con la expresión de la «rosa de Gilmore»— parece caer también el análisis económico del Derecho (cfr. A. A. LEFF, *Law and ...*, en *Yale Law Journal*, vol. 87, 1978, pp. 989 y 1009-1010).

(17) Cfr. H. KOCH, *Besprechung* (de POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit.), en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Recht*, vol. 40, 1976, p. 181.

(18) W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, II (Anglo-amerikanischer Rechtskreis)*, Tübingen 1975, p. 437.

(19) Cfr. R. A. POSNER, *Economic Approach to Law*, en *Texas Law Review*, vol. 53, 1975, p. 759. Los esfuerzos ocasionales por realizar un verdadero *approach* económico en el estudio del Derecho, deben considerarse como «pseudo-económicos» (así, por ejemplo, la llamada «teoría económica de la responsabilidad civil» —efectivamente criticada por R. POUND en *The Economic Interpretation and the Law of Torts*, en *Harvard Law Review*, vol. 53, 1940, pp. 365 y ss.). Hubo, sin embargo, algunas contribuciones anteriores a 1960 (fecha en que se data el nacimiento de la *new law & economics*, v. *infra*, n. 4) que ya revelaban una utilización (aunque intuitiva) de la teoría económica, como, por ejemplo, el trabajo de L. FULLER, *Consideration and Form*, en *Columbia Law Review*, vol. 41, 1941, pp. 799 y ss., y algunas sentencias judiciales. Estas observaciones, así como las citas de Pound y Fuller, las recojo de POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, cit., p. 106.

interpretativa (*legal policy*) para resolver el caso concreto (introduciéndola, cuando contrastaba con la letra de la ley, a través de la *rule of reason* y, en caso contrario, a través de la *per se rule*) (20). Pero mientras esa «vieja literatura jurídico-económica» confinaba su atención al derecho que gobierna «relaciones económicas explícitas», otras zonas del ordenamiento (propiedad, contratos, responsabilidad, etc.), permanecían al margen de semejante análisis económico. A mi juicio, sin embargo, la diferencia capital entre la *old law & economics* y la *new law & economics* se proyecta más allá de una mera diversidad de objetos de estudio; radica más bien en un distinto punto de vista sobre la (eventual) contribución que la teoría económica pueda aportar para la recta determinación y explicación del derecho (21).

A este respecto —y para mejor evidenciar el *modo característico* del análisis económico del derecho— parece conveniente, siquiera sea muy brevemente, repasar las maneras (o modos) en que la economía o (mejor) el economista puede colaborar al desarrollo de la doctrina jurídica y a la misma formación de la decisión jurídica (*legal decision-making*). Distinguiré a los efectos de este estudio tres grandes hipótesis, cuyas fronteras, sin embargo, no deben considerarse rígidas, ni siquiera nítidas: (i) La primera de ellas describe la contribución de la economía al derecho en términos meramente informativos (21 bis). El economista interviene en la tarea específicamente jurídica para explicar aquellas categorías económicas a las que se remite el derecho en la definición de la norma. Así, por ejemplo, se llamará al economista para que explique qué se esconde tras el concepto de «criterio contable generalmente admitido» a que se refiere el artículo 37 del Código de comercio (aunque este ejemplo —soy consciente de ello—, probablemente no es el más afortunado). El economista, en este caso, actúa simplemente como un técnico (22). (ii) En una segunda hipótesis, el economista intervendrá en el proceso jurídico como un *super-técnico*; me explico: al igual que en el supuesto anterior, el econo-

(20) En este sentido se puede citar la obra de J. B. DIRLAM y A. E. KAHN, *Fair Competition. The Law and Economics of Antitrust Policy*, Ithaca (New York) 1954. Para una información más completa me remito a R. A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis, in University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, pp. 925 y ss. y al documentadísimo escrito de CH. KIRCHNER, «*Ökonomische Analyse des Rechts*» und *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 144, 1980, pp. 563 y ss.

(21) Parece manifestarse en contra POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., pp. 758-759, quien únicamente establece como punto de divergencia la naturaleza diversa de las materias que son objeto de estudio.

(21 bis)) Cfr. B. REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, Bielefeld, 1978, pp. 39-41. La función de la ciencia económica es meramente descriptiva: «Tatsachensaufklärung als Weg zur Wirklichkeitserkenntnis».

(22) El economista asume un papel idéntico a aquél que puede desempeñar un médico a la hora de determinar el sentido y contenido del impedimento de impotencia. Es decir, toma el problema jurídico tal como se lo plantea el decisor jurídico (*legal decisor-maker*—juez o intérprete—) y aporta, como experto, su experiencia (*his expertise*). Así, A. K. KLEVORICK, *Law and Economy Theory: An Economist's View*, en *American Economic Review*, vol. 65, 1975, p. 237.

mista toma el problema tal y como se lo plantea el jurista, pero con la particularidad (ahora) de que la entera estructura del problema es de naturaleza económica. Los objetivos e incluso el mismo diseño de las instituciones y de la doctrina jurídicas están explícitamente definidos en términos económicos. El economista, en tal tesitura, es llamado para aconsejar y evaluar las vías más coherentes en orden a la consecución de los objetivos específicos de la norma. La mayor parte de la *old law & economics literature* creo que debe incluirse en esta categoría; sobre todo, la relativa al derecho *antitrust*. Como super-técnico, el economista, en realidad, no hace otra cosa que determinar para un área particular el fin (que para un área general) el jurista —intérprete de la norma— tiene en la mente; pero no hace nada más; no por ello deviene un auténtico *policy-maker*. Este tipo de mediación, como el anteriormente enunciado, es de carácter empírico, no normativo (23). En este campo no será difícil incluir muchas materias del *Derecho económico*, aquéllas justamente que se señalan como uno de los momentos de la funcionalización del Derecho privado [entendida aquí la funcionalización *sub especie* de ensanchamiento de la materia tradicional a través de la agregación de las llamadas *leyes económicas* (*Wirtschaftsgesetze*)] (24). Por otra parte, es menester consignar también aquí que este plano del análisis no es fungible con el *modus operandi* que ha desarrollado una determinada línea de la jurisprudencia alemana (en el marco, primero, del Derecho tributario y, más tarde, del derecho de la competencia, llegando incluso a afectar a la más general categoría del Derecho económico) bajo el nombre de «modo económico de observación» (*wirtschaftliche Betrachtungsweise*) (25), que, en realidad, no sería más que un nuevo supuesto de la interpretación teleológica, pues lo que se busca a través de la valo-

(23) *Ibid*, pp. 238-239.

(24) Cfr. H. D. ASSMANN, *Zur Steuerung gesellschaftlich-ökonomischer Entwicklung durch Recht*, en H. D. ASSMANN, G. BRUGGEMEIER, D. HART y C. JOERGES, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein-Ts., 1980, pp. 250-251.

(25) V. P. ULMER, *Überlegungen zur Wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht*, en *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1971, pp. 878 y ss.; O. SANDROCK, *Die Einheit der Wirtschaftsordnung. Über Macht und Ohnmacht von Gesetzgeber und Richter im Wirtschaftsrecht*, Frankfurt a M., 1971, pp. 43 y ss.; A. TEICHMANN, *Die «wirtschaftliche Betrachtungsweise» in der Anwendung des GWB*, en *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts und Unternehmensrecht, Festschrift für H. BARTHLOMEYCZIK*, Berlín, 1973, pp. 377 y ss.; y críticamente F. RITTNER, *Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, Karlsruhe, 1975. Este método (aceptado positivamente por el pár. 1 Abs. 2 de la *Steueranpassungsgesetz* de 1934 (cfr. ULMER, *op. ult. cit.*, pp. 880-881) y reconocida su congruencia por el Tribunal Constitucional con el principio del Estado de derecho (cfr. BVerfGE 13, 318/328 *apud* ULMER, *loc. cit.*) se ha llevado al derecho de la competencia, donde se ha ensayado una interpretación económica del concepto de «contrato», para incluir en él diversos supuestos de práctica anticoncurrenciales (v. TEICHMANN, *op. ult. cit.*, pp. 382 y ss.; también ULMER, *op. cit.*, pp. 883 y ss.). Otros autores proponen su utilización más generalizada en el Derecho económico, al objeto de asegurar la «unidad del ordenamiento económico» (cfr. SANDROCK, *op. ult. cit.*, p. 57).

ración de la realidad es recabar indicios para determinar, con arreglo a los objetivos peculiares de la norma, en qué dirección se deberá aplicar la ley (26). Conviene reseñar, no obstante, que este tipo de «observación» se resuelve, en última instancia, en un análisis de los hechos (se habla ya de *tatsächlichen Betrachtungsweise*), más que en un estudio específicamente económico; podría en este sentido considerarse como un avanzado exponente de lo que la tradición vivantiana llamara «atenta observación de la realidad» (27). (iii) La tercera hipótesis a la que quería referirme —y la que desde ahora constituirá el motivo central de estas páginas— vendría recortada a aquellos supuestos en los cuales el economista —hablando en metáfora— asume el papel característico del jurista. El economista ahora propone un nuevo vocabulario y aporta su peculiar estructura analítica para el examen de los problemas jurídicos que podemos considerar tradicionales (por ejemplo, para la cuestión de la oferta pública de recompensa). Ya no toma el problema —como todavía sucedía en la hipótesis precedente— tal y como se lo formula el jurista; no, lo plantea en sus propios términos, dando lugar así a una explicación alternativa del derecho y, con ello, a una nueva «proposición» del mismo (28). El economista, se habrá ya advertido, actúa como un verdadero *policy-maker* que «falla» (en sus escritos universitarios o en las sentencias) no de acuerdo a derecho, sino de acuerdo a «economía», si se me permite utilizar tan irregular expresión (29). Pues bien, a este punto es a donde quería llegar, pues es en él donde considero que se produce la especificidad más característica de la *new law & economics*: la habilitación de la teoría microeconómica neoclásica como teoría del derecho o (lo que es lo mismo) de la *economía política como jurisprudencia racional*. La literatura que se mueve en esta línea (y el modelo teórico que en ella se percibe) se ha ido haciendo, en el curso de estos últimos años, cada vez más compacta y general, pudiéndose afirmar que hoy en día el proceso ya está definitivamente consolidado. No estará de más, sin embargo, seguir un poco más de cerca esa evolución, la cual —como

(26) Cfr. ULMER, *op. cit.*, pp. 882 y 884; TEICHMANN, *op. cit.*, pp. 381-382, y (conclusivamente), p. 393. ULMER califica al método de medio interpretativo según la naturaleza de la cosa (*Natur der Sache*) (*ibi*, p. 882). SANDROCK, por su parte, lo sitúa en la línea de la «jurisprudencia de intereses» (*op. cit.*, pp. 55-56).

(27) Cfr. SANDROCK, *op. cit.*, pp. 43 y ss.; TEICHMANN, *op. cit.*, p. 381; ULMER, *op. cit.*, p. 885. Lo que en todo caso importa subrayar es que «el modo económico de observación no transforma ni el derecho ni los métodos [tradicionales] de enjuiciamiento»: REBE, *Privatrecht*, cit., p. 47.

A caballo entre esta hipótesis y la siguiente (aquella que consideramos específica de la *new law & economics*) probablemente habría que situar cierta literatura de los maritimistas anglosajones y escandinavos muy preocupada por la alineación de las reglas jurídicas a la lógica económica (sobre todo, la minimización de los costes) (v. I. ARROYO, *La distribución del riesgo en el Derecho marítimo*, Madrid, 1977, *passim*, esp., pp. 1-18 e *ibi* ulteriores indicaciones bibliográficas).

(28) V. KLEVORICK, *op. cit.*, pp. 239 y ss.

(29) Cfr. J. M. BUCHANAN, *Good Economics-Bad Law*, en *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, p. 489.

certestamente se ha sugerido (30)— puede ser descompuesta en tres grandes etapas: (i) la fundación simultánea; (ii) la recepción ecléctica; y (iii) la afirmación definitiva. Se podría tal vez añadir una cuarta fase de ocaso o, más exactamente, de *relativización*, en la que, como consecuencia de las críticas avanzadas por amplios sectores doctrinales, se observa una cierta remeditación de los propios postulados y un repliegue bastante generalizado hacia posiciones no excluyentes. A esta fase (más lógica que histórica) me referiré, sin embargo, al final de estas páginas (v. *infra*, sec. IV), cuando ensaye la valoración global del fenómeno.

4. El momento de la *fundación* de la entera orientación del *economic analysis of law* puede datarse (y así lo hace toda la literatura que se ha ocupado del tema) en el umbral de los años sesenta con la publicación casi simultánea, pero absolutamente independiente, de dos escritos que van a ejercer una influencia decisiva en el curso de los años sucesivos; me refiero al trabajo de Coase sobre *The Problem of Social Cost*, en el que, por primera vez, se plantea una crítica rigurosa a la teoría económica de la intervención del Estado pigoviana, deduciendo de ello importantes conclusiones para la conformación y explicación del Derecho privado (31); y al estudio de Guido Calabresi titulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, en cuyas páginas se ensayaba también por vez primera una interpretación racional (es decir, eficientista) de las reglas de responsabilidad civil elaboradas por el *common law* y se demostraba, en aplicación de la economía del bienestar de Pigou, que el principio de la culpa (*fault-system*) no consentía una asignación precisa de responsabilidades a las distintas actividades causante de los accidentes, sino que más bien conducía, en muchas ocasiones, a la externalización de los costes del accidente, abogándose, en fin, por un sistema de múltiples criterios de imputación, cuya base era, sin embargo, la responsabilidad objetiva (32).

(30) Cfr. SCHANZE, *Okonomische Analyse des Rechts in den U. S. A.: Verbindungslinien zu realistischen Tradition*, cit., pp. 4 y ss.

(31) R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, en *Journal of Law & Economics*, vol. 3, 1960, pp. 1 y ss. Para una primera introducción a este texto, v. la *Einleitung* de C. KIRCHNER a su traducción alemana, en ASSMANN, KIRCHNER y SCHANZE, *Okonomische Analyse des Rechts*, cit., pp. 146-147. Al llamado *teorema de Coase* nos referiremos más tarde (*infra*, n. 9), donde se ampliarán las referencias bibliográficas. A los efectos de este estudio, se maneja la traducción española del trabajo aparecida en el libro colectivo *Economía del medio ambiente*, Madrid, 1974 (v. R. H. COASE, *El problema del coste social*, *ibi*, pp. 79 y ss.).

(32) G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, en *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499 y ss. Estas ideas han sido desarrolladas por el autor en ulteriores estudios de los que se dará cuenta en el curso de la exposición. Quiero llamar la atención aquí sobre los distintos puntos de partida teóricos en que se sitúan esta investigación y la de Coase; mientras Calabresi acepta la teoría pigoviana, Coase se propone establecer un nuevo punto de partida (la solución decisoria del mercado a toda costa) que acaba por romper la unidad de la tradición pigoviana en punto a la teoría económica de la intervención de la admi-

Bajo el siempre creciente influjo de estas investigaciones «fundacionales», se produce en el período que llega hasta el inicio de los años setenta una *recepción ecléctica* de las tesis nucleares de Calabresi y Coase. Mas no por ello se conseguirá una unidad de puntos de vista. Progresivamente y siempre con mayor claridad, se van decantando esas dos orientaciones de bien diverso signo que respecto del análisis económico del derecho se proyectan (y bifurcan) desde las posiciones díspares de los «fundadores». Así, mientras de una parte las intuiciones de Coase se ven desarrolladas fundamentalmente por economistas en la elaboración de lo que será la teoría de los *property rights* (33), los puntos de vista de Calabresi son más bien aprovechados por ciertos juristas preocupados por una más justa distribución social de la renta, que intentarán canalizar por los mecanismos del derecho, aunque, por supuesto, no se abandone el sistema decisorio del mercado y el principio de eficiencia a él ligado (34).

Finalmente, se puede decir que la *new law & economics* alcanza su *afirmación definitiva* en los primeros años de la década de los setenta (35). Es entonces cuando tienen lugar diversos hechos que hacen pensar que las propuestas anteriores ganan altura y perspectiva y llegan a formar una *teoría económica general del derecho* (o —que lo mismo monta— una teoría general económica del derecho); y ello en el axioma medular de que todas las «provincias del derecho» han sido forjadas por la racionalidad económica (según se desprende de la economía del equilibrio neoclásica) (36). Es en este momento cuando en realidad se empieza a hablar de la *law-and-economics* como disciplina *autónoma*, siendo la particularidad metodológica (y no el objeto de

nistración en la economía. Se explicará así que quien se coloque en la óptica («chicaguiana») de Coase, reivindique como sistema de responsabilidad más eficiente el de la culpa (v. en este sentido, R. A. POSNER, *A Theory of Negligence*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, pp. 29 y ss e *infra* n. 11).

(33) Quizá las obras más representativas se deban a H. DEMSETZ (*The Exchange and Enforcement of Property Rights*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 7, 1964, pp. 11 y ss.; *Toward a Theory of Property Rights*, en *American Economic Review*, vol. 57, 1967, pp. 347 y ss.) y a N. S. CHEUNG (*Private Property Rights and Share-Cropping*, en *Journal of Political Economy*, vol. 76, 1968, pp. 1107 y ss.; *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 13, 1970, pp. 49 y ss.). Citaré estas obras, sin embargo, por su reimpresión en el *reading* editado por FURUBOTN y PEJOVICH (cit. *infra*, nota 40). Para más información, v. *infra*, n. 10.

(34) Destacarían en esta otra línea los trabajos de F. I. MICHELMANN, *Pollution as a Tort: A non-Accidental Perspective on Calabresi's Costs*, en *Yale Law Journal*, vol. 80, 1971, pp. 647 y ss. y de B. ACKERMAN, *Regulating Slum Housing on Behalf of the Poor*, en *Yale Law Journal*, vol. 80, 1971, pp. 1093 y ss.

(35) Una revisión bibliográfica de la literatura habida hasta este momento podrá encontrarse en W. SAMUELS, *Law and Economics: A Bibliographical Survey 1965-1972*, en *Law Library Journal*, vol. 96, 1973, pp. 1 y ss.

(36) Cfr. HORN, *Zur ökonomische Rationalität des Privatrechts*, cit., p. 309 y ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., p. 296.

estudio) quien designa la diferencia (37). La simple enumeración de algunos fenómenos que concurren en el momento será suficiente para que nos hagamos una idea de la dimensión de este nuevo *studium* como disciplina separada. Tenemos así que, de una parte, se comienzan a impartir cursos de economía y de análisis económico del derecho en las *Law Schools* de las más caracterizadas universidades, en consonancia con los postulados pedagógicos del movimiento (38). Asimismo ven la luz pública nuevas revistas jurídicas cuyo objetivo declarado es la expansión del análisis económico del derecho; simultáneamente, las revistas tradicionales abren sus páginas al nuevo enfoque (39). Por otra parte, comienzan a publicarse libros con pretensiones de cumplir amplios campos de estudio, desde los cuales ya es posible obtener una visión panorámica del fenómeno (40). Desde este punto de vista, el dato más significativo va necesariamente conectado a la aparición del manual de Posner (*Economic Analysis of Law*) a finales de 1972. En él se ensaya de una forma sistemática la verificación de la racionalidad económica en los sectores fundamentales del ordenamiento jurídico; y de tal forma que, renunciando al aparato arcano de la formulación matemática y de la técnica econométrica, se hace asequible al jurista sin especial preparación en economía, con el

(37) Cfr. J. E. KRIER, *Book Review* (del *Economic Analysis of Law* de POSNER), en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, pp. 1701-1702 e *ibi* más indicaciones en este sentido.

(38) V. los datos concretos de esta información en W. A. LOVETT, *Economic Analysis and its Role in Legal Education*, en *Journal of Legal Education*, vol. 26, 1974, pp. 393 y ss. Sobre los aspectos pedagógicos v. LOVETT, *op. cit.*, pp. 385 y ss.; B. ACKERMAN, *On the Role of Economic Analysis on Property Law*, en B. ACKERMAN (ed.), *op. cit.*, en la nota 40, pp. vii y ss.; y las consideraciones de POSNER, *Economic Approach to Law*, *cit.*, pp. 779-780. En el ámbito del derecho continental, H. KOTZ, *Ökonomische Analyse von Rechtsproblemen. Entwurf einer Lehrveranstaltung für Juristen*, en N. HORN y R. TIETZ (eds.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, I, München 1977, pp. 234 y ss.

(39) A pesar de que el *Journal of Law and Economics* que editaba Coase se viene publicando desde 1958, es a partir de estos momentos cuando cobra más fuerza. En 1972 aparece, con Posner al frente, el *Journal of Legal Studies*, cuyo objetivo declarado es «el impulso de la aplicación de métodos económicos al estudio del sistema jurídico» (cfr. R. A. POSNER, *An Afterword*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, p. 437). Y el interés creciente del nuevo movimiento quedará definitivamente confirmado con la *International Review of Law and Economics*, que comenzará a publicarse a partir de junio de 1981, bajo los auspicios de A. I. OGUS y C. K. ROWLEY de los Departamentos de Derecho y Economía de la Universidad de Newcastle upon Tyne (Inglaterra), respectivamente.

(40) Merecen ser recordados los *readings* de E. G. FURUBOTN y S. PEJOVICH, *The Economics of Property Rights*, Cambridge (Mass.), 1974; B. ACKERMAN, *The Economics Foundations of Property Law*, Boston-Toronto 1975; y H. G. MANNE, *The Economics of Legal Relationships*, Saint Paul (Minn.) 1975 y, más recientemente, R. A. POSNER y A. T. KRONMAN, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto, 1979. Entre los libros destacan G. TULLOCK, *The Logic of the Law*, Chicago 1971 (realmente difícil para el jurista profesional) y más recientemente las contribuciones de W. HIRSCH, *Law and Economics*, New-York 1979; y J. M. OLIVER, *Law and Economics*, London 1979.

resultado final de haber allanado el terreno para que los frutos más significativos de la *new law & economics* resulten hacederos a una gran audiencia (41). Por último, si se necesitasen más pruebas, certificaría la madurez del análisis económico del derecho la atención que en los últimos años le vienen dispensando los juristas de la *civil law*, en su esfuerzo por renovar la vieja ciencia jurídica del continente (42).

Pero a pesar de haber alcanzado su madurez no debemos llamarnos a engaño: el análisis económico del derecho no constituye un fenómeno literario homogéneo, sino que, por el contrario, presenta no-

(41) La primera edición data de 1972; la segunda, muy corregida y ampliada, aparece el 1977 (será ésta a la que nos remitiremos a lo largo del trabajo). La importancia capital de la obra ha sido puesta de relieve por muchos autores; destacaré al respecto las recensiones de P. D. CARRINGTON, en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1974, 1974, pp. 187 y ss.; W. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, pp. 980 y ss.; D. H. J. HERMANN, en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1974, 1974, pp. 354 y ss.; S. F. WILLIAM, en *University of Colorado Law Review*, vol. 45, 1974, pp. 437 y ss.; J. M. KRIER, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, pp. 1664 y ss.; D. N. DEWEES, en *University of Toronto Law Journal*, vol. 24, 1974, pp. 320 y ss.; M. HEWITT, en *American Business Law Journal*, vol. 12, 1975, p. 335 y ss.; A. S. MILLER, en *Journal of Economic Issues*, vol. 10, 1976, pp. 102 y ss.; H. KOCH, en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Recht*, vol. 40, 1976, pp. 181 y ss., todas ellas serán citadas así a lo largo del estudio. Hay que contar además con los siguientes estudios sobre la obra específica de Posner: P. A. DIAMOND, *Posner's Economic Analysis of Law*, en *The Bell Journal of Economic and Management Science*, vol. 5, 1974, pp. 294 y ss.; M. POLINSKY, *Economic Analysis of Law as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, en *Harvard Law Review*, vol. 87, 1974, pp. 1655 y ss. (un trabajo realmente importante para el estudio del análisis económico del derecho); J. M. BUCHANAN, *Good Economics-Bad Law*, en *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, pp. 483 y ss.; A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, en *Virginia Law Review*, vol. 60, 1974, pp. 451 y ss.; C. E. BAKER, *The Ideology of Economic Analysis of Law*, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, 1975, pp. 1 y ss.; H. MINDA, *The Lawyer-Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law*, en *Ohio State Law Journal*, vol. 39, 1978, pp. 439 y ss.

(42) Al respecto —en su calidad de trabajos pioneros— es de justicia nombrar los escritos de R. WALZ, *Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz*, en *Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen*, *Festschrift für L. RAISER*, Tübingen 1974, pp. 185 y ss.; y de R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, en *Politica del diritto*, 1978, pp. 699 y ss., sin olvidar el trabajo de P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, pp. 512 y ss. Entre los estudios sobre el análisis económico del derecho —aparte de los que vayamos citando en el curso del estudio— hay que destacar el *reading* de H. D. ASSMANN, C. KIRCHNER y E. SCHANZE, *Ökonomische Analyse des Rechts*, Kronberg-Ts. 1978 y el de G. ALPA, S. RODOTA y F. ROMANI, de próxima publicación. Por lo que se refiere a las revistas especializadas, todavía no se cuenta con ninguna exclusivamente dedicada al tema (exceptuando, claro está, la *International Review of Law and Economics*, aludida en la nota 39). En *Politica del diritto*, sin embargo, se vienen publicando regularmente escritos en esta materia, debidos fundamentalmente a los civilistas de la Universidad de Génova. Por otra parte, recordaré que el número 6 correspondiente a 1980 de la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* dedicada al análisis económico cuatro sustanciosos artículos.

tables fracturas tanto en el plano ideológico como metodológico. Como insinuábamos hace un momento, se pueden individualizar al menos dos líneas de tendencia que difieren sustancialmente en el planteamiento del análisis. De un lado, nos encontramos con aquélla que podríamos calificar de *liberal-reformista*: considera —y tantas veces propone— la intervención pública como posible alternativa del mercado en la tarea de la distribución social de los recursos, teorizando así el *law of the mixed society*; aquí deben incluirse —aunque la imagen es probablemente reductiva— a cuantos se reconocen como seguidores de la obra de Guido Calabresi (Escuela de Yale) (43). De otro, tendríamos una orientación de tipo *liberal-radical* identificada en buena medida con los postulados de la Escuela de Chicago (Posner, Coase, Landes, Kronman, Priest, por citar algunos de los nombres más representativos). Opta esta dirección del análisis por la utilización (también metodológica) del mercado como mecanismo preferible para la distribución de los recursos (44). El papel hegemónico que ha alcanzado esta última corriente dentro del entero movimiento, así como su más amplia reconstrucción del ordenamiento, justifican la atención preferente que se le ha prestado a lo largo del estudio —mas no implica ningún juicio de valor comparativo.

5. Hasta el momento —y en reiteradas ocasiones— nos hemos referido a la construcción de una «teoría general económica del derecho» para aludir al proyecto específico de la *new law & economics literature*. Procede ahora —una vez introducidos en la materia y culminada la fase «externa» de la exposición— adentrarnos en lo que de específico tenga el análisis e intentar reconstruir los momentos capitales que configuran semejante «teoría general». En buena lógica expositiva, sin embargo, esta tarea quedaría reservada para el final. He creído conveniente empero «comenzar por el tejado»: enunciar antes de nada el cuadro teórico general (cuya más cabal comprensión, por supuesto, se remite a las explicaciones sucesivas); al objeto ello de que quede patente desde un principio la *unidad* de sistema con que se opera y de ofrecer también el marco en el que podrán ir adquiriendo sentido los distintos puntos que se tematizan en el curso del escrito.

Para ello me permitiré rescatar por un momento el discurso con que comenzaba estas líneas y matizar alguna afirmación un tanto «ingenua» que allí se efectuaba: El aserto que afirma que el Derecho privado patrimonial (como derecho que predica el primado de la esfera de la circulación (*Marktverkehrsrecht*) (45) es fiel correlato del

(43) Para una visión panorámica de la escuela, v. G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, trad. it., Milano 1975, pp. 8-9.

(44) Cfr. G. FERRARINI, «Scelte tragiche». *Nuovi sviluppi della analisi economica del diritto*, en *Politica del diritto*, 1978, pp. 457-458 y 471-473. Sobre el liberalismo-conservadurismo de esta última corriente, resultará esclarecedora la polémica (y autodefensa) de POSNER en su *Economic Approach to Law*, cit., pp. 775-776.

(45) Cfr. G. BRUGGEMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*,

modelo (de «socialización» —según apostillaría Reich—) de mercado constituye —decíamos allí y recordamos aquí— un lugar tan común de la reflexión jurídica que no parecería necesario repetir (46). Si no fuera porque tantas veces la afirmación no pasa de ser una inteligente metáfora, una fórmula verbal que permanece en el nivel más ambiguo de las doctrinas estereotipadas. Me permito, pues, la repetición, porque, en lo que al análisis económico del derecho concierne, la metáfora se convierte en criterio operativo central, que explica la *ratio* profunda de su elaboración del derecho (del nivel del objeto se pasa casi imperceptiblemente al nivel de la elaboración). La relación entre ambos extremos de la ecuación puede explicarse así: El mercado (como *sistema social efectivo*) funciona con una cierta racionalidad (legalidad), a saber, la *maximización de la riqueza*. Y el derecho justamente igual. En su también condición de sistema social efectivo actúa bajo la misma inspiración: la creación de riqueza en el sentido, como habrá de verse, de la realización del óptimo de Pareto (en cuyo límite, por ejemplo, decaen los principios de la conservación del contrato, la apariencia, la buena fe, etc., etc.) (47). Lo cual, por lo demás, no tiene por qué inquietarnos, si tenemos en cuenta que el modelo económico del mercado define la *constitución* misma del Derecho privado del capitalismo (48). Se colige, pues, que el objeto primordial tanto del sistema jurídico como del sistema económico (perfectamente solidarios) es la producción máxima de riqueza (*wealth maximization*).

en ASSMANN, BRUGGEMEINER, HART y JOERGES, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, cit., p. 20.

(46) Un lugar común en *sentido crítico* —conviene precisar— de la moderna reflexión jurídica. Bastará reenviar aquí al repaso que de las diversas teorías jurídicas sobre las relaciones entre el mercado y el derecho efectúa N. REICH, *Markt und Recht*, Neuwied-Darmstadt 1977, pp. 24 y ss. V. también, entre la literatura más actual (1980), BRUGGEMEIER, *op. ult. cit.*, pp. 9 y ss. En castellano (y siempre en esta línea crítica) puede consultarse el sugestivo ensayo de MÜCKENBERGER, *La legitimación a través de la negación de realidad*, cit., pp. 71 y ss.

(47) Este paralelismo era ya patente en la obra de W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769) y de A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776) (así R. A. POSNER, *Blackstone and Bentham*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 19, 1976, p. 571). Curiosamente, referido a ambos clásicos ingleses del dieciocho, se redescubre ahora en el *economic analysis of law* (así lo ha visto —aunque limitadamente a la obra posneriana— CARRINGTON, en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1974, 1974, p. 187).

(48) Aunque quizá, ante las mutaciones experimentadas por el ordenamiento en la época del Estado Social (como respuesta a la «transformación estructural de la sociedad civil») (*Strukturwandel*), vaya ya siendo necesario reconsiderar el problema (cfr., por citar una obra reciente, BRUGGEMEIER, *op. cit.*, pp. 32 y ss.). En este sentido, aunque de naturaleza diversa, debe también entenderse la respuesta de la llamada *Cambridge School* (asociada a la Universidad de Harvard y al M. I. T.) a la postura de la Escuela de Chicago, la cual, más crítica con la estructura del mercado, propone la intervención del Estado a los efectos de guiar el proceso económico según *otro plan racional* —cuyo punto básico sería la redistribución social de la renta (v., por todos, J. K. GALBRAITH, *Economics and the Public Interest*, New York 1973).

De ello emergen tres tesis nucleares a las que, en última instancia, se reduce la entera teoría económica del derecho:

(i) La primera señala que funcionando el mercado en *equilibrio perfecto* (en el que por consiguiente los costes y beneficios sociales marginales están igualados) al derecho no compete ninguna función decisoria (o, si se quiere, de intervención), resultando *redundante* su estructura (49). Su función se limita a asegurar las condiciones ambientales de *libertad* (v. g., preceptuando la ineficacia de aquellas transacciones en las que el cálculo de costes y beneficios realizado por las partes no sea congruente con el paradigma del *homo oeconomicus* —normas sobre el error, dolo, violencia, etc.—) y de *seguridad*, es decir, de garantía de efectiva ejecución de la decisión del mercado (v. g., predisponiendo un adecuado sistema de responsabilidad para quien viole el derecho de propiedad, o un derecho contractual) (50).

(ii) Cuando, en cambio, el equilibrio perfecto no surja naturalmente y, por lo tanto, se produzca una divergencia entre el coste y el beneficio sociales, la función del derecho consistirá en la corrección de dicha divergencia (51). En semejante situación, los economistas se han preguntado por qué no funciona el mercado; la respuesta unánime refiere dicha disfunción a la existencia de externalidades, es decir, a la existencia de efectos de una determinada operación del mercado (un acto jurídico) que llegan a afectar a sujetos económicos que no tomaron parte en ella. Por ejemplo, si Cayo, en razón de su derecho de propiedad sobre determinados medios de producción y de su derecho a la libre iniciativa empresarial, manufactura botellas de plástico, es muy probable que desde su factoría se expidan humos y gases que consigan perjudicar a Ticio. Dicho perjuicio constituye un efecto externo, una externalidad, un efecto *no contratado* que, como coste que es, Cayo *no* computa en su cuenta de costes y transfiere a Ticio (a la colectividad en este supuesto). Misión del derecho será corregir esas externalidades,

(49) V. aquí, POLINSKY, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 1670. Esa afirmación, en realidad, está traduciendo el llamado *Teorema de Coase*, sobre el cual, v. *infra*, n. 9.

(50) «En ausencia de un sistema jurídico —señalan muy lúcidamente W. F. SCHWARTZ y G. TULLOCK (*The Costs of a Legal System*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 3, 1974, p. 75)— una persona que realiza un acto que incrementa el producto social total se vería obligado, al objeto de capturar los beneficios creados por el acto, a detectar [primero] y detener [después] los esfuerzos de los demás encaminados a apropiarse de esos beneficios. Tal arreglo [privado] impondría altos costes a la persona que quiere realizar un acto productivo, referidos a la incertidumbre sobre su capacidad para retener los beneficios que ha creado y al empeño de recursos que debe utilizar para detectar y prevenir la actividad dañosa de terceros». El sistema jurídico puede reducir esos costes (i) definiendo los derechos de los individuos en el producto social y (ii) estableciendo un aparato de *enforcement*, de responsabilidad, que incentive la observancia de las que han sido decisiones del mercado. En una palabra, el derecho tiene asignada la función de cancelar los *costes de enforcement* (que no son otra cosa que una categoría de los costes de transacción) que se soportarían en su ausencia.

(51) A través de la internalización del coste o beneficio social (cfr., SCHWARTZ y TULLOCK, *op. ult. cit.*, p. 76).

procurando su *internalización*, para expresarlo en términos técnicos. ¿Qué deberá hacer a tales efectos? Si el origen de toda externalidad (y la tipología es variadísima) hay que buscarlo —como es opinión pacífica entre los economistas (52)— en la existencia de costes de transacción (justamente aquéllos que impiden «contratar» el efecto externo), si las cosas son así, decía, la función del derecho consistirá por fuerza en el intento de minimizar tales costes de transacción (teniendo en cuenta, por otra parte, que el equilibrio de mercado supone que los costes referidos sean igual a cero). Para ello, y por citar uno de tantos supuestos en los que el ordenamiento se sitúa en esta lógica, definirá muy precisamente los derechos de cada parte (los *property rights*), pues todo tipo de cotitularidad impide, es obvio, internalizar los costes externos (definirá con exactitud los derechos, por ejemplo, sobre el medio ambiente, para seguir con el ejemplo de la contaminación). Esta función minimizadora de los costes de transacción se observa de forma clarísima en todo el derecho de los contratos; aquí, como es evidente, el derecho es utilizado para «reducir la complejidad y por tanto los costes de transacción —señala Posner— de negociar un clausulado».

(iii) Por último, cuando la recuperación del equilibrio de mercado sea virtualmente imposible, cuando ya no se puedan rebajar los costes de transacción, la función del derecho será decidir la cuestión (asignar costes y beneficios a las partes) tal como lo habría hecho el mercado, si no hubiesen mediado costes de transacción prohibitivos. Supongamos que de una casa que está construyendo Cayo se desprende un ladrillo que daña a Ticio; se produce un efecto externo (el coste del accidente) que debe ser internalizado: el ordenamiento, en la lógica señalada, asignará el derecho a no ser considerado responsable o el derecho a ser indemnizado en favor de aquella parte que, caso de haber sido posible una negociación *ex ante* (de la caída del ladrillo), lo hubiese adquirido, y que, evidentemente, será aquella para quien la prevención del accidente resulte menos costosa.

Recapitemos. Partiendo del principio de maximización de la riqueza (igualdad de beneficio y coste social), se sigue la necesidad de: (i) una distribución inicial de derechos sobre los recursos productivos; (ii) una garantía efectiva de la libertad de mercado (libertad contractual) que permita que esos derechos inicialmente distribuidos vengan, de tiempo en tiempo, readscritos a otros usos (*scil.*: más valiosos); (iii) reglas que simulen las operaciones de mercado cuando los costes de sus transacciones sean prohibitivos; (iv) un sistema de remedios legales para disuadir y reparar las invasiones de los derechos subjetivos. Sobre esta base, no será difícil observar el *continuum* estructural de todo el derecho privado: el dominio de la primera de las áreas referidas sería el ámbito del derecho de cosas (básicamente, derecho de propiedad); del segundo, el derecho de los contratos; del tercero, el

(52) Cfr., por todos, C. J. DAHLMAN, *The Problem of Externality*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 22, 1979, p. 142. Sobre la noción de «coste de transacción», v. *infra*, nota 92.

derecho de la responsabilidad civil; del cuarto, el derecho procesal y el *remedial law* (es decir, el sector que articula la defensa en cada una de las ramas del ordenamiento patrimonial privado anteriores) (53). En el marco de este esquema y de acuerdo con los criterios señalados (óptima distribución de los recursos y minimización de los llamados costes sociales) se formulan las tareas de una construcción racional (*marktrational*) del derecho (54), cuyos elementos esenciales quisiera explicitar ahora. Mas con carácter previo me permitiré un breve *excursus* que pretende retomar el insuficientemente expuesto tema de la *mediación normativa*, en la esperanza de que a la luz de estas últimas consideraciones, las perspectivas reales de esa «mediación» queden correctamente dibujadas.

El cuadro delineado descubre un sistema de resolución de conflictos intersubjetivos (de derecho privado); y postula que el juez (o el estudioso en los libros) cree el derecho —que decida— con arreglo a dicho sistema (el mercado); así, por supuesto, en el ámbito del *common law*. En el continente se postularía que el juez reconstruyese el derecho dado, que lo «*interpretase*» (y no entro a discutir las sutiles diferencias «alemanas» entre la interpretación *strictu sensu*, la interpretación integrativa y la integración (*sic*) del ordenamiento) también en congruencia con ese esquema (55). Se ofrece, pues, una di-

(53) Así, POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, cit., p. 127. Posner añade, sin embargo, un quinto punto: «un sistema de moral personal («las virtudes protestantes») que sirva para reducir los costes de las transacciones de mercado» (*ibi*). Sobre el esquema trazado v., *amplius, infra*, nn. 14-15.

(54) Cfr. HORN, *Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts*, cit., pp. 330-331.

(55) Al respecto considero necesarias algunas precisiones. La entera *new law & economics literature* hasta la fecha (y salvo contadísimas ocasiones a las que ya he hecho referencia, *retro*, nota 42) ha sido elaborada de frente al sistema del *common law*, en cuyo ámbito, como es sabido, tuvo su origen. En el texto, por otra parte, ya se ha dicho (v. *retro*, n. 3) que el análisis económico del derecho postula en última instancia un *fallo con arreglo a economía*. En base a esto, se ha pensado que mientras el análisis económico puede resultar método adecuado en el seno del *common law*, pues en su *apertura* constitutiva (cláusula de equidad) permite que el juez elija («busque») las *reglas económicas* como reglas jurídicas, parece en cambio de muy difícil viabilidad en los ordenamientos del *civil law*, en los que predomina el principio de *certeza del derecho* (así F. PULITINI, *Regole giuridiche e teoria economica*, en *Politica del diritto*, 1977, pp. 298 y ss.). Me parece oportuno matizar estas conclusiones un poco estereotipadas, porque creo que ello puede darnos un poco de luz sobre la posibilidad [y ahora no me detengo en el examen de la *oportunidad* (v. *infra*, IV)] de la utilización del análisis económico en nuestros ordenamientos. Algunos puntos revisten particular interés al respecto: (i) En primer término, conviene precisar que si el problema que se pone sobre el tablero es el relativo a la organización constitucional de los poderes y la atribución de potestad creadora de derecho a los jueces, no existe una diferencia sustancial entre el *common law* y el *civil law*. Y buena prueba de ello es que en el marco del *common law* se ha producido una penetrante crítica al análisis económico del derecho por pretender «usurpar funciones legislativas» a favor de los juristas, sean estos jueces o intérpretes (así, fundamentalmente, BUCHANAN, *Good Economics-Bad Law*, cit., pp. 488 y ss.).

rectiva, la eficiencia (maximización de la riqueza) —una *Grundnorm*, ironiza Leff— de la cual debe deducirse (creándolo o interpretándolo) todo el derecho. Y justamente a esa operación me refiero cuando hablo de *mediación normativa*, porque la «norma fundamental» no es jurídica, sino económica.

En este sentido se ha argumentado que parecía haberse olvidado la estructura básica de la democracia *constitucional*, que implica una separación conceptual entre (1) la constitución que define los derechos de las personas y las reglas que reglamentan los procesos de decisión colectiva; (2) las instituciones del derecho que deciden los conflictos en el seno del anterior conjunto de derechos y reglas, y (3) el proceso de decisión colectiva de la legislación ordinaria, que presumiblemente promueve el «bien público», pero siempre dentro de las reglas fijadas en la constitución. Los procesos contractuales que caracterizan los puntos (1) y (3) —no se olvide que estamos atendiendo a una característica explicación «contractualista» de la *Public Choice*— pueden satisfacer el criterio de la maximización de la riqueza. Los problemas surgen, sin embargo, cuando el jurista, abandonando su papel en el punto (2), quiere intervenir en el primero o en el tercero de los procesos —en la definición de la constitución o en la producción de *public goods* (cfr. BUCHANAN, *op. últ. cit.*, p. 491). De todos modos, este resbaladizo asunto, por lo que aquí importa considerar, no es lo más importante. Señalaré, además, que el tema de la *certeza del derecho* (que constituye un importante «valor económico») no es privativo del *civil law*, sino de un tipo de organización social (el liberalismo), por lo que también es valor fundamental del *common law*. (ii) En segundo lugar, llevando la discusión a un plano más operativo, es necesario aclarar algunas ideas. Es cierto que la *eficiencia económica* como lógica implícita del *common law* (cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 179-181) se ha explicado como maximización de riqueza regla por regla (*rule by rule wealth maximization*) y no como *corpus iuris* —es decir, en la estructura particular del caso y no a nivel de sistema, lo cual nos llevaría a pensar que el análisis no es posible en el *civil law*. Concretamente se ha dicho que la eficiencia viene generada en el seno del *common law*, por la existencia de reglas ineficientes que son las que motivan la huida de los tribunales (el *private settlement*), con lo que en la evolución sólo persisten las *eficientes* —resultando así (contra la hipótesis de POSNER, *op. cit.*, pp. 400 y ss.) que el motor de la evolución del entero sistema jurídico se halla en las decisiones maximizadoras de utilidad de los operadores más que en la sabiduría de los jueces (así, P. H. RUBIN, *Why is the Common Law Efficient?*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, p. 51; v. también la sofisticada argumentación en las pp. ss. Esta idea de Rubin ha sido desarrollada más tarde y ampliada por G. L. PRIEST, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, pp. 65 y ss.; y por J. C. GOODMAN, *An Economic Theory of the Evolution of Common Law*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 7, 1978, pp. 393 y ss.). El comentario, desde la óptica del derecho continental, es evidente: ¿por qué debe ser (muy) distinta la evolución de nuestro sistema en la praxis de los tribunales, en el derecho singularmente vigente?, ¿quién niega una evolución de la praxis jurídica aún dentro del mismo techo que nos legó el codificador? Pero es que, además, otras investigaciones (v. F. I. MICHELMANN, *Constitutions, Statutes and the Theory of Efficient Adjudication*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980, pp. 431 y ss.) han mostrado cómo también el *derecho general*, el derecho legislativo incorpora la lógica maximizadora de valor (en base a un análisis de incentivos en el proceso legislativo (cfr. *ibi*, pp. 441-443). (iii) Por último, en este intento de afirmar que en gran medida el análisis económico del derecho es legítimo en el seno del *civil law*, alegaré otros argumentos más concretos e intuitivos: (1) Por una parte, la sustancial identidad de economía de recursos de que disponen ambos sistemas

Es cierto, por otra parte, que los mismos analistas quieren imponer una perspectiva mucho más amplia; y así estiman que existen, cuando menos, tres *modos* de tematizar lo jurídico por parte de la teoría económica: (i) el análisis positivo; (ii) el análisis normativo (*rule formulation*); y (iii) el análisis cuantitativo (*effect evaluation*). Tipos de análisis que pareciendo diversos no lo son tanto —a pesar de que algún autor manipule políticamente o «apolíticamente», como

jurídicos. Entiendo que si la estructura social de los países en que rigen tales sistemas no difieren en mayor medida y—lo que es más importante—si los principios de organización social (básicamente, autonomía de la voluntad) son los mismos, difícilmente se puede explicar una brusca fractura entre los ordenamientos continental y angloamericano. Añadiré, por otra parte, que los tipos de razonamiento jurídico imperantes en cada sistema tienden cada vez más a converger (esta es la conclusión de L. V. PROT, *Judicial Reasoning in the Common Law and Code Law Systems*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 64, 1978, pp. 416 y ss. y 434). (2) Por otra parte, a nivel metodológico, ha sido puesta de manifiesto recientemente por FIKENTSCHER (*Methoden des Rechts*, cit., IV, pp. 180 y ss., e *Id*, *Eine Theorie des Fallnorm als Grundlage von Kodex und Fallrecht (code law and case law)* en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1980, pp. 161-172) la sustancial identidad de las operaciones del jurista continental y del *common lawyer*, al hilo de lo cual ha construido su teoría de la «norma del caso» (v., para una primera valoración de esta tesis—que supone la afirmación de un verdadero derecho judicial en el continente—LARENZ, *Metodología*, cit., pp. 489 y ss.). (3) Conviene además reseñar cómo la evolución del sistema de la *civil law* conduce progresivamente hacia un reforzamiento de la posición del juez; en multitud de ocasiones, en efecto, éste se ve autorizado (al amparo de cláusulas generales de delegación) a dictar normas jurídicas y normas de *open ended standards*, por lo demás, serían la forma característica del derecho de la sociedad actual (cfr. R. M. UNGER, *Law in the Modern Society*, New York, 1977, p. 197). Siendo así que ha llegado a cifrarse la identidad del Derecho privado moderno en la «pérdida de función de la positividad a través de una creciente invasión del case and judge made law, del Derecho judicial *secundum, praeter* e (incluso) *contra legem*»; fenómeno que denota la evolución hacia el *Justizstaat* (BRUGGEMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, cit., p. 2, y FARJAT, *L'ordre public économique*, cit., pp. 266 y s.). En este sentido, respecto de la utilizabilidad continental del análisis económico del Derecho, en sentido afirmativo se muestra KOCH, en *RabelsZ*, vol. 40, 1976, p. 185, donde, por ejemplo, se pronuncia a favor de la introducción del análisis de Posner en tema de contaminación a través de la cláusula general del pár. 14 de la *Bundesimmissionsschutzgesetz*. (3) Por último, diré, que en realidad, la base constitutiva última de ambos sistemas es la misma: la competencia como paradigma social. ASSMANN (cfr. *Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts*, cit., p. 42) ha hablado de la afinidad del modelo que dimana del análisis económico del Derecho y la tradición teórica del Derecho privado alemán —paradigma a su vez de toda la ciencia jurídica continental— que se basa en la concurrencia. En este mismo sentido, resulta iluminante en trabajo de PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., esp., pp. 710 y ss., en el que se hace patente la adecuación del análisis económico del derecho a la reglamentación de algunos aspectos de la teoría general del contrato que efectúa el *Codice Civile*.

Con ello, sin embargo, no queremos absolutizar la identidad de los sistemas jurídicos. En este sentido, somos conscientes—así lo ha puesto de manifiesto HORN, *op. cit.*, p. 311, con relación al Derecho alemán— que una *recepción total* del análisis económico en el continente es de muy difícil viabilidad; pero probablemente debido—añadiré— a la que podemos con-

dice él, la distinción (56). La división, sin embargo, nos puede ser de utilidad por un momento. Diremos así que el análisis económico del derecho se propone: (i) en primer lugar, aplicar la teoría económica para verificar cómo el ordenamiento jurídico ha sido proyectado sobre la *exclusiva* base de las directivas de mercado que tienden hacia la materialización de los postulados de la eficiencia económica en la relación intersubjetiva (57). Esta idea de que la lógica del derecho es realmente *económica* —ingrata sin duda para muchos juristas académicos— contiene una petición de principio de indudable sabor normativo. Se declara que se trata de una simple «verificación» (y por ende que es un análisis meramente positivo), pero es claro que la misma intención de «verificar la eficiencia» descubre la «convicción» de que tal es la lógica que subyace al ordenamiento, con lo que, a fin de cuentas, acaba por *mediatizarse* el «reconocimiento» por la hipótesis normativa que sirve de base al análisis. Me parece, pues, que el análisis positivo no constituye sino un análisis normativo «encubierto» (en el que, por tanto, funciona la «mediación normativa»). Mas con tales afirmaciones no quiero prejuzgar nada (al menos, por el momento); pues, en efecto, creo firmemente que la directiva se muestra prometedora para la comprensión de muchos problemas jurídicos; así —y escojo sólo algún ejemplo llamativo— ha explicado muy satisfactoriamente conceptos jurídicos tales como el de «daños contractuales por pérdida de expectativas», o el de «dolor y sufrimiento», entendido como una categoría específica de los *tort damages* (58). (ii) Pretende asimismo la *new law & economics* contribuir al diseño de las reformas del sistema jurídico (aunque, paradójicamente, la Escuela de Chica-

siderar doctrina más progresiva (la del Derecho económico como crítica del Derecho privado tradicional) y no a causa de la doctrina ordoliberal (continuada de la tradición dogmática) que difiende una «orientación económica de mercado del Derecho» (*marktwirtschaftliche Orientierung des Rechts*) (así, por todos, E. J. MESTMÄCKER, *Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht*, en *Archiv für zivilistische Praxis*, vol. 168, 1968, pp. 235 y ss.). Este problema, sin embargo, lo remitimos a la sec. IV del estudio.

(56) V. POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., pp. 768 y 775-776.

(57) Cfr. aquí, ALPA, *Colpa e responsabilità nella prospettiva dell'analisi economica del diritto*, en *Politica del Diritto*, 1976, pp. 442-443.

(58) Cfr. POSNER, *op. ult. cit.*, p. 764.

En la literatura sobre el tema, normalmente se dice que mientras la Escuela de Yale se orienta sobre todo hacia el análisis normativo (cfr. CALABRESI, *Il costo degli incidenti*, cit., p. 1, y FERRARINI, *Scelte tragiche*, cit., p. 458): el análisis económico viene empleado en función del *policy analysis* (v., con un marcado tono irónico, la impresión de POSNER sobre los estudios de Calabresi, en *Economic Approach to Law*, cit., pp. 768-769); la Escuela de Chicago, por su parte, se inclina más bien por el análisis positivo —al menos eso pretenden sus autores (sin conseguirlo: cfr. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 988).

Para confirmar esa petición de principio normativa a que me refiero en el texto bastarán estas palabras del mismo POSNER (*op. ult. cit.*, p. 765). Obviamente, dice, hay una contradicción entre el análisis normativo y el análisis positivo. «Si el sistema jurídico estuviese sistemáticamente y efectivamente diseñado para maximizar la eficiencia el papel del análisis normativo sería muy reducido».

go estima que el economista no puede ser el «árbitro último de la elección social»), proporcionando a tales efectos los trazos de una construcción eficientista de las instituciones (59). Sería éste el análisis normativo *tout court*. (iii) Por último, quiere el análisis económico del derecho llevar a cabo también la evaluación cuantitativa de los efectos del sistema jurídico; se trataría, pues, de utilizar (no la teoría económica sino) la econometría y la estadística para cuantificar los efectos económicos de las reglas jurídicas (60). Desde el momento en que los métodos generales de la investigación estadística son absolutamente independientes de las teorías (en este caso económicas) que han provocado las hipótesis que con ellos se tratan de corroborar, este modo de análisis se desvía claramente de la línea de los anteriores, pues aquí ciertamente no existe *mediación normativa*; aquí se estudia el *output* del sistema jurídico; no, como en las precedentes hipótesis, su *input*: razón por la cual sólo en los primeros casos se llega a suplantarse (con la teoría económica) la teoría del derecho (la dogmática) (61). Así las cosas, parece obvio que el análisis económico en su plano «cuantitativo» no constituye nada nuevo (62), aunque no discuto el hecho de que, debido al «hábito», a la familiaridad de los economistas con el manejo de las técnicas estadísticas, sean ellos los profesionales más indicados para la realización de este tipo de análisis de «efectos». Sin embargo, repito, a mi juicio esta suerte de estudios no son los típicos del análisis económico del derecho.

La mediación normativa, por tanto, si exceptuamos este último caso, es lo que caracteriza la investigación del *lawyer economist*. Se podría alegar —y Posner sin duda suscribiría la alegación— que el llamado análisis positivo queda fuera de la mediación normativa desde el momento en que su función es describir la realidad más que conformarla. Aparte del estatuto altamente controvertido de la tarea descriptiva del análisis económico (63) y sin entrar en la discusión epistemológica del juicio de realidad *como* juicio de valor, me parece relativamente seguro que si la guía del análisis positivo es la norma de la maximización de la riqueza, sus resultados inexcusablemente hallarán su soporte en *argumentos normativos* (esto es, en aquella guía, en la teoría económica que es una *teoría normativa*). A lo más se podría hablar —pero probablemente ya todo es palabrería— de una «mediación normativa» de segundo grado (64).

(59) POSNER, *op. loc. últt. citt.*, y *Economic Analysis of Law*, cit., p. 10.

(60) El lector interesado por este tipo de análisis, podrá consultar la obra de M. O. FINKELSTEIN, *Quantitative Methods in Law: Studies in the Application of Mathematical Probability and Statistics to Legal Problems*, New York, 1973. V. la *Book note* relativa en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, pp. 1398 y ss.

(61) Cfr. N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it., Bologna, 1978, pp. 61 y ss.

(62) No constituye «una nueva disciplina»: cfr. KIRCHNER, *Okonomischen Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit*, cit., p. 89.

(63) La discusión más completa sobre el tema se debe a F. MICHELMAN, *Norms and Normativity in the Economic Theory of Law*, en *Minnesota Law Review*, vol. 62, 1978, pp. 1015 y ss.

(64) El mismo POSNER, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, cit., p. 109 habla de «niveles diferentes de normatividad».

II

6. Ingresamos ahora en la parte más sustantiva de estas notas. Hasta el momento la exposición ha permanecido fuera de la «catedral» (del análisis económico del derecho), habiéndose preocupado únicamente por esbozar su ubicación en el espacio cultural que le es propio y por subrayar los hitos más relevantes de su historia. En el último epígrafe, sin embargo, ya nos asomábamos un poco a su interior cuando aludíamos al modelo con arreglo al cual se elabora la teoría económica del derecho. Pero será más bien esta sección la que nos permitirá internarnos de forma más reflexiva en el sistema de la *new law & economics*. Se intentará en este sentido explicitar los principales momentos teóricos que concurren a la definición del nuevo *paradigma* que, para la ciencia jurídica, afirma haber descubierto el análisis económico (65). A tal propósito convendrá comenzar la exposición preguntándonos cuál sea la «idea de derecho» que tiene el *lawyer economist*.

La vocación de todo el sistema social en la preceptiva de la *nueva economía* se traduce, como ya sabemos, en la tendencia hacia la *maximización del valor*. Ahora bien, cómo ésta deba entenderse (y producirse) es competencia que se reserva la teoría económica. Al *derecho* incumbe más bien la creación de los estímulos necesarios para que aquella finalidad tenga efectiva realización (66). Siendo, pues, el objetivo postrero del derecho la promoción de la eficiencia, sus normas deben estar proyectadas a tal fin y a tal fin deberá dirigirse también su interpretación y aplicación, de suerte que su *función* podría sintetizarse en una doble tarea: de un lado, facilitar aquellos intercambios (*latu sensu*) que conduzcan a la producción máxima de valor conjunto; de otro, ejercer la disuasión (*deterrence*) respecto de aquellos otros que no sean congruentes con semejante objetivo. En una palabra, la función nuclear del derecho, desde un punto de vista económico, sería la de *modificar incentivos* (67). Un entendimiento tal

(65) Así, al menos, se manifiesta POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., p. 774. Se emplea aquí el término *paradigma* en el sentido acuñado por T. S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. esp., Méjico, 1975. Paradigma sería un patrón de explicación y comprensión de la realidad que inaugura un nuevo período de la ciencia (cfr. *ibi*, pp. 31-36 y 80 y ss.). Por supuesto, también POSNER se refiere a la obra de este autor cuando utiliza dicho término (cfr. *op. loc. últt. citt.*, nota 60).

(66) Cfr. H. D. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme des Privatsrechts und die ökonomische Analyse des Rechts. Chancen und Grenzen der privatrechtliche Verwertbarkeit der ökonomischen Analyse des Rechts*, en ASSMANN, KIRCHNER y SCHANZE, *Ökonomische Analyse des Rechts*, cit., p. 38.

(67) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 190; ASSMANN, *op. ult. cit.*, pp. 38-39; y OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 13 y ss. Desde una perspectiva económica, pues, el derecho consiste en «directivas que imponen costes y beneficios a los participantes en una transacción» (HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 984). Un ejemplo nos ayudará a comprender el aserto. Tomemos el discutido problema de la *oferta pública de recompensa*. Como es bien sabido la discusión doctrinal sobre su eficacia

de lo jurídico —se nos dice por otra parte— satisface cumplidamente los requisitos de la jurisprudencia analítica tal como han sido estudiados por Rawls (68); requisitos que, en síntesis extrema, postulan que el derecho debe: (i) operar con incentivos; (ii) tener una estructura racional (vendría dada por la estructura lógico-deductiva, dice Posner, de la teoría económica); (iii) ser público; y (iv) estar provisto de un mecanismo apto para verificar los hechos necesarios para su aplicación; características todas éstas que se explican muy bien de frente a esa doble vertiente funcional (facilitadora y disuasoria), que, según hemos visto, viene asignada al derecho por los analistas económicos (69). Mas, como no será difícil de intuir, tal teoría jurídica conductista sólo se comprende desde el paradigma del *homo oeconomicus*.

7. Efectivamente, el punto de partida de toda la teoría económica del derecho enraiza en la idea del *self-interest*, porque constituyendo al individuo como *homo oeconomicus* (es decir, aquél que actúa en su propio interés), queda automáticamente legitimada la aplicación de las reglas económicas del mercado al «mercado no económico del sistema jurídico» (al *formally non-economic market of the legal sys-*

enfrenta la teoría contractualista (la eficacia proviene del hecho de que, conocida la oferta, se produce una aceptación tácita al actuar en consecuencia) y la teoría del negocio unilateral (la *Auslobung* en la regulación paradigmática del pár. 657 del B. G. B.). Veamos qué directivas emergen del análisis económico para fijar la *norma* en sede interpretativa. Supongamos que se promete una recompensa a quien encuentre cualquier objeto perdido. La cuestión económica es la de determinar qué teoría de las vistas (qué *norma*) incentiva de manera más adecuada la recuperación de la propiedad perdida. Al respecto hay que distinguir entre dos tipos de *buscadores* del objeto perdido de que se trate; existe, por una parte, un *buscador* «profesional», es decir, un buscador que rastrea la propiedad perdida inducido por el conocimiento actual de una recompensa; por otra, tenemos al buscador «casual», es decir, aquel que no invierte en la búsqueda, pero que entregará la propiedad perdida si por casualidad la encuentra, sabiendo que hay o que puede haber una recompensa. Una norma que establezca como presupuesto de la eficacia de la oferta el conocimiento actual (*teoría contractualista*) desincentivará al buscador «casual» (presumiendo que conoce la existencia de la norma), pero incentivaría al buscador «profesional», porque reduce la probabilidad de competencia del buscador «casual». La cuestión básica será determinar si el incremento de recuperación de propiedades perdidas por buscadores «profesionales» es mayor o menor que la disminución provocada por la desincentivación de la búsqueda casual. A nivel de intuición —no contamos con datos empíricos— se diría que es menor, porque parece ser que el buscador «profesional» es mucho menos común que el casual, en cuyo caso, un regla que incentive al primero (a través de la desincentivación del último) llevaría a una reducción de la cantidad recuperada de propiedad perdida (cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 72-73; un análisis más formalizado en W. M. LANDES y R. A. POSNER, *The Private Enforcement of Law*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 4, 1975, pp. 44 y ss.).

(68) Cfr. J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. esp., México-Madrid-Buenos Aires, 1978, pp. 270 y ss.

(69) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 189-191; HERMANN, en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1974, 1974, p. 372; y sobre la racionalidad lógico-deductiva apuntada en el texto, ASSMANN, *op. ult. cit.*, pp. 39-40.

tem) (70). El modelo en cuestión propone (como axioma) que el «hombre es un maximizador racional de sus objetivos en la vida» (71); en este sentido, al partir de tales hipótesis, el análisis económico del derecho se presenta en realidad como una *teoría positiva de la conducta humana*, lo cual, por lo demás, no es sino otra forma de designar la *teoría económica*, en cuanto ciencia de la elección en un mundo de recursos escasos (72). De lo cual se deduce (y no estamos muy lejos de la célebre fórmula de Ihering, según la cual «el derecho es lo que aprovecha el pueblo») que, persiguiendo el derecho el interés público (*sub specie* aquí de maximización de la riqueza), deberá, en realidad, incentivar la promoción del interés individual, porque el interés social —según el esquema de armonía neoclásico— no es más que la suma aritmética de los intereses individuales (73).

Pues bien, de esa premisa fundamental (que, insisto, funciona como axioma y por tanto no se contesta) emergen tres conceptos económicos claves, en los que se hará descansar la entera teoría económica del derecho. Se trata de los tres postulados centrales de la economía neoclásica: (i) *La relación inversa entre precio y cantidad demandada*. O dicho de otro modo, la ley de la demanda: si se alza el precio, descendiendo la demanda del bien en cuestión; paralelamente, se incentiva la demanda de bienes sustitutivos. Esta ley tiene múltiples aplicaciones al sistema jurídico; así, por ejemplo, si consideramos que la pena es el precio social del crimen, un incremento de la misma (sea en términos de severidad o de probabilidad de su efectiva imposición), tendrá como consecuencia un aumento del precio del delito, con lo que previsiblemente se reducirá su incidencia. El criminal —en su calidad de *homo oeconomicus*— será desplazado hacia actividades sustitutivas, si

(70) Cfr. POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., p. 763.

(71) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 3. El tema de la *racionalidad económica*, trasunto del viejo problema del *homo oeconomicus* está siendo objeto de un amplio análisis en la literatura económica actual (v., entre otros, G. L. S. SCHAFFLE, *Epistémica y Económica*, trad. esp., Méjico, 1976).

(72) Cfr. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 982. Se entiende así la teoría conductista del Derecho que se nos propone (v. *retro*, n. 6), en la que éste viene configurado como un «modificador de conductas» (cfr. HIRSCH, *ibi*, p. 984). «Implícito en la definición del hombre como maximizador racional de su *self-interest* —precisa POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 4— es que la gente responde a incentivos». V. también, E. G. FURUBOTN y S. PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, en *Journal of Economic Literature*, vol. 10, 1972, pp. 137 y 157.

(73) Cfr. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme des Privatrechts*, cit., pp. 44-45 e *ibi* un ulterior desarrollo de la teoría utilitarista en la que se basa la teoría económica del Derecho (v., sin embargo, las referencias hechas *supra*, en nota 13). En este sentido se ha puesto de manifiesto cómo el análisis económico del Derecho expresa la idea de que el Derecho está profundamente imbuido por un *moral outlook* en el que todos los valores y fines se perciben como estrictamente privados y subjetivos: el Derecho se muestra entonces únicamente como un mecanismo dirigido a minimizar los obstáculos creados por unos individuos a otros en el perseguimiento *self interested* de los objetivos individuales (cfr. MICHELMAN, *Norms and Normativity in the Economic Theory of Law*, cit., p. 1013).

es que éstas existen, pues en caso contrario (imaginemos una difícil situación de paro y desempleo) estaremos en una situación de demanda inelástica, en la que el aumento del precio no comporta una disminución de la demanda (piénsese en el clásico ejemplo de un medicamento único, cuya demanda permanece inalterada a pesar de las variaciones del precio) (74). (ii) El segundo concepto económico capital es el de coste de un bien, que resulta entendido como *coste de oportunidad*, es decir, el *precio del bien en su utilización alternativa* —su próximo mejor uso. Al igual que el mercado, el derecho utiliza también precios iguales a los *opportunitary costs* a fin de estimular a los operadores en la continua maximización de la eficiencia. Volviendo a nuestro punto de partida, si el remedio legal previsto para los supuestos de incumplimiento de un deber jurídico consiste normalmente en la «compensación» de los daños ocasionados (sin ningún tipo de recargo adicional de penalidad, que haría ineficiente el sistema), los incentivos y rémoras que construyen el sistema de responsabilidad no buscarán el cumplimiento en todo caso y a toda costa, sino que tratarán de hacer pagar a quien incumplió un precio igual al coste de oportunidad de la violación; si el precio es menor que la utilidad que genera el incumplimiento, la eficiencia se maximiza si incumple; si, por el contrario, es mayor, la norma eficientista requerirá el cumplimiento (y, de nuevo, la compensación de los daños proporciona el incentivo correcto). ¿Qué lógica sino ésta —ya lo veíamos en el umbral del estudio— es la que inspira el artículo 1.106 de nuestro Código civil? (iii) La tercera ley económica a la que debemos referirnos formula la *tendencia de los recursos a gravitar hacia su utilización más valiosa*, si el cambio voluntario —el mercado— está permitido (75). A la vista de lo cual, inmediatamente se apreciará la función capital que se asigna al contrato; a saber: transferir los recursos desde aquellos titulares que extraen de los mismos menos valor a manos de aquellos otros que obtienen de ellos mayor utilidad, al objeto de así realizar el

(74) V. sobre algunos aspectos del problema y la relatividad de este tipo de análisis en el ámbito penal, OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 24-27.

(75) Estos tres conceptos económicos enunciados cifran, en realidad, los tres grandes momentos del pensamiento económico neoclásico: la *utilidad*, el *marginalismo* y el *equilibrio general* (cfr. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 983). Como señala P. SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, trad. esp., Madrid, 1976, p. 920, «[L]a revolución neoclásica fue importante no sólo porque descubrió cómo analizar la demanda y las preferencias de utilidad, sino porque generalizó las nociones marginales presentes, en forma primitiva, en la teoría ricardiana de la renta. Finalmente, por obra del profundo análisis matemático de Leon Walras, se logró el análisis del equilibrio general». Ulteriores precisiones economicistas (de interés para el análisis económico del Derecho) pueden encontrarse en OLIVER, *op. cit.*, pp. 23 y ss. Estudios más analíticos y profundos ya requerirían la remisión a textos especializados de teoría microeconómica, entre los que se puede citar, por su conexión con la Escuela de Chicago, G. BECKER, *Teoría Económica* (trad. esp., Méjico-Madrid-Buenos Aires, 1979). Sobre la vinculación de la teoría de los precios al análisis económico del Derecho, resulta paradigmático el trabajo de H. H. LIEBHAFSKY, *Price Theory as Jurisprudence: Law and Economics Chicago Style*, en SAMUELS (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, cit., pp. 237 y ss.

equilibrio perfecto en el que, *ex definitione*, el cambio ya no es posible: «no se puede mejorar la situación de nadie, sin perjudicar a un tercero» (76). Y si este equilibrio óptimo lo caracterizamos por el hecho de que el valor de los recursos es *máximo*, deducimos que el principio de la eficiencia se ha producido plenamente. Nos enfrentamos de este modo con una nueva cuestión, de capital interés también: la exacta definición de la norma eficientista, a la que se sujeta todo el análisis económico del derecho.

8. Quizá la clave de toda la exposición pudiera expresarse en la siguiente proposición: el análisis económico del derecho es el análisis de un derecho adecuado (o que se adecúa) a un principio económico específico, consistente en el *emparejamiento del principio de eficiencia* (en el sentido de la optimalidad de Pareto) y el *paradigma de la competencia* (el mercado) (77). Razón por la cual es ahora oportuno repasar el concepto de eficiencia.

La eficiencia se consigue —dice Posner— cuando los recursos, en el proceso de cambio voluntario, son llevados hacia aquellos usos en los que su valor (medido por la «disposición» o «voluntad de pagar» del consumidor —*aggregate consumer willingness to pay*—) es máximo (en el sentido de que ya nadie pagará más por disponer del recurso de que se trate) (78). Esta definición de eficiencia que nos proporciona Posner constituye el equivalente de la simple noción de *eficiencia paretiana* que circula entre los economistas (79). Según ésta, una determinada distribución de los recursos alcanza el óptimo de Pareto cuando no existe ninguna distribución alternativa posible en la que alguien pueda mejorar sin que paralelamente se produzca un empeoramiento de otro (por supuesto, tanto la mejora como el deterioro de cada individuo se definen en términos de la evaluación autónoma del propio bienestar) (79 bis) Fórmula semejante implica, naturalmente, que si los recursos están ineficientemente distribuidos (he ahí la causa del cambio) resulta siempre factible mejorar a, por lo menos, una persona sin empeorar a las demás (80). El más importante corolario de esta noción nos lo proporciona el llamado *compensation test*, según el cual la situación B es más efi-

(76) Cfr. SAMUELSON, *op. últ. cit.*, p. 690.

(77) Cfr. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme des Privatrechts*, cit., p. 43 en relación a p. 68, nota 131. Sobre la precisa relación entre la optimalidad de Pareto y el equilibrio competitivo, v. FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, cit., p. 141 e *ibi* ulterior información (especializada) sobre el tema.

(78) POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 10.

(79) Cfr. POLINSKY, *Economic Analysis of Law as Potentially*, cit., p. 1663. Sobre el tema, cualquier obra que examine los presupuestos del análisis económico del Derecho contiene inevitablemente las referencias mínimas. Será aquí suficiente con el reenvío a las densas páginas de E. J. MISHAN, *Pareto-Optimality and the Law*, en *Oxford Economic Papers*, vol. 19, 1967, pp. 255 y ss.

(79 bis) Cfr. S. T. LOWRY, *Bargain and Contract Theory in Law & Economics*, en *Journal of Economic Issues*, vol. 10, 1976, p. 3.

(80) Cfr. POLINSKY, *op. últ. cit.*, pp. 1663-1664.

ciente que la situación A, si quienes se benefician con el paso de A a B pueden compensar adecuadamente a aquéllos que pierden, resultando todavía superior la suma de utilidades totales (81).

Pues bien, aclarado este concepto, ya sabemos que el derecho debe establecer un sistema de incentivos tal, que sea apto para promover aquella distribución de los recursos que maximice el valor total, con la condición de que nadie resulte perjudicado y siempre alguien beneficiado. Ciertamente esta afirmación, como venimos sosteniendo, comporta un *axioma normativo* de significado corte «individualista»: el interés general es la suma de los intereses particulares (82). No vamos a discutir su consistencia, pero dejamos constancia de su naturaleza y avanzamos que la entera crítica de la teoría económica del derecho encontrará aquí su punto focal.

Para una más exacta comprensión de esta noción desde el punto de vista del análisis jurídico, se me consentirá continuar por un momento con el ejemplo del artículo 1.106 del Código civil. Al verificarse cualquier contingencia que hace antieconómico el cumplimiento del contrato (pensemos que Cayo debe fabricar y entregar 100 máquinas de escribir a Ticio al precio de 1.000 la unidad y que en el interregno (entre la perfección y la tradición) el coste de producción se ha elevado, por las razones que sean, a la suma de 1.200 por unidad), al verificarse una contingencia de esa naturaleza, decíamos, la presunción de que el cumplimiento del contrato produce la maximización del valor conjunto del cambio viene derechamente desmentida por la realidad. La directiva que emerge desde el punto de vista económico para la elaboración del remedio resarcitorio postula que éste sea de naturaleza tal que incentive el incumplimiento solamente en aquellos casos en los que el resultado no constituya una utilización ineficiente de los recursos (sub-óptima en la perspectiva de Pareto). Pues bien, la regla del artículo 1.106 parece componer un remedio resarcitorio que es congruente con esa lógica. Dando al acreedor la suma del lucro cesante y del daño emergente, lo coloca sobre la misma curva de indiferencia en que vendría a estar después del cumplimiento, paralizándose de este modo toda pretensión de cumplimiento antieconómico. El incentivo, en este caso a que Cayo no cumpla su promesa, deriva de la existencia de un comportamiento alternativo más provechoso: el coste del cumplimiento es superior al que se deriva del incumplimiento. Tal precepto estimulará a Cayo al comportamiento alternativo siempre que se produzcan los dos extremos del óptimo paretiano; a saber: (i) que Ticio resulte compensado o, lo que es lo mismo, que reciba los mismos beneficios que le proporcionaría la regular realización de la prestación; y (ii) que Cayo se encuentre después del desembolso

(81) Cfr. OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 28-29.

(82) V. al respecto, las interesantísimas consideraciones de S. H. NATH, *Una perspectiva de la economía del bienestar*, trad. esp., Barcelona 1976, pp. 45 y ss. (sobre el concepto de óptimo paretiano) en relación a pp. 17 y ss., en las que se argumenta el carácter normativo de los postulados (distintos) de la teoría económica del bienestar (esp., p. 25, sobre los juicios éticos paretianos). V. también D. M. WINCH, *Economía analítica del bienestar*, trad. esp., Madrid, 1975, p. 85 y ss.

de la indemnización en una situación mejor a aquélla que resultaría del cumplimiento en especie (83).

9. Esta eficiencia paretiana a que me vengo refiriendo está profundamente conectada con los particulares mecanismos decisorios del principio de socialización del mercado (84); *si el mercado es imperfecto* —y la realidad ciertamente no es otra— *tal eficiencia se logrará a través del mecanismo decisorio del derecho*. Esta, que puede considerarse la hipótesis central de toda la teoría económica del derecho, encuentra su fundamento en el llamado *Teorema de Coase* (85). Esforcémonos, pues, por explicitarlo. Su punto de arranque se sitúa en el examen crítico de la teoría económica ortodoxa, que se había desarrollado sobre la hipótesis establecida por Pigou en *Wealth and Welfare* (1912) y sobre todo en *The Economics of Welfare* (1920). El análisis pigoviano mostró que los *costes privados* de una actividad (los que asume el agente de la misma) pueden diverger (y de hecho sucede con frecuencia) de los *costes sociales* de esa misma actividad (los que recaen sobre el agente más los que recaen sobre la sociedad). A la diferencia entre coste privado y coste social la denominaba el ilustre economista *coste* o *diseconomía externa* (denominando asimismo beneficio o economía externa a la diferencia positiva entre coste y beneficio sociales). Cada individuo —sostenía Pigou— decide sus actividades en base al cálculo de costes y beneficios (exclusivamente) *privados* que aquéllas comportan; el *homo oeconomicus* no considera los efectos externos que puede generar su actividad. La regla examinada de Pareto, por otra parte, prescribe que sólo puede alcanzarse un máximo de eficiencia social en la distribución de los recursos cuando todas y cada una de las actividades sociales generan un coste social que sea *idéntico* al beneficio social (86). De ahí que Pigou concluyera que cuando existiese una divergencia entre costes sociales y costes

(83) Cfr. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., pp. 719-720.

(84) Cfr., entre otros, NATH, *op. últ. cit.*, p. 47. V. también *retro*, nota 77, donde se encontrarán otras referencias.

(85) Teorema éste que desarrolla COASE en su trabajo ya citado sobre el *Problema del coste social* (v. *supra*, nota 31). El *teorema de Coase* ha sido objeto de una literatura masiva, gran parte de ella de alta sofisticación matemática. Entre las contribuciones de más interés para el jurista (y también más asequibles a su formación) citaré: G. CALABRESI, *Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules. A Comment*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 11, 1968, pp. 67 y ss.; D. REGAN, *The Problem of Social Cost Revisited*, en la misma revista, vol. 15, 1972, pp. 427 y s. Y, especialmente, los trabajos que se reúnen en *Coase Theorem Symposium*, publicado en su parte I en *Natural Resources Journal*, vol. 13, 1973, pp. 557 y ss. y su parte II en el vol. 14 del mismo *Journal*, 1974, pp. 1 y ss.; de entré los estudios publicados en dicho Simposio destaca, por su interés para el jurista, W. SAMUELS, *The Coase Theorem and the Study of Law and Economics* (*ibí*, vol. 14, pp. 1 y ss.). V. también, aparte de las referencias que se contienen en las notas sucesivas, T. WEGEHENKEL, *Coase. Theorem und Marktsystem*, Tübingen, 1980.

(86) V. la exposición sintética que hace el mismo A. C. PIGOU en su *Introducción a la economía*, trad. esp., Barcelona, 1974, pp. 106 y ss.

privados existiría también una distribución de recursos sub-óptima; y que, consecuentemente, la administración debería intervenir para atajar las inconsecuencias de un mercado que no funciona (o evalúa y distribuye correctamente los recursos). El Estado, por consiguiente, tiene como misión corregir las externalidades en cuanto pulsán la existencia de un «fallo del mercado» (*market failure*). Se advertirá que el problema es el de la distorsión del mecanismo de los precios, ya que si una parte no computa todos los costes en la fijación de su precio, el precio resultante del mercado estará falseado (87).

Mostrando que el problema de la externalidad es recíproco y que la intervención del Estado también es imperfecta y genera costes externos, Coase demuestra, sin embargo, la falsedad del análisis pigoviano (88); y, partiendo de esta consideración, demuestra aún que los efectos externos (las externalidades) pueden *internalizarse* (sin necesidad de intervención del Estado —impuestos, subsidios, etc.—) si las partes afectadas están en condiciones de contratar entre sí *libremente* (89). Su tesis central podría resumirse en la idea de que todas las personas que realizan ciertas actividades que son incompatibles entre ellas (en el sentido de que desplazan sobre el otro la externalidad) llegarán en un momento dado a contratar entre sí relativamente a los beneficios y pérdidas de sus respectivas actividades; y de tal suerte que, en todo caso, de la contratación, el derecho resultará asignado a aquella parte que lo usa más eficientemente (90). De ello deduce Coase que la atribución de derechos y responsabilidades que, *in concreto*, efectúe el ordenamiento es *indiferente* desde el punto de vista

(87) Cfr. J. BURTON, *Externalidades, derechos de propiedad y política económica*, en S. N. S. CHEUNG, *El mito del coste social (crítica de la economía del bienestar y de sus implicaciones políticas)*, Madrid, 1980, páginas 11-12, y G. W. NUTTER, *El teorema de Coase sobre el coste social*, en *Información Comercial Española*, enero 1980, p. 19.

(88) Cfr. COASE, *El problema del coste social*, cit., pp. 100-101 y 145 y ss. Una buena síntesis en BURTON, *op. últ. cit.*, pp. 16 y ss. Una exposición de las posibles alternativas a las soluciones reseñadas (la de Viner y la de Cheung) en CHEUNG, *op. últ. cit.*, pp. 53 y ss., acompañada de una eficaz reflexión crítica.

(89) Analizando diversos supuestos de la jurisprudencia inglesa, observa cómo los productores de una externalidad y los consumidores de la misma pueden reducir tal externalidad a un nivel óptimo (es decir; internalizarla) por acuerdo mutuo (cfr. COASE, *op. cit.*, pp. 111 y ss.—el análisis es realmente interesante—).

Quisiera advertir ya desde ahora que, a pesar de que básicamente en torno al tema de las externalidades las teorías básicas que se enfrentan son las de Coase y Pigou, recientemente se ha demostrado que existe un malentendido muy extendido, según el cual (i) el análisis de Coase implica que no es deseable ninguna política intervencionista y (ii) la tesis de Pigou conduce a la afirmación de la optimalidad de ciertas medidas de intervención. DAHMAL (*The Problem of Externality*, cit., pp. 156 y ss.) intenta demostrar—y el razonamiento parece impecable—que (i) realmente la tradición pigoviana no sugiere ninguna policy, mientras que (ii) el planteamiento de Coase implica ciertas recomendaciones positivas que conducirían a asignar un importante papel al Estado en la modelación del proceso económico.

(90) V. el célebre caso del ganadero y el agricultor con que COASE, *op. cit.*, pp. 101 y ss., ilustra la afirmación del texto.

de la consecución de la eficiencia; la estructura del derecho se muestra, pues —como decíamos antes—, «redundante». Ahora bien, para que ello sea efectivamente así tendrán que concurrir dos condiciones (cuya existencia la realidad desmiente con frecuencia): *primero*, que la asignación inicial de derechos y responsabilidades esté perfectamente definida en cuanto a titularidad (o imputación) y contenido (91); y *segundo*, que los costes de transacción (92) sean igual a cero o despreciables (93). Expresada la misma tesis con la fórmula más general

(91) COASE, *op. cit.*, pp. 111, 129-130. V. también la brillante exposición del tema en S. N. S. CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of Non-Exclusive Resource*, en FURUBOTN y PEJOVICH (ed.) *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 26-27.

(92) La importancia capital que tiene este concepto de *costes de transacción* en todo el desarrollo de la teoría económica del Derecho, aconseja que nos detengamos por un momento en su explicación sumaria, aunque tampoco estará de más advertir que en realidad se está convirtiendo en un «cajón de sastre» (*catch-all phrase*, dice Dahmal) en donde se incluye cualquier tipo de interferencia no catalogable del mecanismo de los precios, siendo así que, de hecho, la relevancia de la externalidad se encuentra en el hecho de que está indicando la presencia de costes de transacción; razón por la cual, en ausencia de dichos costes, siempre se realizaría el óptimo paretiano por contratación entre agentes económicos *self-interested*. Dicho esto, por lo que concierne al concepto de coste de transacción, tenemos tres tipos de definiciones: (i) de una parte, la definición característica de los economistas-matemáticos: es la proporción fija de aquello que se contrata, que desaparecerá con la transacción misma; (ii) otros autores parten de la idea de que se puede contratar sin coste, aunque estiman que muchas veces serán necesarios recursos para organizar el mismo cambio (cfr. DAHMAL, *The Problem of Externality*, cit., pp. 144-146, donde se discuten tales puntos de vista y se ofrece una documentada bibliografía); (iii) nosotros utilizaremos el término en el sentido acuñado por la *new law & economics*. Costes de transacción, desde esta perspectiva, serían los costes de saber con quién se va a contratar; de informar a los demás que uno quiere contratar; de conducir las negociaciones; de delinear el contrato; de inspeccionar el cumplimiento, etc., etc. (cfr. DAHLMAN, *op. cit.*, pp. 147-148). Son los costes —dicen muy claramente FURUBOTN y PEJOVICH— en que incurren los individuos «in defining, policing, negotiating, and enforcing resource rights and contractual agreements» (*The New Property Rights Literature*, en FURUBOTN y PEJOVICH (ed.), *op. ult. cit.*, p. 2). En última instancia vendrían dados por el precio del *tiempo* y de la *información* (cfr. LEPAGE, *Mañana el capitalismo*, cit., pp. 25-27). Otros autores se inclinan por definir el coste de transacción teniendo en cuenta las dos condiciones del *Teorema de Coase*; se incluirían así, tanto los costes correspondientes al establecimiento y salvaguardia de los contratos, como los costes relativos a la determinación y defensa de los *property rights* (CHEUNG, *El mito del coste social*, cit., p. 94).

(93) Cfr. COASE, *op. cit.*, p. 123. En realidad, como han puesto de manifiesto P. SCHWARTZ y A. CARBAJO, *Teoría económica de los derechos a apropiación*, en AA. VV., *La nueva economía en Francia y en España*, Madrid 1980, p. 132, lo que hace Coase —al establecer esas dos condiciones— es reformular los presupuestos del equilibrio óptimo que en la economía clásica se denominaban (i) perfecta discriminación de bienes y perfecta divisibilidad de factores y (ii) perfecta información.

Aunque no puede ser objeto de nuestra exposición, advertiremos que el teorema de Coase ha sido objeto de múltiples críticas; básicamente se dice que (i) es tautológico (CALABRESI, *Transaction Costs*, cit., p. 68); (ii) que no es aplicable a la asignación de recursos a largo plazo; y (iii) que no tiene

de Stigler, se diría que en competencia perfecta, cualquiera que sea la asignación dada de derechos, las transacciones de mercado entre «empresa productora» del daño (externalidad) y «empresa consumidora» del mismo, determinarán una composición de la producción igual a la que hubiera decidido una sola empresa operando en las dos actividades. Lo cual quiere significar que *las negociaciones en el mercado entre empresas producen el mismo resultado que la gestión interna de la empresa, sea cual sea la estructura de los property rights, y siempre y cuando los costes de transacción sean despreciables* (94). La conclusión que Coase obtiene respecto de la función del derecho es obvia: no siendo nulos los costes de transacción —como de hecho se constata— la asignación que el ordenamiento jurídico haga de derechos y responsabilidades tiene una gran trascendencia de cara a la

en cuenta los problemas de distribución de la riqueza (sobre estas dos últimas críticas, su exposición y contraargumentación, me remito a H. DEMSETZ, *When Does the Rule of Liability Matter?*, en ACKERMAN (ed.), *The Economic Foundations of Property Law*, cit., pp. 25-29, y allí todas las referencias necesarias). V. también —en el sentido de defender el teorema— NUTTER, *El teorema de Coase sobre el coste social*, cit., pp. 19 y ss.

(94) Apud NUTTER, *op. cit.*, p. 19. De hecho, el mismo COASE, en otro trabajo también pionero (que data del año 1937 en que fue publicado en la revista *Económica*) explica el origen de la empresa en la existencia de costes de transacción —tesis que ha resultado fecundísima a la hora de explicar todos los contratos de organización, desde la sociedad anónima (cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 289 y ss.) hasta otros contratos cuyo objetivo es la integración empresarial, como, por ejemplo, el *franchising* (cfr. P. H. RUBIN, *The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 21, 1978, pp. 221 y ss.). El trabajo de COASE a que me refiero y en versión castellana es *La naturaleza de la empresa*, en *Información Comercial Española*, enero 1980, pp. 67 y ss.

Quizá la argumentación del texto pueda clarificarse mediante un ejemplo: Cayo manufactura botellas de plásticos y de su factoría salen vertidos contaminantes que van a dar al lago donde pesca Ticio (el vertido es un coste externo, que Cayo no computa, sino que desplaza sobre Ticio, que ve por ello disminuido su volumen de pesca). Para corregir esa externalidad, Pigou recomendaría un impuesto sobre las botellas de plástico que manufactura Cayo. Coase, por su parte, dice que si no hay ningún impedimento que obstaculice la contratación libre entre Cayo y Ticio, la externalidad se internaliza *naturalmente*, a través del mercado, sin necesidad de que intervenga el Estado. ¿Cómo? Supongamos que el beneficio anual que Ticio detrae de la pesca en el lago es de 3.000, mientras que Cayo obtiene de la manufactura (contaminante) de botellas 5.000. Es claro que ante la incompatibilidad de ambos ejercicios Cayo comprará a Ticio su derecho de pesca (lo cual supone que si Cayo y Ticio fuesen una empresa, ésta no se dedicaría a la pesca, sino íntegramente a la manufactura). Puede ser también que a partir de un determinado momento, el índice de crecimiento de beneficios de la manufactura decrezca hasta ser más bajo que aquel que se derivaría de la pesca. En este caso también se contrataría: Cayo compraría a Ticio el 66 por 100 (imaginemos) de su derecho de pesca (lo cual quiere decir que si fuesen empresa, ésta se dedicaría a pescar por valor de 1.000 anual y a manufacturar por una suma (en beneficios) de 4.100, por ejemplo); es decir, Cayo pagaría a Ticio para que aceptase en su lago una cantidad de aguas contaminadas tal, que el *beneficio marginal* del vertido para Cayo fuese igual al *coste marginal* que para Ticio supone la reducción de su volumen de pesca.

consecución de un nivel óptimo de eficiencia: (i) no siendo los costes de transacción nulos, se originará la empresa (95); (ii) pero como incluso la empresa puede generar otros costes —v. g. diseconomías de escala; costes administrativos... (96)—, habrá que buscar en multitud de ocasiones otra solución. Y habrá que buscarla, precisamente, en el Estado. El Estado, a través del derecho, deberá decidir el modo de asignación de recursos más *eficiente* y, para que así sea, decidirá como lo habría hecho el mercado en la hipotética situación en que los costes de transacción hubiesen sido nulos (97); se explica así por qué Dahlman entiende que el planteamiento de Coase no es neutral y sugiere muy claras directrices de *policy* para el Estado. Ya veremos como, por ejemplo, esa decisión es la que hace nuestro Código civil en materia de servidumbres. En una terminología quizá más familiar para el jurista, podríamos resumir el *teorema de Coase* diciendo que un mercado transparente y no distorsionado (con costes de transacción relativamente bajos) siempre acabará prevaleciendo aquella titularidad de los derechos que genere más utilidad, con independencia de quién sea el titular originario del derecho y tanto si éste está protegido por una acción de resarcimiento como si lo está por una acción negatoria pues, según veíamos, los recursos tienden casi naturalmente hacia su utilización más valiosa (98).

Un ejemplo creo que nos ayudará de nuevo a comprender la dimensión real del teorema. Supongamos una utilización conflictiva de diversos *property rights*. Ticio goza de un derecho de paso para el ejercicio de su empresa de ferrocarriles de vapor. Cayo explota una empresa agrícola, cultiva trigo, en un fundo de su propiedad. El tren de Ticio, desafortunadamente, produce chispas que, al circundar la finca de Cayo, queman el trigo. Este es el conflicto que nos presenta Posner (99). Imaginemos ahora que el «derecho a echar

(95) Cfr. COASE, *La naturaleza de la empresa*, cit., pp. 69-70. El razonamiento difícilmente podría ser más convincente: «Es costoso utilizar el mecanismo de los precios» (*ibi*. V. también, *Id*, *El problema del coste social*, cit., p. 124).

(96) Cfr. COASE, *op. últ. cit.*, pp. 125-126. Sobre este tema de las *internal organization failures* (opuestas a las *market failures* —es decir, a las externalidades—) es obligada la remisión a O. E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*, New York 1975. Estas categorías —cuyo estudio por ahora se encuentra en «un estadio primitivo de desarrollo» (cfr. O. E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies. Some Elementary Considerations*, en *American Economic Review*, vol. 63, 1973, p. 316)— serán de una importancia capital en el estudio (que calificaría de «revolucionario» dentro de la ciencia jurídica) de esa confusa categoría de los contratos de duración y los contratos de colaboración —híbridos entre las fórmulas societarias (organizaciones internas) y los contratos de cambio (transacciones de mercado)—, porque nos habrán de proporcionar una forma precisa (y real) de identificación de regímenes jurídicos.

(97) Cfr. COASE, *El problema del coste social*, pp. 129-130 e *ibi* el examen de algunas sentencias famosas de la jurisprudencia inglesa.

(98) Cfr. HORN, *Zur ökonomische Rationalität des Privatrechts*, cit., p. 313.

(99) El ejemplo, en efecto, lo recojo (con pequeñas modificaciones) de POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 34-37.

chispas» (que evitaría a Ticio una costosa inversión en equipo suplementario que lograrse impedir las) incrementa el valor de la explotación ferroviaria de Ticio en 100, mientras que reduce el valor del derecho de Cayo en 90. Si el ordenamiento asigna (y garantiza) a Cayo el derecho a «permanecer libre de chispas» (tal vez fuere más correcto hablar de *property right* en lugar de «derecho») (100), presumiblemente Ticio llegaría a un acuerdo con él para comprárselo por cualquier cantidad entre 90 y 100, pues un precio calculado en ese límite (siempre teniendo en cuenta que los agentes son maximizadores racionales de valor) convendría a ambos y alcanzaría un nivel de eficiencia óptimo. Si, por el contrario, tal *property right* correspondiese a Ticio, porque el ordenamiento así lo decidiera, es obvio que Cayo no llegaría nunca a adquirirlo, habida cuenta que Ticio no aceptaría nunca menos de 100 y que él no ofrecería nunca más de 90. Por lo tanto, *independientemente de cuál sea la asignación de «property rights» que establezca el ordenamiento*, Ticio siempre emitirá chispas, pues en sus manos el derecho alcanza su valor máximo (recordemos que éste, en la fórmula de Posner, se mide por la «voluntad o disposición de pagar»). La situación descrita, sin embargo, difícilmente sería verificable en la realidad. Esta nos ofrece casi siempre un panorama repleto de costes de transacción. En nuestro caso, pensemos sólo que al lado de Cayo existen centenares de empresarios agrícolas que se hallan en la misma situación; la contratación con todos del efecto externo (el incendio del trigo) será realmente costosa. Ticio únicamente compraría los derechos de Cayo (y demás propietarios agrícolas) si los costes de transacción fuesen más bajos de 10 (que es la diferencia de valor entre el derecho en manos de Cayo y de Ticio); si aquéllos fuesen superiores a 10 —como sucederá tantas veces— Ticio no compraría el derecho y se produciría una distribución ineficiente de recursos.

Estas observaciones sugieren la existencia de un principio económico que puede servir tanto para diseñar el derecho como para decidir los casos de conflicto: el ordenamiento debe asignar el derecho subjetivo a aquella parte en cuyas manos resulta más valioso. Distribuyendo así los derechos —los recursos—, el sistema jurídico se anticipa y obvia la necesidad de la transacción en el mercado, que puede ser verdaderamente costosa. Para ello o bien se asigna directamente

(100) Esta categoría nueva del *property right* será objeto de examen en el epígrafe número 10. Observaré aquí no obstante que, en cierto modo, esa categoría se asimilaría a la de *facultad* (como parte del derecho subjetivo). En este sentido «el derecho a permanecer libre de chispas» integraría una facultad del derecho de propiedad. Por ello, algunos autores prefieren hablar de «haces de *property rights*» (*bundles of property rights*), para designar un derecho subjetivo completo. «Por ejemplo —señalan FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, cit., p. 139—, el valor de una casa para un individuo será relativamente mayor si el "haz de *property rights*" adquirido contiene el derecho a excluir estaciones de servicio, plantas químicas, etc., de la inmediata vecindad de la casa. De lo cual se deduce que el complejo de los varios *property rights* que se tienen sobre los recursos influyen las funciones de utilidad del titular que tiene que hacer las decisiones».

el *property right* a Ticio; o bien se asigna a Cayo el derecho, pero no protegido por una regla de propiedad (remedio negatorio), sino por una regla de responsabilidad (remedio resarcitorio) (101). El primero es el método del derecho de propiedad; el segundo el método característico de *tort law*. La diferencia es terminológica o histórica, más que analítica, según tendremos ocasión de verificar (v. *infra*, n. 15).

Me detendré un momento ahora en el examen de una hipótesis específica en la que el derecho se sitúa en esta lógica (sustitutiva de la decisión del mercado). Tomaré la *servidumbre* como supuesto significativo de conflicto entre *property rights*, toda vez que aquélla no persigue sino la concesión de un poder para obtener un goce —un derecho subjetivo de carácter real— sobre un fundo ajeno en utilidad del propio (102). La tesis a desarrollar propone que, en última instancia, las llamadas «servidumbres forzosas o impuestas por la ley» no significan más que la resolución por parte del ordenamiento de un conflicto (el uso incompatible de la propiedad) y precisamente en el sentido que lo haría un mercado hipotético; se trata, pues, de una atribución por obra del sistema jurídico de *property rights* a favor de aquella parte del conflicto que debería adquirirlos contractualmente de no mediar costes de transacción en el mercado —normalmente lo que sucede es que estos bienes no tienen «cotización» en el mercado y una de las partes se halla en condiciones de imponer un precio monopolístico ante el estado de *necesidad* (demanda inelástica por ausencia de bienes sustitutivos) del propietario colindante, además de los problemas de interferencia en la negociación derivados del *pretium affectionis*, a los que el derecho renuncia. La afirmación de que en todo caso adquiriría el «dominante» los *property rights* que integran la servidumbre se confirma por la nota de la *necesidad* (estimando siempre que los operadores responden al paradigma del *homo oeconomicus*); razón por la cual las servidumbres forzosas sólo pueden ser solicitadas —dice la doctrina— si se produce la *necesidad* de quien la pide (103). La utilidad es tanto razón de ser de la servidumbre como medida de su extensión; en las impuestas legalmente se grava únicamente lo *estrictamente necesario* (cfr. arts. 566, 569, etc., de nuestro Código civil) (104). Se produce, pues, una modificación del derecho (*entitlement*) inicial, que en parte ya no se protege por una regla de propiedad (acción real), sino por una regla de responsabilidad (la indemnización) (105). Se modifica el *property right* (la propiedad sobre el fundo que, en principio, como categoría ejemplar de los *property rights*, es *exclusiva*), al objeto de así poder lograr una solución más eficiente en la distribución de los recursos (106), pues es claro que la

(101) V. POLINSKY, *Economic Analysis of Law as a Potentially*, cit., p. 1661.

(102) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN-BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1979, p. 384.

(103) Cfr. M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. 2, Barcelona, 1975, p. 111.

(104) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN-BALLESTEROS, *op. últ. cit.*, pp. 384-385.

(105) V. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 51, e *infra*, n. 15.

(106) Cfr. FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., p. 4.

desutilidad que acarrea al sirviente es menor que la utilidad que aporta al dominante; con lo que, una vez más, se produce un desvío hacia la utilización más valiosa de los recursos: el coste para Ticio de prevenir la emisión de chispas de su ferrocarril —valga el ejemplo, que aun no siendo técnicamente asimilable, se inscribe en la misma lógica— es más alto que la reducción de valor que tales chispas generan en la tierra de Cayo.

Como veremos en uno de los epígrafes siguientes, a propósito de la teoría de los *property rights*, éstos tienden a configurarse en términos de *absoluta exclusividad*; pero los costes en muchas ocasiones (debido fundamentalmente a la producción de diseconomías de escala) llegan a ser prohibitivas, por lo que una atenuación de la exclusividad incrementa la eficiencia, más que la reduce (107). Supongamos otra vez que para Ticio el valor de pasar por el fundo de Cayo se cifra en 100, mientras que un derecho de exclusión perfecto generaría a este último una utilidad igual a 80. Es claro que, en todo caso, en ausencia de costes de transacción, la servidumbre de paso vendría constituida convencionalmente, en el mercado (108). Como no existe mercado, Cayo (que goza de poder monopolístico) podría pedir 110 a Ticio, con lo cual la transacción no tendría lugar y se produciría —como venimos repitiendo— una ineficiente distribución de los recursos. El derecho interviene en estos supuestos protegiendo a Cayo únicamente con una regla de responsabilidad y asignando el derecho (en este caso *de paso*) a Ticio, porque en sus manos produce más valor o bienestar social. Cómo decir que justamente es esa la operación que realiza el artículo 564 de nuestro Código civil, cuando establece los requisitos de constitución de la relativa servidumbre; a saber: (i) *la utilidad presumiblemente mayor en manos de Ticio* —que podemos reconducir al concepto de necesidad (que la finca, dice el codificador, esté enclavada «entre otras ajenas y sin salida al camino público», que la doctrina española tradicional (Sánchez Román, De Diego, Manresa), con muy buen «criterio económico», ha ampliado en el sentido de no exigir la ausencia absoluta de salida, sino de que bastará con que aquélla sea «peligrosa, difícil o insuficiente» (109)—; y (ii) *la indemnización de Ticio a favor de Cayo* —con lo que otra vez se sustituye la regla de la propiedad por la regla de la responsabilidad: una tercera entidad (oficina administrativa u órgano judicial) determina el precio que se deberá pagar al propietario como consecuencia de la «destrucción» parcial de su *entitlement* inicial u originario. Aquí la eficiencia —diría Calabresi— requiere un grado mayor de intervención; mas quien gana con la redistribución de los recursos, habrá de compensar

(107) Cfr. POSNER, *op. últ. cit.*, p. 30.

(108) Otra solución —si se quiere mantener a ultranza la *exclusividad*— es que Cayo o Ticio compre el fundo del otro. Pero esta solución producirá en muchos casos altos costes derivados de la consecución de diseconomías de escala, es decir: rendimiento decreciente de utilidad una vez que se supera el volumen óptimo del recurso productivo (en este caso, el fundo).

(109) Cfr. J. CASTÁN, *Derecho Civil Común y Foral*, II, Madrid, 1950, p. 525, e *ibi* las relativas referencias de la doctrina tradicional citada en el texto.

a quien pierde (en aplicación del *compensation test* como corolario del óptimo de Pareto).

III

10. Alcanzado este punto, interrumpimos la exposición (sumaria y por fuerza incompleta) de la teoría, para canalizar el discurso hacia la discusión «economicista» de los que sin duda son los institutos centrales del derecho patrimonial privado: la propiedad, la responsabilidad y el contrato. El propósito de las páginas sucesivas —huelga decirlo— se halla, sin embargo, muy lejos del examen mínimamente exhaustivo; más modestamente quiere ceñirse al planteamiento, con una estricta finalidad «ilustrativa», de algunas cuestiones, por entre las cuales sea dable entrever el *modelo analítico* y, sobre todo, el *modus operandi* que distinguen la labor del *lawyer-economist*. La exposición nos servirá además de pretexto para profundizar un poco —al final de la sección— en las insinuaciones que se hacían en el epígrafe quinto con ocasión de la descripción del modelo general de la *new law & economics* y para, subsiguientemente, explicitar la unidad de sentido (en la óptica de la teoría económica) del entero ordenamiento patrimonial. A tales efectos, me refiero, en primer lugar, a la *Teoría económica del derecho de la propiedad*, al hilo de la cual habré de esforzarme sobre todo por delinear la doctrina de los *property rights*. En consecuencia, es de advertir que el concepto que aquí se utilizará de propiedad no coincidirá precisamente con aquél que parece haber tenido presente el redactor del Título II del Libro II de nuestro Código civil (de inequívoco sabor «fundiarío»); ni, por otra parte, los «temas» del ejercicio serán los característicos de la sede en un manual de derechos reales. Pero vayamos al tema.

Si la función del derecho contractual reside —como veíamos— en la minimización de los costes de transacción y la del derecho de la responsabilidad civil (*tort law*) en la simulación de la operación del mercado, al derecho de propiedad compete la tarea unificante de todo el *ius privatum*, habida cuenta de que es él quien provee a la *inicial asignación de recursos* (derechos), que habrán de ser transferidos a través del contrato y protegidos por el derecho de la responsabilidad. Esta visión tan simplificada que nos ofrece Posner responde, por lo demás, a la vieja idea del sistema tradicional del Derecho civil, según la cual el derecho de propiedad sería el único y verdadero elemento unificador de las diversas materias que componen el Derecho privado (110). La cuestión fundamental será, pues, cómo deba procederse a esa asignación de recursos.

Una vez más el tema viene resuelto con arreglo al criterio de la eficiencia paretiana, según el cual, *los recursos deben ser distri-*

(110) Cfr., entre tantos, S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina della proprietà*, en S. RODOTÀ (ed.), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 355.

buidos de forma tal que se consiga la internalización de todos los costes sociales (externalidades). Con lo que se concluye en la obvia afirmación de que el único modo posible de internalización será a través de la asignación de los recursos en régimen de *propiedad privada* (111). Por ello, la teoría económica de los *property rights* —que se propone configurar un derecho sobre todo lo que tenga valor (sobre cualquier recurso escaso) a imagen y semejanza del derecho de propiedad (112)—, constituye en realidad el punto de partida de todo el análisis económico del derecho —dilatándose así los contornos del concepto tradicional del derecho de propiedad (113).

Examinemos esta teoría. Ha sido sobre todo en estos últimos quince años, a partir fundamentalmente de los trabajos de Demsetz y Cheung (114), cuando la idea del *property right* se ha hecho concepto capital del análisis económico (115). Con esa nueva categoría se intenta

(111) Cfr. HORN, *Zur ökonomische Rationalität des Privatrechts*, cit., p. 316.

(112) He optado por no traducir al español el término *property right*, habida cuenta de los malentendidos a los que podría dar lugar, pues técnicamente no es asimilable al derecho de propiedad (*right of ownership*). Las alternativas —derecho de apropiación (así SCHWARTZ y CARBAJO, *Teoría económica de los derechos de apropiación*, cit., pp. 119 y ss.), derecho de disposición (*Verfügungsrecht*) (cfr. ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., p. 297), derecho de privativa (como ha propuesto algún autor italiano), derecho propio, derecho de exclusión... y demás hipótesis imaginables— estas alternativas, decía, reflejan sólo aspectos muy parciales del concepto y además podrían generar innecesarias confusiones. Por otra parte, la mayoría de los autores utilizan normalmente la locución inglesa *property right*, habida cuenta del éxito que ha tenido la fórmula y que hoy en día designa toda una importante rama de la teoría económica.

(113) Cuando POSNER (*Economic Analysis of Law*, cit., pp. 27 y ss.) estudia el «Derecho de Propiedad» en realidad lo que hace es referirse a la doctrina de los *property rights*. Refiriéndose a este capítulo de su libro, un recensor escribe: «... la mayoría del capítulo está dedicado a delinear la teoría de los *property rights* (que en realidad tiene tanto que ver con el derecho de los contratos y especialmente con el derecho de la responsabilidad civil [...] como con el de propiedad, comúnmente entendido), aplicándola e ilustrándola en contextos que tienen muy poco que ver con el «derecho de la propiedad», tal como nosotros lo pensamos y experimentamos —frecuencias de radio, derechos de aguas, [...] *privacy*, patentes y *copyright*» (KRIER, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, p. 1677).

(114) V. *retro*, nota 33.

(115) Para un repaso sumario de lo que podemos llamar *prehistoria* de la teoría de los *property rights* bastará el reenvío a SCHWARTZ y CARBAJO, *Teoría económica de los derechos de apropiación*, cit., pp. 121-127. En general, para la moderna teoría económica de los *property rights*, además de las obras que se irán citando en el curso de la elaboración, me remito a la excelente síntesis de FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, cit., pp. 1137 y ss., donde se sumarian las líneas esenciales de esta línea de investigación, se examinan algunas de sus aplicaciones más importantes y se discute, en general, la bondad del nuevo enfoque para el entendimiento de muchas instituciones. El trabajo contiene una completa referencia bibliográfica (*ibi*, pp. 1157-1162). Se puede completar el panorama más reciente con la monografía de M. HUT-

superar el concepto jurídico de propiedad y crear una noción nueva que resuma todas las *posibilidades de conducta* y las *competencias de decisión* que atañen al titular de un recurso (116). De acuerdo con los proponentes del nuevo enfoque, el objeto y el contenido de las asignaciones de *property rights* sobre los recursos afectan a las formas de comportamiento de las personas en un mundo de escasez. Dicho de otro modo, los individuos responden a incentivos económicos y la pauta de incentivos vigentes en cada momento viene determinada por el cuál sea la estructura prevalente de *property rights*. En la sociedad capitalista —cuyo objetivo final es el logro de la eficiencia— el derecho tenderá a diseñar una estructura de *property rights* tendencialmente perfecta (de acuerdo con las características que éstos deben tener y que veremos más tarde) —de la misma forma que el Derecho privado del capitalismo (clásico) tiende a configurarse como una constelación casi perfecta de derechos subjetivos (117). Mas —y esta es la pregunta preliminar—, ¿qué es un *property right*? Ya hemos dejado entender que el nuevo planteamiento se propone superar la concepción tradicional de la propiedad como relación jurídica entre el hombre y la cosa (*Sachherrschaft*) y reformular la cuestión en términos de estrictas relaciones entre sujetos. La propiedad ya no es un derecho sobre un recurso, sino que a través de los *property rights* que integra, define qué conducta puede realizar el titular y qué conductas deben soportar los demás, deviniendo así complementarios los conceptos de propiedad y de conducta prohibida (118). Afortunadamente, la literatura

TER, *Die Gestaltung von Property-Rights als Mittel gesellschaftlich-wirtschaftlicher Allokation*, Göttingen 1979.

(116) Cfr. H. KÖHLER, *Vertragsrecht und «Property-Rights»-Theorie. Zur Integration ökonomischer Theorien in das Privatrecht*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 144, 1980, p. 590, quien reenvía (en esta perspectiva conductista) a SCHULLER, *Eigentumsrechte, Unternehmenskontrollen und Wettbewerbsordnung*, en *ORDO*, vol. 30, 1979, pp. 324 y ss.

(117) El importante concepto de «estructura de *property rights*» puede ser definido como «el complejo de relaciones económicas y sociales que define la posición de cada individuo relativamente a la utilización de los recursos escasos» (FURUBOTN y PEJOVICH, *op. ult. cit.*, p. 1139). Sobre los efectos de las diferentes estructuras de *property rights* sobre la conducta humana, v. S. PEJOVICH, *Towards a General Theory of Property Rights*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds), *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 341 y ss., donde se distingue una cuádruple tipología de estructuras de *property rights*: capitalista, capitalista atenuada, socialista de *usus fructus* (Yugoslavia) y socialista de *usus* (Unión Soviética).

(118) Cfr. J. GOTTHOLD, *Zur ökonomischen «Theorie des Eigentums». Eine kritische Einführung*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 144, 1980, pp. 546 y 547. Esa idea clásica de la propiedad a que se hace referencia podría resumirse en las siguientes palabras clásicas de C. AUBRY y C. RAU, *Cours de droit civil français*, II, París, 1869, p. 170: «La propriété, dans le sens propre de ce mot (*dominium*) exprime l'idée du pouvoir juridique le plus complet d'une personne sur une chose, et peut se définir le droit en vertu duquel une chose se trouve sumise d'une manière absolue et exclusive, á la volonté et á l'action d'une personne» (*apud* RODOTÁ, *op. ult. cit.*, p. 359, nota 2).

económica nos proporciona una definición muy clara. Son *property rights* las relaciones de conducta sancionadas entre los hombres que nacen de la existencia de bienes escasos (sean de la naturaleza que sean, materiales o inmateriales) y que conciernen a su uso (119). Tales relaciones determinan «normas de conducta» en vista de los bienes, que deben ser observadas en el actuar cotidiano con las demás personas —pues a quien no las observe, en justa economía, se le impone el coste del incumplimiento. Se entiende así la importancia capital que asume en todo el análisis económico la disciplina relativa a las relaciones de vecindad; podría incluso decirse —como ha sugerido Gotthold— que la teoría económica de la propiedad acaba por configurarse más que otra cosa como una teoría de los usos incompatibles de la propiedad.

Función del derecho en esta lógica es proceder a una cada vez más perfecta delimitación de los *property rights*, es decir, de las modalidades de conducta permitidas y prohibidas. Pienso así en dos recientes sentencias de nuestras Audiencias que han procedido a definir verdaderos *property rights* (bajo el tímido concepto de «bienes patrimoniales») sobre la tranquilidad —admitiendo un interdicto de obra nueva contra edificaciones que perturbarían la tranquilidad de los poseedores actuales—, y sobre una vista panorámica —protegiendo también en vía interdictal al poseedor contra edificaciones próximas que impedirían la vista— (120). La importancia fundamental de una exacta definición de los *property rights* se ve muy claramente de cara al *cambio*, que es el modo en que se altera la distribución existente de recursos para lograr

(119) Así FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., p. 3.

(120) La primera de las citadas es la Sent. de 12 de noviembre de 1974 de la Audiencia Provincial de Madrid (ponente: M. J. RODRÍGUEZ LÓPEZ); la segunda, la Sent. de 12 de noviembre de 1974 (curiosamente son de la misma fecha) de la Audiencia Provincial de Málaga (ponente: M. CONDE-PUMPIDO FERREIRO). Las recojo de *Sentencias en Apelación de las Audiencias Provinciales (Materias civil y penal)* (2 Semestre), Madrid 1975, pp. 203-205 y 211-212, respectivamente. Otro ejemplo instructivo nos lo proporciona el famoso *case U. S. v. Cavsby* (1948), U. S. S. C., 221, en el que un granjero de Carolina del Norte, dedicado a la cría de pollos, demandó —y con éxito— a la sociedad explotadora del aeropuerto de la localidad, alegando que la «puesta de huevos» de sus aves se había visto notablemente reducida como consecuencia de los ruidosos aterrizajes. La *Supreme Court* de los Estados Unidos concedió una indemnización al granjero (se produjo una «compra forzosa» de *property rights*) en atención a que su «propiedad» se había visto lesionada, fundamentando el fallo en la enmienda 5.^a a la Constitución. Con esta amplísima definición de la propiedad —que, justo es recordarlo, no es ajena a los intentos de la doctrina mercantilista (en tema de empresa en sentido objetivo) de alargar los estrechos moldes de la *proprietates* romana—, se va mucho más allá del concepto «físico» tradicional, que, en cierto modo, se ve sustituido por un «concepto-catálogo» de características del complejo físico. Por otra parte, es mucho más adecuado a la noción del economista y, de alguna manera, se anticiparía a la moderna investigación de la teoría de la demanda, que se focaliza sobre las características del bien, más que sobre el bien en sí mismo (cfr. OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 34-35).

soluciones más eficientes (121). Una vez definido el *property right* sobre la «vista panorámica», por ejemplo, su titular y el constructor podrán libremente contratar la transferencia —que tendrá lugar, en el caso, si el valor que el constructor prevé obtener de la edificación es mayor al que el titular atribuye al placer de gozar de un determinado paisaje. Al lector no le será difícil entrever por los pliegues de esta formulación una «nueva edición de la teoría del derecho subjetivo (122); ciertamente no nos encontramos muy lejos, aunque la teoría de los *property rights* va más allá: contiene una explicación teórica —hasta ahora, por supuesto, sólo desde el punto de vista de la racionalidad económica— de por qué tiene sentido «liquidar» una teoría *estática* del derecho subjetivo (la teoría recíproca»: la que ve el derecho subjetivo en situaciones recíprocas de posiciones unilaterales de derecho/deber); la nueva teoría describe los *property rights* no como posiciones estáticas, sino como posiciones dinámicas en equilibrio que están orientadas hacia utilidades alternativas más eficientes. Podría tratarse —continúa Schanze, y sería una tesis a investigar— de una recuperación de un concepto histórico del derecho de propiedad (el de la burguesía como contrapuesto al peculiar del ordenamiento estático-feudal), que, sin embargo, no llegó a cuajar en la obra codificadora, que por diversas razones volvió a poner el acento en la seguridad (o aseguración) de la propiedad (123). Mas lo cierto es que en la perspectiva de los *property rights* —como análisis de incentivos y rémoras de la conducta en sus repercusiones en el proceso económico— se pueden considerar todos los derechos de propiedad, patrimoniales y de disposición (124).

En esta línea, como la definición dada sugiere, el concepto de *property right* no condensa un instituto jurídico perfectamente definido, sino que más bien sustancia un *Oberbegriff* (un supraconcepto), dentro del cual es catalogable cualquier tipo de derecho que de una u otra forma defina una relación entre hombres relativamente a la disposición de bienes económicos (125); ello, es cierto, sin perjuicio de que el modelo de construcción de la categoría —como antaño lo fuera para el derecho subjetivo— venga proporcionado por el derecho de propiedad (126). Esta idea se confirma inmediatamente,

(121) Cfr. FURUBOTN y PEJOVICH, *op. últ. cit.*, p. 3.

(122) SCHANZE, *Ökonomische Analyse des Rechts in den U. S. A.*, cit., p. 13. Lo cual no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que el *property right* es un concepto diseñado a imagen y semejanza del derecho de propiedad, que a su vez ha sido el modelo básico con arreglo al cual se ha elaborado el concepto de derecho subjetivo (v. F. KASPER, *Das subjektive Recht, Begriffsbildung und Bedeutungsmehrheit*, Karlsruhe 1967, pp. 11 y ss.).

(123) SCHANZE, *op. loc. últt. citt.*

(124) Cfr. ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., p. 297.

(125) Cfr. M. HUTTER, *Über eine Alternative zur neoklassischen ökonomischen Analyse des Rechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 144, 1980, p. 647.

(126) El *property right* correspondería más a una noción de propiedad en el sentido del valor en cambio de los recursos (y por ahí encajaría la aludida intuición de Schanze) que a una noción de propiedad en el sentido de cosas poseídas (sobre esos diversos conceptos, cfr. J. PUIG-BRUTAU, *Funda-*

si tenemos en cuenta los caracteres que (desde un punto de vista económico) tiende a asumir un sistema eficiente de *property rights*: la universalidad, la exclusividad y la transferibilidad. (i) El primero de ellos, la *universalidad*, propone que todos los recursos deberían ser poseídos por alguien (deberían ser asignados en régimen de propiedad), excepto aquéllos que, por ser tan abundantes, cualquiera puede consumir a su antojo, sin reducir el consumo ajeno, sin generar externalidades (v.g., el aire —aunque quizá no sea éste el mejor ejemplo, pues, debido a la polución, se ha convertido en un recurso escaso). La llamada «tragedia de los comunes» vendría a poner de relieve la ineficiencia de titularidades colectivas (127). (ii) La segunda característica consiste en la *exclusividad*, es decir, la posibilidad jurídica (*ius prohibendi*) de excluir a los demás del consumo sobre el recurso asignado de que se trate. Esta posibilidad real (negatoria) de exclusión, se transforma en un derecho de indemnización (regla de responsabilidad) en ciertas situaciones en que la invasión del derecho ajeno no se ajusta a los extremos del óptimo paretiano. En esta lógica, por ejemplo, parece alinearse el pár. 904 del B.G.B., al establecer que «[E]l propietario de una cosa no está autorizado para prohibir la intromisión de otro, cuando dicha intromisión sea necesaria para evitar un peligro inminente que amenace causar daños desproporcionadamente elevados frente a los que se causen al propietario por efecto de la intromisión». (iii) La última condición para que un *property right* sea eficiente viene dada por su plena *transferibilidad*. Se trata éste de un requisito básico, pues a él incumbe facilitar que los recursos pasen de utilizaciones menos eficientes a aquéllas más eficientes (128).

Ahora bien, el delineado no es más que un modelo ideal de *property right*. Modelo ideal no siempre apto para la consecución de la

mentos de Derecho Civil, III, Barcelona 1953, p. 122). Se tratará —dice GOTTHOLD, por otra parte— de una nueva interpretación del concepto económico de factor de producción, que ya no puede ser entendido simplemente como unidad física (cfr. *op. cit.*, p. 546). Y estas consideraciones vienen a coincidir con las reflexiones que cierran el trabajo de Coase, en las que se pone de manifiesto que el factor de producción ya no puede concebirse como «entidad», sino más bien como el *derecho a llevar a cabo una lista específica de acciones*. «Si pensamos —prosigue COASE— que los factores de producción son derechos, es mucho más fácil entender que el derecho a hacer algo que tiene un efecto perjudicial —como, por ejemplo, la producción de ruidos, olores, humos, etc.— es también un factor de producción» (cfr. *El problema del coste social*, cit., pp. 172-173. En realidad toda la teoría económica de los *property rights* va necesariamente conectada a esta intuición originaria de Coase).

De todos modos, si queremos ser precisos, debemos tener en cuenta que las categorías de *property rights* son numerosas, aunque la mejor conocida sea el derecho de propiedad (v. FURUBOTN y PEJOVICH, *op. ult. cit.*, p. 4).

(127) Cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, en ACKERMAN (ed.), *Economic Foundations of Property Law*, cit., espec., pp. 4-6.

(128) Sobre estas tres características de los *property rights*, v. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 29-31; CHEUNG, *El mito del coste social*, cit., pp. 91-92 (aquí se observa de manera evidente la semejanza con el modelo jurídico de la propiedad); y PEJOVICH, *Towards a General Theory of Property Rights*, cit., p. 342.

eficiencia económica. Muchas veces, en efecto, este objetivo se logrará a través de lo que se denomina modificación del *property right* o atenuación de sus «virtudes». En este sentido se habla de «grados de perfección» de tales derechos (129). Una vez más dichas modificaciones o atenuaciones se explican en términos de altos costes de transacción (130). Por lo que se refiere a la *universalidad*, pensemos, por ejemplo, en la creación de *property rights* sobre bancos de peces en la actividad pesquera, que tendrían por finalidad internalizar los efectos externos de tal actividad (el tema se comprenderá más adelante cuando se llegue al estudio de los derechos de caza). En ese caso —habida cuenta del nivel tecnológico actual— probablemente los costes de definición e inspección del *property right*, serían tan altos —es decir, más altos que el beneficio externo que se internaliza— que no sería económica su delimitación (131). En punto a la exclusividad, piénsese, por ejemplo, en las servidumbres o en el *ius usus inocui* que sancionan algunos códigos civiles (cfr. el art. 699 del Código civil suizo). En tales supuestos, resulta más eficiente atenuar el *ius prohibendi* que mantenerlo a ultranza, pues la alternativa que quedaría, la transmisión, se revela en muchos casos —debido a las diseconomías de escala— antieconómica (132). En lo que concierne a la transferibilidad, también se hacen necesarias ciertas limitaciones. Así, por ejemplo, cuando los costes de la transferencia son prohibitivos se hace preciso limitar su exclusividad, como veíamos hace unos momentos; pero además existen otras hipótesis en las que se requiere una atenuación de la libre transmisibilidad por que ésta conlleva importantes efectos externos. Posner ejemplifica este caso muy gráficamente en materia de derechos de aguas: Imaginemos una corriente de agua que pasa por los fundos agrícolas de Cayo y Ticio; mientras la actividad sea la agricultura no existen problemas en el disfrute del derecho sobre la corriente; pero si Cayo decide vender su fundo a una empresa industrial que necesita gran cantidad de agua para su explotación (tanta que deja a Ticio sin caudal), la transferencia de Cayo a tal empresa creará un efecto externo en Ticio; por ello el derecho estima necesario limitar la trans-

(129) Cfr. CHEUNG, *op. ult. cit.*, pp. 92-94.

(130) V. FURUBOTN y PEJOVICH, *Two Essential Concepts: Transaction Costs and Attenuation*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 45-48. Como ya habíamos puesto de manifiesto, el concepto de coste de transacción no incluye sólo los costes de establecimiento y salvaguardia de los contratos, sino también los costes de defensa y determinación de los *property rights* —aspectos ambos que, por lo demás, se hallan profundamente interrelacionados (v. CHEUNG, *op. ult. cit.*, p. 94).

(131) Una magnífica discusión de este problema (en el sentido, sin embargo, de hacer manifiestas las ineficiencias —disipación de renta, externalidades, etc.— del sistema actual (derecho de uso no exclusivo del mar, en el que, por ende, no existe derecho a contratar) puede encontrarse en S. N. S. CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economic of Property Rights*, cit., pp. 13 y ss.

(132) V. *supra*, nota 108, e *infra*, texto y nota 138.

feribilidad de la propiedad de Cayo, requiriendo que la transmisión no injurie a los demás usuarios de la corriente (133).

Aclarado este problema, abordamos otro ya insinuado: aquél que se interroga acerca de la función de la constitución de *property rights*, que, como sabemos, no es otra que la internalización de efectos externos, de las externalidades que se producen en (y que destruyen) el mercado (134), lo cual nos servirá además para explicar cómo aparecen los *property rights*. Porque es evidente que si aquélla —la internalización de beneficios y costes externos— es la función primordial de los *property rights*, éstos se originarán cuando se produzca un nuevo evento que modifique el cálculo actual de los costes y beneficios externos de un recurso sobre el que no existen derechos; en el sentido —es evidente— de que el saldo de los beneficios supera el co-

(133) Cfr. POSNER, *op. ult. cit.*, pp. 51-52. Igualmente nos encontramos ante este tipo de situaciones cuando la propiedad esté gravada con cualquier tipo de derecho real limitado, que se transmite solidariamente (cfr. GOTTHOLD, *Zur ökonomischen «Theorie des Eigentums»*, cit., p. 550).

(134) Quizá resulte oportuno que nos detengamos por un momento en el concepto de *externalidad*. Por su continua repetición a lo largo de las páginas anteriores, el lector ya habrá advertido que este concepto designa el «corazón» mismo de todo el análisis económico del derecho; lo cual muy claramente se explica si se tiene en cuenta que la función del derecho es *rehabilitar* el mercado, para lo cual es absolutamente necesario cancelar todo tipo de externalidades en cuanto que éstas pulsan los «fallos» del mercado mismo. No en vano se ha dicho que la teoría de las externalidades ha sido y es la clave central de la crítica neoclásica de la organización de mercado (BUCHANAN y STUBBLEBINE, *Externality*, en *Economica*, vol. 29, 1962, p. 371; citado por DAHLMAN, *The Problem of Externality*, cit., p. 141). Me permitiré reproducir un amplio párrafo de NATH, *Una perspectiva de la economía del bienestar*, cit., pp. 54-55, en el que esta noción queda excelentemente perfilada. «Externalidad es el nombre que recibe cierto tipo de efecto favorable o desfavorable, producido por un agente económico (un individuo o una empresa) sobre la producción, renta, ocio, riqueza o bienestar de otro agente económico —siendo un efecto tal que la técnica actual, las costumbres o las leyes, no permiten el pago o ingreso de un precio por el beneficio o daño causado por dicho efecto—. Por ejemplo, una planta industrial puede verter sus residuos en el río local, en detrimento de la pesca, los bañistas y el paisaje de la localidad, pero puede no verse obligada al pago de un precio por este "privilegio". En otras palabras, una externalidad existe siempre que —debido al actual carácter de las instituciones sociales, jurídicas y económicas— se imponen costes sobre los demás, por los que no se paga en absoluto o se hace en forma insuficiente; o se conceden beneficios a cambio de los cuales se recibe un pago incompleto o nulo. Una externalidad puede describirse como una *interdependencia no negociada* (entre individuos y empresas), que puede ser recíproca o en una sola dirección». Para ulteriores indicaciones me remito al autorizado trabajo de J. E. MISHAN, *The Postwar Literature on Externalities. An Interpretative Essay*, en *Journal of Economic Literature*, vol. 9, 1971, pp. 1 y ss. y a la sintética exposición de FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, cit., pp. 1142-1146. En nuestra literatura, v. PÉREZ DE AYALA, *Las instituciones políticas y jurídicas ante la moderna teoría económica*, cit., pp. 8-18.

Sobre esa función de los *property rights* a que se alude en el texto, v., sobre todo, H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 31-33; y, en la literatura jurídica, GOTTHOLD, *op. ult. cit.*, pp. 549-552.

respondiente de los costes; en estos supuestos se crearán *property rights*, pues la internalización de todos los efectos externos resulta ventajosa (habida cuenta que los beneficios son mayores a los costes). Aquellos nuevos eventos que modifican el cálculo actual pueden reducirse a dos : (i) el desarrollo de una nueva tecnología (y así hemos asistido a la creación de verdaderos *property rights* sobre determinadas frecuencias de onda con la invención de la radio, o sobre las vías aéreas con la aparición de la aeronáutica); y (ii) la apertura de nuevos mercados; piénsese en este sentido en el mercado del aire puro que ha motivado el fenómeno de la contaminación, que —según estiman (y proponen) los *lawyer-economists*— llevará a la constitución de *property rights*, transferibles, por supuesto, sobre el aire (135).

La explicación ulterior de este último aspecto de la teoría de los *property rights* (la internalización), así como del precedentemente examinado (la modificación o atenuación de los derechos) resultará sin duda más grata si en lugar de una más o menos sofisticada exposición

(135) Cfr. DEMSETZ, *op. últ. cit.*, p. 34. Este autor utiliza su teoría para explicar un curioso fenómeno —el desarrollo de los derechos de propiedad entre los indios americanos— cuya impecable argumentación es digna de ser reproducida, siquiera sea de modo esquemático. La antropóloga E. LEACOCK en su obra *The Montagnes «Hunting Territory» and the Fur Trade* (1954) había descubierto una estrecha relación entre el desarrollo de la propiedad sobre el suelo y el comercio de pieles; había observado el dato empírico, pero no logró articular una teoría explicativa. Demsetz, a la vista de los datos de aquella investigación, propone una sugestiva tesis: *aquellas propiedades se crearon para internalizar un efecto externo*: la esquilma de los terrenos de caza. A causa de la falta de control sobre la caza, nadie estaba interesado en invertir para mantener o incrementar la reserva de caza. Antes de que surgiera el comercio de pieles, la caza tenía por función exclusiva el dar alimento y vestido a las familias, lo cual no generaba costes externos (pues ésta no era masiva). La aparición del comercio de pieles tuvo dos importantes consecuencias: (i) el aumento del valor de las pieles para los indios y (ii) la intensificación de la caza, lo cual generó ingentes costes externos. A medida que éstos se iban haciendo intolerables el sistema comenzó a cambiar: se observa así una exacta correlación entre el desarrollo de los primeros mercados de pieles y el surgimiento de los primeros territorios privados de caza, que asignaba a las familias ciertas demarcaciones para su exclusiva utilización —los costes de llegar a este acuerdo y de vigilarlo (la caza furtiva) eran menores a los beneficios que se obtenían de una planificación futura de la actividad de caza. Este razonamiento no concuerda, a simple vista, con lo que sucedió con los indios del suroeste, en los que tales derechos de propiedad no se generaron. Mas bien mirado, el fenómeno confirma puntualmente la tesis: los animales no tenían la importancia comercial (pieles) que llegaron a tener los del norte; y, por otra parte, se trataba de bestias herbívoras que se desplazaban continuamente de un lugar a otro. El valor del establecimiento de límites territoriales de caza (en beneficio de los individuos) se veía reducido por el coste relativamente alto (coste de transacción) de impedir que los animales se desplazasen. El coste externo seguía siendo mayor que el beneficio externo, por lo que no era rentable la internalización. Los animales del norte (de bosque y no de llanuras) tenían un espacio vital limitado a un área relativamente pequeña; por lo que los costes de internalizar todos los efectos externos eran relativamente bajos: por ello se crearon derechos exclusivos, cuya invasión legitimaba a las familias titulares a tomar represalias de considerable efecto disuasorio (cfr. DEMSETZ, *op. últ. cit.*, pp. 34-37).

economicista, optamos por incoar un examen que tenga referencias institucionales más próximas y concretas; en este sentido, continuaré el examen de los dos problemas enunciados al hilo de dos ejemplos que se refieren a la propiedad de la tierra y a la formación de la estructura nuclear de la sociedad anónima. La tarea se hará siguiendo muy de cerca el magistral trabajo de Harold Demsetz. Tomamos como primera hipótesis la propiedad sobre la tierra, distinguiendo al respecto dos formas fundamentales: la propiedad privada y la propiedad comunal, y caracterizando a esta última por la ausencia de *ius prohibendi*, de facultades de exclusión (136). Consideraré el supuesto de la propiedad comunal de la tierra, en el cual todo comunero tiene derecho a cazar y a labrar. El punto de partida —la tesis— es que esta modalidad de propiedad no asigna correctamente los efectos externos sobre la persona concreta que, precisamente en ejercicio de su derecho comunal, utiliza la tierra. Si un individuo —y no olvidemos que actúa como *homo oeconomicus*— persigue el logro de la máxima utilidad posible, tenderá, como es obvio, a labrar y a cazar *intensivamente*, desplazando de este modo parte de los costes de su actividad (los relativos a la esterilización de la tierra y esquilma de la caza) sobre el resto de la comunidad (137). Ciertamente, cada uno de los comuneros estaría dispuesto a limitar su derecho (o, más exactamente, el ejercicio de sus derechos) y, con ello, a internalizar sus enteras consecuencias, si, como contrapartida, los demás observasen un comportamiento similar; mas ello, como no será difícil advertir, conlleva ciertos costes de negociación (el precio del acuerdo) y también considerables costes de control (el precio de vigilar el acuerdo) que contribuirán decisivamente a enervar tales actitudes eficientistas (138). Si, por el contrario, nos colocamos en la óptica de la propiedad privada individual —que normalmente se presenta, desde el punto de vista de la eficiencia, como la solución óptima— la persona a quien resulte asignada la tierra intentará también maximizar su valor, pero con la diferencia ahora de que tendrá en cuenta las corrientes futuras alternativas de costes y beneficios y seleccionará aquella composición de valor —aquella intensidad de ejercicio— que le resulte más beneficiosa de cara a la futura productividad de su propiedad. De donde se deduce que la *concentración de costes y beneficios* sobre el titular crea los incentivos correctos para una más eficaz utilización de los recursos. Y la aludida no es más que una de las tantas ventajas que comporta la propiedad privada —no en vano es el régimen de titularidad que corresponde a estructuras socioeconómicas más avanzadas—. Con ello, sin embargo, no quiere en modo alguno significarse que mediante asignaciones en «propiedad individual» se logren cancelar to-

(136) El *tertium genus* sería la propiedad estatal, sobre cuyas características (económicas) será suficiente reenviar a R. MCKEAN, *Property Rights within Government and Devices to Increase Governmental Efficiency*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 175 y ss.

(137) Cfr. DEMSETZ, *op. cit.*, p. 38.

(138) *Ibidem*.

dos los efectos externos; no es verdad; pero lo que sí es cierto es que el coste de negociación —de supresión— de las externalidades que aún puedan permanecer es notablemente más reducido, con lo que el mercado (si los derechos están bien definidos) estará en condiciones de funcionar perfectamente (y, por consiguiente, de distribuir eficientemente): si Cayo construye una presa en su fundo y retiene todo el agua del arroyo, es Ticio quien soporta el coste externo. Vemos que queda la externalidad, pero la solución, en este caso, se revela muy fácil: o bien se fijan contractualmente las diferencias (siempre que existan diseconomías de escala) o bien se transfiere la propiedad (si se liberan economías de sistema), porque los costes de transacción seguramente son despreciables (139).

Este juego de los conceptos de economías de escala, costes de negociación, externalidades y, sobre todo, de *modificación de los property rights* (140), se observa de una manera paradigmática en la formación de la estructura jurídica de la sociedad anónima si tomamos como punto de referencia el tipo personalista. La razón fundamental que explica el nacimiento de esta institución en los albores del capitalismo (su existencia anterior básicamente en el tráfico colonial es *episódica* y encuentra idéntica justificación) reside en la transición del capital manufacturero (*Hausindustrie*) al capitalismo industrial (maquinismo y gran industria); transición de la empresa capitalista clásica a la empresa moderna que requiere una masiva capitalización (he ahí la sociedad anónima como *Kapitalpumpe*) en una situación en la que el capital se halla atomizado o, si se prefiere, no está «acumulado» (141). Y, en cierto modo, se produce la paradoja de que la eficiencia requiere de nuevo la transformación de la propiedad privada en propiedad comunal —y entiéndase la utilización de la terminología en un sentido metafórico. Tenemos, por un lado, la existencia de economías de escala en la actividad de la empresa que se organiza bajo la forma de sociedad por acciones (el crecimiento de su volumen, de su capital, en una palabra, facilita la reducción del coste medio de producción) (142); de otro,

(139) *Ibid.*, pp. 38-41.

(140) Tengamos en cuenta que nos referimos a aquellos «[C]ambios en los *property rights* (que) vienen determinados por la interacción entre la estructura de *property rights* prevalente y la búsqueda por parte del hombre de sistemas de lograr más utilidad» (FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., p. 9). Quedan fuera de la discusión, por tanto, todas las modificaciones que sean obra de la intervención del Estado en la sociedad civil —en virtud de la cláusula de la estatalidad social; explicables básicamente en torno a la *función social* de la propiedad, que son las que darán lugar a la «estructura capitalista atenuada de *property rights*» (v. *retro*, nota 117 y las pp. 344-347 de la obra allí citada).

(141) Que la sociedad anónima no intervino en la primera fase, sino únicamente en la segunda (capital industrial) es un dato claro que nos ofrecen los historiadores de la economía (v. M. DOBB en el libro colectivo *La transición del feudalismo al capitalismo*, trad. esp., Madrid 1972, pp. 60-61 y, *amplius*, en el cap. II de su obra *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*, trad. esp., Buenos Aires 1970).

(142) Conviene precisar que hay dos tipos de economías de escala: La del tipo de Adam Smith, con *trabajo especializado* y la *industrial*, que es a la que queremos referirnos. Ambas proporcionan «formalmente» las mis-

se observa que tales economías de escala no se liberan en la recolección del capital (para una persona, a medida que deba ir incrementando el volumen de capital, resultan cada vez más elevados los costes de la adquisición): en esa contradicción (diseconomías de escala en la recolección de capital y economías sistemáticas en la actividad empresarial) muchos propietarios privados encontrarán ventajoso asociarse y, precisamente, alrededor de una estructura cuyas características más salientes —organización corporativa, limitación integral del riesgo a favor de los socios, concentración de las garantías de las obligaciones sociales en el patrimonio de la sociedad a través de la cifra de retención del capital, régimen de mayorías, incorporación de las participaciones en acciones, etc.— pueden explicarse con arreglo a los conceptos que venimos examinando; los cuales, además, nos permitirán poner de relieve la falacia que se esconde detrás de esa tan traída y llevada disociación entre propiedad, poder y riesgo de empresa, que, desde Berle & Means, parece casi «dogma de fe» entre los que se ocupan de estos temas. Veamos esto un poco más de cerca.

Teóricamente todos los socios *qua* propietarios podrían y deberían participar en la formación de las decisiones sociales; pero si así fuese, las economías de escala logradas por la fuerza heterofinanciadora del tipo accionario se verían sobrepasadas sin duda por los costes prohibitivos que comportaría la formación de *cada acuerdo por todos los accionistas* según el postulado característico de las «sociedades». Por ello (eso que podemos llamar diseconomías de negociación del acuerdo) tiene lugar una delegación de potestad decisoria desde los propietarios (accionistas) a los administradores. Un pequeño grupo de *managers*, por consiguiente, se convierte en el «propietario de dirección»: ésta es la primera modificación legal de *property rights*, cuya finalidad es minimizar los costes de transacción. Sin embargo, la estructura jurídica de la sociedad crea efectos externos para sus miembros: si la sociedad quiebra, la ley hace responsable a todos los socios de las deudas de la sociedad en los límites de su entera capacidad financiera; por lo tanto, la propiedad que *de facto* ostentan los administradores (pues son ellos a quienes incumbe la decisión) puede tener considerables costes externos para los accionistas, razón por la cual los *property rights* sufren una segunda modificación legal al objeto de reducir aquellos efectos externos: nace la responsabilidad limitada (143). Pero para

mas ventajas: un hombre que dedica todo su tiempo a la fabricación de alfileres (o a la reparación de coches) produce más que cuarenta hombres que dediquen un cuarentavo de su tiempo. La planta que cuesta cuarenta veces más produce más de cuarenta veces. Pero el tamaño óptimo en el primer caso no puede exceder del tiempo completo del hombre y en el segundo es infinitamente mayor.

(143) Algún autor ha dicho así que la limitación de la responsabilidad permite a los socios *externalizar* los efectos de la quiebra sobre los acreedores (cfr. J. M. LANDES, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliate. Questions in Bankruptcy*, en *University of Chicago Law Review*, vol. 42, 1975, pp. 619-620. En contra POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 293. Lo cierto es que si es así —y probablemente en materia de grupos no es de forma diversa— un estudio en este sentido habría de arrojar mucha luz a la hora de decidir el *levantamiento del velo* de la persona jurídica (de la limitación de responsabilidad).

mitigar otras externalidades (todo tipo de impacto de las decisiones de los administradores sobre los accionistas) se requiere una tercera modificación legal de los *property rights*: la libre y fácil transmisibilidad de los títulos accionarios (sin necesidad de contar con el consentimiento del resto de los socios y sin provocar la disolución de la sociedad). Cuando un accionista no esté de acuerdo con la gestión social del consejo, puede separarse de la entidad vendiendo libremente su acción (144).

El problema sucesivo que se plantearía es de *incentivos* en orden a la consecución de la eficiencia: los administradores al no ser propietarios y *qua* administradores —dirían Berle y Muans— no estarán estimulados a orientar la gestión de la empresa acia la *maximización de beneficios* (interés propietario y efficientista), sino hacia la consecución de poder y prestigio, pervirtiéndose con ello el logro del *interés social*. En la gran sociedad anónima, sin embargo, el fenómeno no es viable, ya que si el *management* se desvía de la norma de eficiencia, será desplazado por la lógica misma del *mercado de capitales*, a través, fundamentalmente de tres mecanismos: la delegación de votos; las fusiones y las ofertas públicas de adquisición. El mercado, en este sentido, «ofrece un subrogado de las funciones normalmente ejercitadas por el propietario o por los accionistas de control en la designación y revocación de los *managers*» (145). Y con este tipo de razonamientos se podría explicar la entera y compleja estructura, así como la variada tipología de la sociedad anónima (146).

Antes de pasar al epígrafe siguiente, quisiera apuntar muy brevemente la «razón política» de esta reconstrucción, constatar simplemente que la *ratio* última de la teoría económica de la propiedad o de los

(144) En la articulación de mi exposición he seguido a DEMSETZ, *op. cit.*, pp. 41-42. Una más meditada y exhaustiva explicación de la falsedad de la llamada *new corporate economy* (BERLE y MEANS y todos sus epígonos) cuya proposición básica refiere un hondo *hiatus* entre propiedad y decisión en el seno de la moderna sociedad anónima, puede seguirse en el fundamental trabajo de A. ALCHIAN, *Corporate Management and Property Rights*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, cit., pp. 133 y ss., e *ibi* una completa información bibliográfica. V. también la síntesis de FURUBOTN y PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, cit., pp. 1149-1153. En esta línea conviene recordar que el trabajo pionero va adscrito a H. G. MANNE, *The «Higher Criticism» of the Modern Corporation*, en *Columbia Law Review*, vol. 62, 1962, pp. 399 y ss.

(145) Cfr. H. G. MANNE, *Altruismo della Corporation*, trad. it. en *Rivista delle società*, 1980, p. 747. El entero trabajo (*ibi*, pp. 737 y ss.) desarrolla magistralmente estas ideas y proporciona una selección de escritos sobre el temario. Incidiendo en este análisis ha aparecido recientemente un trabajo (v. E. F. FAMA, *Agency Problems and the Theory of the Firm*, en *Journal of Political Economy*, vol. 88, 1980, pp. 288 y ss.) en el que se explica en términos de la moderna teoría de la empresa (incentivos, control, *property rights* y competencia fuera y dentro de la *corporation*) como la separación entre propiedad y poder puede ser —y es— una forma eficiente de organización económica.

(146) Una buena introducción a la problemática relativa podrá encontrarse sin duda en H. G. MANNE, *Our Two Corporation Systems: Law and Economics*, en *Virginia Law Review*, vol. 53, 1967, pp. 259 y ss.

property rights —como por lo demás, no habrá pasado inadvertido— se explica en una clave (tanto metodológica como ideológica) profundamente *individualista* (147), que muy bien se coordina con el concepto clásico (del Derecho privado del Estado liberal) de propiedad que emerge de la tradición codificadora y cuyas características más destacadas —según rezan las conclusiones de un autorizado estudio— podrían cifrarse en: (i) la concepción de la propiedad como aquella forma de apropiación caracterizada por una tendencial ilimitación de los poderes de su titular; (ii) la hostilidad hacia las propiedades de grupo, y (iii) la circunscripción —debida a la afirmación progresiva del principio de legalidad estricta— de la posibilidad de control de la actividad del propietario. Características todas que concurren a una lectura del instituto en clave estrictamente individualista (148). No es momento ahora de abordar el examen crítico de la *teoría económica de la propiedad* (v., con carácter general, *infra*, sec. IV), pero el lector sin duda ya habrá podido percibir cuál es su «punto flaco», desde el punto de vista del ordenamiento (transformado) del Estado moderno: la elaboración de los límites de la propiedad se remite exclusivamente al mercado (cada *property right* en conflicto se asigna a aquella propiedad que obtiene de ello más valor), sin tener en cuenta fines complementarios, o incluso más principales, como puede ser, por ejemplo, la redistribución social de la riqueza (149). Pero debido al carácter de estas notas, el tema no puede quedar más que insinuado.

(147) Desde el punto de vista metodológico así expresamente lo reconocen FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., p. 1. V. también ASSMANN, *Die Transformationsproblem*, cit., pp. 47-48 (con más información en la nota 146). Sobre el individualismo desde el punto de vista de la teoría económica será suficiente el reenvío a D. F. FOLEY, *Economic Theory and Ideology*, en *American Economic Review*, vol. 65, 1975, pp. 231 y ss.

(148) Así RODOTA, *op. últ. cit.*, p. 367. En parecido sentido, entre nosotros, L. Díez-PICAZO, *Propiedad y Constitución*, en AA. VV., *Constitución y Economía*, Madrid 1977, pp. 42-43.

(149) La crítica fundamental se hace en base a que se olvida el momento de *función* (como vínculo) de la propiedad, y se pone todo el énfasis en el momento de *derecho* (como libertad). En la función (*social*, por supuesto) es donde se superaría la concepción clásica (eficientista) y se abriría el instituto a una construcción que tendiese hacia la redistribución social de la riqueza (así, fundamentalmente, HORN, *Zur ökonomische Rationalität des Privatrechts*, cit., pp. 316-319 y GOTHOLD, *Zur ökonomische Theorie des Eigentums*, cit., pp. 554 y ss. Este último autor, previamente (*ibi*, pp. 548-549) se había encargado de verificar la disparidad o incongruencia de la teoría económica de la propiedad, con la nueva teoría de «las propiedades» —en base a los sujetos y objetos (vg. de consumo, de producción, etc.) y con la teoría sociológica del instituto. Quizá el trabajo más acabado (que él mismo constituye un análisis económico, pero en la línea de la Escuela de Yale y, por ende, muy crítica con la teoría de los *property rights* chicaguiana) sea el de B. A. ACKERMANN, *The Private Property and the Constitution*, New-Haven-London 1977, donde al lado de la norma eficientista (y como sistema de control de la misma) se tiene en cuenta la norma redistributiva, a los efectos de una reconstrucción *moderna* del concepto de tan importante institución.

11. Pasamos así a considerar, con la misma brevedad, el instituto de la responsabilidad civil en la perspectiva de la *new law & economics*, donde de nuevo tendremos ocasión de observar un notable esfuerzo por establecer una *norma de responsabilidad* coherente o alineada a la lógica peculiar del mercado. De todos es bien conocido el alcance y las dimensiones del «debate» que en los últimos años afecta a la responsabilidad civil. Toda la discusión, no obstante su magnitud, podría reconducirse a dos cuestiones centrales, a las que el análisis económico no ha dejado sin respuesta: Es una la relativa al *área del daño resarcible*, como tema que se interroga acerca de la naturaleza que debe tener el objeto de la lesión para desencadenar la indemnización. Se trata del viejo problema de la antijuridicidad o de la injusticia del daño. Frente a la que ha sido la respuesta tradicional —cuyo exponente paradigmático sería el pár. 823 del B.G.B. (necesidad de violación de un derecho subjetivo absoluto)— y más en consonancia con los planteamientos más modernos —lesión de *normas de conducta objetivas* que definen o tutelan incluso derechos relativos (intereses legítimos, difusos o colectivos, derechos de goce, aun expectativas, etc.)— el análisis económico ofrece la solución teórica de los *property rights*, sobre la que ya no considero preciso detenerme más. Atañe la segunda al crucial problema de los *criterios de imputación de la responsabilidad*; las reflexiones aquí deberán por fuerza ser un poco menos escuetas.

El problema podría plantearse así: desde el punto de vista económico, el *daño accidental*, consecuencia de una conducta que el *property right* define como prohibida (y consideramos únicamente el ilícito extracontractual no doloso, la *unintentional tort* (150), en el ámbito básicamente del derecho de accidentes) representa un caso especial de *externalidad* —una interdependencia que no se ha aceptado mutua y voluntariamente (151)—, aun con las precisiones que se harán más tarde. Con la realización del acto dañoso, se produce inexo-

(150) Desde el punto de vista económico empero, la distinción entre el ilícito doloso y el culposo es confusa, e innecesaria a veces. Al respecto, señala POSNER (*Economic Analysis of Law*, cit., p. 119) que la mayoría de los daños accidentales son *intencionales* en el sentido de que el agente sabía que podía haber reducido la probabilidad del accidente tomando precauciones adicionales. El elemento intencional es claro en empresas que pueden predecir, de acuerdo con la experiencia pasada, que provocarán un determinado número de accidentes cada año. Por otra parte, en muchas *intentional torts* el dolo está muy atenuado; por ejemplo, cuando el cirujano excede los límites del consentimiento expreso del paciente en el intento de mejor hacer. Sin embargo, los remedios son *económicamente* bien distintos: *compensatory versus punitive damages* (v. *ibi*, pp. 142-143).

(151) Cfr. este planteamiento del problema en R. MCKEAN, *Products Liability: Implications of Some Changing Property Rights*, en FURUBOTN y PEJOVICH (eds.), *The Economics*, cit., p. 49. La externalidad consiste en un «efecto no contratado»; por ello se dice que el derecho de la responsabilidad «entra en juego cuando no existen los contratos o cuando no son efectivos» (OLIVER, *Law and Economics*, cit., p. 32, y en las pp. ss. un interesante tratamiento del problema en términos de *property rights y externalities*).

rablemente un *cambio* —una relación entre el agente y la víctima— de carácter *involuntario*, pero un «cambio» al fin y al cabo. Si el problema fundamental de la eficiencia económica, como sabemos, consiste en mantener intacto —sin distorsionar el mecanismo de los precios— el mercado, será necesario internalizar correctamente el coste externo del ilícito extracontractual —lo cual, *normalmente* consistirá en dar ejecución al cambio, para que los precios se formen sin «ocultaciones», computando exactamente *todos* los costes de la actividad (entre los que se incluyen los accidentales). Aunque en realidad, si tenemos en cuenta que el daño se produce en el ámbito de un conflicto entre dos actividades, entre la actividad de agricultura y la actividad ferroviaria (si tomamos el ya conocido ejemplo en el que las chispas del tren incendian el trigo de la heredad colindante), podemos considerar que el coste del daño ya está (*grosso modo*) internalizado entre las dos partes del «contrato», faltando únicamente una imputación que sea económicamente correcta (152). La externalidad, en éstos (como en los demás supuestos) se origina debido a los altísimos costes de transacción que hacen prohibitivo el *contrato voluntario* —piénsese, por ejemplo, sólo en los casi imposibles costes de información que en la mayoría de los supuestos comportará saber quién será la víctima o, visto desde el otro polo, el agente del daño (153). Como en el intercambio voluntario, también en el cambio involuntario que necesariamente sustancia todo ilícito extracontractual, no se cambian *items* o realidades físicas, sino «haces de *property rights*», entre los cuales también se cuenta el derecho a no ser responsable o el derecho a ser indemnizado; tales derechos son entendidos como facultades o posibilidades (no existen, obviamente, como «certidumbre») que integran las distintas actividades en conflicto. Estos derechos, habida cuenta de que los altos costes de transacción impiden la contratación (la voluntaria redistribución de los recursos) deben ser asignados por el ordenamiento jurídico tal como lo habría hecho el mercado (a través del ya conocido *cálculo de simulación*), es decir, confiriéndolos

(152) En este sentido la directiva consistirá en no proyectar los costes más allá de las dos partes o actividades que se interfieren en la *tort*, lo cual sucedería si los costes se imputasen, por ejemplo, a todos los contribuyentes o sin ir más lejos, a los fabricantes de locomotoras (cfr. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., pp. 195 y ss.).

(153) Existen supuestos en que los costes de transacción no son prohibitivos, por lo que la contratación resulta posible. En estas hipótesis será irrelevante —si nos atenemos al *Teorema de Coase*— cuál sea la actividad que debe soportar los costes, porque el mercado (la contratación que funciona sin impedimentos) permitirá repartir tales costes de modo óptimo, independientemente de cual sea la repartición *legal* inicial (cfr. CALABRESI, *op. ult. cit.*, p. 216). Ejemplo característico es la *products liability*, donde es factible una composición convencional de la responsabilidad (v. CALABRESI, *ibi*, pp. 220 y ss.). Pero lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la contratación está obstaculizada de raíz; Posner ha puesto de manifiesto cómo en el 90 por 100 de los 1.494 *cases* que ha estudiado, los costes de transacción eran tan altos que cualquier acuerdo inter partes era impenable (cfr. POSNER, *The Theory of Negligence*, cit., pp. 37-38).

a aquella parte en cuyas manos resulten más valiosos (154). En la imputación de los costes del accidente, por lo tanto y una vez más, la directiva consiste en la maximización del valor (*sub specie* en los supuestos de responsabilidad que siempre generan desutilidad, de la *minimización de la destrucción de la riqueza*); o en lo que lo mismo importa: *la reducción de la suma total de los costes del siniestro y de los costes de prevención del siniestro* (155). Y si esta directiva es la adecuada, ya no será difícil descubrir por qué los daños hay que asignarlos a quella parte que esté en condiciones de evitarlos con el menor coste (*cheapest cost avoider*), que aparece así como el único criterio coherente con la lógica del mercado (156).

Pero esta función de la normativa de la responsabilidad civil —hacer responsable al *cheapest cost avoider*— sólo se explica desde el punto de vista de lo que Calabresi ha llamado función de *prevención general* (*general deterrence*); es decir, de aquella función del derecho de daños consistente en la reducción de los «costes primarios» del ilícito —reducción del número y de la gravedad de los accidentes, a través de la creación de rémoras que estimulen el abandono de actividades «peligrosas» y, paralelamente, sirvan de acicate para su sustitución por actividades más seguras (157). Esta es la única función de la responsabilidad civil que persigue fines eficientistas en la elaboración de Calabresi (158), porque la función de *prevención específica* ya no la puede llevar a cabo el mercado, sino su forma de decisión

(154) Cfr. MCKEAN, *op. ult. cit.*, pp. 49-50. Un ejemplo nos ayudará de nuevo a comprender el planteamiento que intenta explicarse: Mientras Cayo pasea por la vía pública, se desprende un ladrillo de la construcción de Ticio, que le infiere un daño. La cuestión será saber a quién debemos asignar el derecho a no ser responsable: a la actividad de pasear o a la actividad edilicia. El contrato es imposible: ni Cayo sabe quién le dañará, ni Ticio conoce a la víctima; el derecho, por consiguiente («simulando el mercado»), asignará el derecho a no ser responsable a aquella parte en la que este derecho tenga más valor o utilidad; es decir, a Cayo, porque no podrá evitar el daño más que a un altísimo coste —piénsese sólo en los costes que la información sobre donde hay obras de construcción implicará. Los costes de prevención para Ticio serán bastante menores (téngase en cuenta, por ejemplo, que él ya sabe que bajo su obra pasan constantemente peatones).

(155) Cfr. CALABRESI, *op. cit.*, p. 50.

(156) *Ibid.*, pp. 183 y 187-188.

(157) *Ibid.*, pp. 101-102. Para un examen del alcancè real de esta *general deterrence*, será muy útil la consulta de P. S. ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, London 1978, pp. 522 y ss.

(158) Si queremos ser más exactos es preciso agregar que también persigue fines *eficientistas* la reducción de los costes terciarios, es decir, la reducción de los costes de ejercicio de cualquier sistema de responsabilidad civil (los costes de la administración de la justicia). En este sentido, por ejemplo, será más eficiente la responsabilidad objetiva que la responsabilidad por culpa, no sólo porque el juicio de los tribunales será mucho más fácil (menos costoso), sino también porque —aplicando la rama de la teoría económica que estudia la decisión bajo condiciones de incertidumbre— se deduce que cuanto menos incierta sea la decisión del Juez (y ésta no plantea gran incertidumbre bajo un sistema de responsabilidad objetiva) más tenderán las partes a un arreglo extrajudicial de la *litis*, que resulta mucho más eficiente (cfr. CALABRESI, *op. cit.*, pp. 52-53).

opuesta, la *intervención del Estado* (la «decisión colectiva», en terminología del autor), que pretende así prohibir ciertas actividades o hacerlas más costosas; mas en este caso no se actúa bajo la inspiración «maximizadora» —normalmente se destruirá más valor del que podría generar la actividad alternativa—, sino a efectos de «redistribución de la renta» (a efectos de *justicia*, como dirá McKean) (159). Y asimismo la reducción de los «costes secundarios», es decir, la reducción de los «costes sociales» que origina el resarcimiento —sea mediante el método de la «pulverización del daño» (v.g., seguridad social), sea a través del método del «*deep pocket*» (que pague quien más posee, en base a la utilidad marginal decreciente del dinero)—, no se sitúa —siempre en la construcción del profesor de Yale— en la lógica eficientista, sino en la lógica redistributiva (160), razón por la cual ni aquella ni esta hipótesis podrán ser objeto de consideración en el marco de este estudio, donde me he propuesto una exposición del análisis económico en la perspectiva de la teoría económica neoclásica pura de la Escuela de Chicago. La tesis de Guido Calabresi, en efecto, al proponer un sistema *mixto* de responsabilidad civil (en cuyo interior se intenta atemperar el modelo de internalización del mercado y el correspondiente a la «decisión colectiva»), quiere ser coherente al *modelo social del derecho privado de la sociedad mixta* (o, si se prefiere, del Estado social) que pretende encontrar un *continuum* entre la norma de eficiencia y la norma tuitiva que postula una más justa distribución social de la riqueza (161). Mas la referencia trazada a este planteamiento «mixto», aunque nos haya alejado por un momento del discurso «eficientista» que vengo exponiendo, no es ociosa; sin duda nos servirá, a modo de puntual anticipación, para introducir una de las críticas fundamentales que deberán avanzarse al análisis económico del derecho procedente de los «laboratorios liberales» de Chicago (v. *infra*, n. 18).

Vuelvo, por consiguiente, al criterio del *cheapest cost avoider* y al método de mercado (*prevención general*) para la reducción de la suma total de costes que genera el accidente; fuera de este ámbito, en el que rige la norma eficientista, el análisis económico neoclásico —y muy concretamente el análisis paradigmático de Posner— no tiene

(159) *Ibid.*, pp. 51-52. V. asimismo ATIYAH, *Accidents*, cit., pp. 261 y ss.

(160) CALABRESI, *op. cit.*, p. 63 y p. 52, nota 6. Sobre la incompatibilidad entre sí de los tres fines de la responsabilidad (reducción de costes primarios —prevención general y prevención específica—; reducción de costes secundarios y reducción de costes terciarios), v. *ibi*, pp. 53-55.

(161) Esta sería la característica esencial de la entera elaboración de CALABRESI (v. las recensiones de su libro de R. A. POSNER, en *University of Chicago Law Review*, vol. 37, 1970, pp. 636 y ss. y de P. TRIMARCHI, bajo el título de *Economia e diritto nel sistema della responsabilità civile*, en *Politica del diritto*, 1971, pp. 353 y ss.). Una reflexión directa sobre este tema puede encontrarse en el trabajo del mismo CALABRESI, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, trad. ital., en *Politica del diritto*, 1978, pp. 665 y ss., y en ATIYAH *op. ult. cit.*, pp. 9 y ss., donde se proponen *mixed systems* para una *mixed society*. V. también el Prefacio de S. RODOTA, a la traducción italiana de la obra de CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., pp. ix-xi).

sentido (162). Al respecto convendrá matizar que este sistema de la *market deterrence*, si queremos ser exactos, no presupone ninguna elección «política» sobre el número aceptable o deseable de accidentes, ni persigue siquiera reducirlos a toda costa, sino que exclusivamente se preocupa por procurar que el coste de los accidentes venga efectivamente computado como uno más entre los múltiples que cada operador económico debe afrontar en el ejercicio de su actividad; se preocupa, en una palabra, por internalizar costes en la convicción de que el mercado estará así en condiciones de decidir cuál es la combinación o composición óptima de daños y beneficios, de accidentes y medidas de seguridad: la composición que excita un mayor *output* (163).

El problema sucesivo, aceptada como función de la responsabilidad la prevención general, consistirá en saber qué *norma de responsabilidad* asegura de un modo más eficaz o es más coherente con esa prevención general. Pero ni siquiera aquí, en el ámbito de este más restringido problema, se encuentra una respuesta uniforme e inequívoca en la literatura de la *new law & economics* (164). Por mi parte, sin

(162) Así CALABRESI, *op. últ. cit.*, p. 6, HORN, *op. cit.*, p. 325.

(163) Cfr. CALABRESI, *op. cit.*, pp. 102-103, y POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 179. Una valoración global —con ulteriores indicaciones— en H. L. WEYERS, *Unfallschäden (Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen)*, Frankfurt 1971, pp. 490-493.

(164) En la discusión americana del problema se observan básicamente cuatro grandes posiciones. (i) La tesis de Posner a la que nos referiremos en el curso de la exposición; (ii) la tesis de G. CALABRESI y J. T. HIRSCHOFF, *Toward a Test for Strict Liability in Torts*, en *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, en donde (exclusivamente situados en la perspectiva de la *market deterrence*) (cfr., *ibi*, p. 1058), se propone un criterio de responsabilidad objetiva (v., sobre todo, pp. 1060 y ss.), que coincide, por lo demás, con la consecución de los fines redistributivos más deseables; se impone la responsabilidad objetiva a aquella parte que esté en mejores condiciones de hacer el análisis de coste-beneficios entre los costes del accidente y los costes de prevención del accidente y no (como propondrá Posner a través del criterio de la culpa) a quien pueda evitar el accidente a un menor coste, en base fundamentalmente a los costes que genera poner en manos de los Tribunales la realización de tal análisis de costes beneficios. (iii) La tesis de R. A. EPSTEIN, *A Theory of Strict Liability*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 151 y ss., situándose en una óptica muy tradicionalista (la extrae de un análisis sistemático de la jurisprudencia americana de la primera mitad del siglo XIX —téngase en cuenta que Posner reformulará la teoría de la culpa teniendo en cuenta los *cases* del período que va desde 1875 a 1906—), conduce también a una fórmula de responsabilidad objetiva basada en un paradigma de conexión causal cuádruple: (a) aplicación directa e inmediata de fuerza (A golpea a B); (b) aplicación de fuerza a través de amenaza (A asusta a B); (c) compulsión (A compele a B a golpear a C); (d) creación de condiciones de peligro que llevarán a la producción del daño (cfr. *ibi*, pp. 166 y ss.). Y (iv) la tesis, también «nortállica» de G. P. FLETCHER, *Fairness and Utility in Tort Theory*, en *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 537 y ss. Este autor, como Epstein, fuera de la justicia distributiva, establece un sistema de responsabilidad objetiva, que pretende recuperar el paradigma de la reciprocidad del antiguo *common law* —la base de la responsabilidad es la creación de un *riesgo no recíproco*— y criticar el paradigma de la *razonabilidad*, que es el que se ha acabado imponiendo en la práctica jurisprudencial a través de la utilización del criterio de la negligencia, pues —dice (p. 550)— con él puede

prejuzar la racionalidad de otras alternativas y a los efectos meramente ilustrativos de esta disgresión, me voy a referir únicamente a una impecable reinterpretación económica del criterio de la culpa (*fault-system*) —por lo demás no exenta de agudas críticas económicas (165)—, pues, si nos situamos al margen de la discusión político jurídica, es la única que puede darnos alguna luz para una reproposición (eficiente) de la norma que contiene el artículo 1.902 de nuestro Código civil. Me refiero en concreto a *The Theory of Negligence* de Posner (166).

Una vez más el modelo allí elaborado se inscribe en directivas clásicas; en aquéllas que en el continente fueron sancionadas por la obra codificadora del XIX; muy concretamente en aquélla que propone «ninguna responsabilidad sin culpa». El modelo, por otra parte, si contemplamos la discusión doctrinal e incluso la legislación especial modernas, en las que progresivamente se afianza un sistema de responsabilidad objetiva, parece replantear cuestiones que ya parecían abandonadas, incitando a un verdadero «retorno al pasado», como

justificarse una actividad que crea un riesgo no recíproco en base a la utilidad social (que es un concepto que no debería introducirse en el juicio de responsabilidad, a fallar exclusivamente en términos de *fairness*). Una valoración crítica de esta literatura, en I. INGLARD, *The System Builders: A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 9, 1980, pp. 27 y ss., y —desde un punto de vista exquisitamente formalizado— J. P. BROWN, *Toward an Economic Theory of Liability*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 323 y ss. Una crítica de las tesis enunciadas *sub* (ii), (iii) y iv), en R. A. POSNER, *Strict Liability*. A Comment, en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, pp. 205 y ss. y, en concreto, de la doctrina de la *causation*, del mismo autor, *Epstein's Tort Theory: A Critique*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1979, pp. 457 y ss. Como referencia más general, indicaré G. E. WHITE, *Tort Law in America. An Intellectual History*, Oxford 1980, sobre todo, pp. 215 y ss., donde se valora muy críticamente —«neoconceptualismo», «eficienticismo», etc.— el análisis económico del *tort law*. En la doctrina europea, sobre todo en la italiana debido a la escuela de civilistas de Genova, se ha prestado mucha atención a la discusión economicista americana. Una reseña completa de todo lo publicado no es posible aquí. Me remitiré por ello a la completa nota bibliográfica que incluye G. ALPA como apéndice a su trabajo *Teorie e ideologie nella disciplina dell'illecito (Appunti sulla evoluzione della tort liability)*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, pp. 826-828; y a la síntesis que el mismo autor, junto a M. BESSONE, realiza en su libro sobre la *Responsabilità civile*, Milano 1976, pp. 391 y ss. (más tarde reproducido, bajo el título de *Colpa e rischio nell'analisi costi-benefici* en S. RODOTA (ed.), *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna 1977, pp. 97 y ss. En la segunda edición de esta obra (Milano 1980, vol. II, pp. 339 y ss.) se incluye una antología traducida al italiano de los textos americanos más significativos en estas materias, bajo el rótulo de la *Responsabilità civile nell'analisi economico del diritto*). En la literatura alemana bastará reenviar al excelente panorama trazado por WEYERS, *Unfallschäden*, cit., pp. 481 y ss.

(165) V., sobre todo, CALABRESI, *Costo degli incidenti*, cit., pp. 315 y ss.; G. CALABRESI, *Does the Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?*, en *Law and Contemporary Problems*, vol. 33, 1968, pp. 440 y ss. y ATTYAH, *Accidents*, cit., pp. 413 y ss. (Debo advertir que en las obras citadas la crítica es al sistema de la culpa, no a la reconstrucción posneriana; sobre ella, v. *infra*, nota 193).

(166) Cit. *retro*, nota 32.

quizá un poco precipitadamente han señalado algunos críticos. Mirado más de cerca, sin embargo, no carece absolutamente de lógica. Si el objetivo consiste en internalizar los costes (para incentivar así la reducción primaria de los costes, en la línea de la *general deterrence*), a primera vista aparecerá que la responsabilidad objetiva es el mejor sistema, pues asigna los costes a las actividades que los producen, con independencia de la culpabilidad. Sin embargo, la teoría de la externalidad así planteada oscurece el problema, pues el accidente (y sus relativos costes) surge en el conflicto de *dos actividades* (no olvidemos que la víctima concurre también a la producción del siniestro). Razón por la cual el problema no es tanto la internalización en sí misma —ésta ya existe— cuanto el *modo* de la internalización correcta (167); y aquí —relativamente al *modus*—, se dice, el mejor criterio de imputación es la *negligencia* —que, por supuesto, no quiere justificarse con el recurso a juicios morales, sino exclusivamente económicos (168). Con él se logra establecer el óptimo nivel de accidentes soportables (que son costes) y de *standards* de seguridad que deben adoptarse (que también son costes: precios ambos de *bienes sustitutivos*) (169). Pero, por supuesto, a estas conclusiones sólo se llega a través de la formulación de un concepto económico de negligencia. Para ello se parte de la conocida fórmula del Juez Learned Hand, que, por lo demás, si estamos a los que nos dice Posner, resume toda una tradición de la jurisprudencia americana (170). Según la mencionada fórmula, *el demandado* —el agente del daño— *es culpable de negligencia* —y, por ende, debe indemnizar a la víctima— *si la cuantía de los daños causados por el accidente, multiplicados por la probabilidad de que éste ocurra, excede el coste de las precauciones que el demandado podría haber tomado para impedir la producción del siniestro* (hay culpa si se verifica $CA \cdot PA > CP$, donde CA son los costes del accidente; PA, la probabilidad de su verificación y CP, los costes de su evitación o prevención) (171). Este *test* objetiviza muy claramente el juicio de culpabilidad (alejándose significativamente del concepto tradicional de culpa como «pecado») y define el deber de diligencia en función de tres variables: (i) la probabilidad de que ocurra el accidente; (ii) la gravedad del daño que deberá soportar la víctima si el accidente tiene lugar; y (iii) el coste de las medidas de seguridad adecuadas para prevenir el accidente (172). Imaginemos el siguiente supuesto de hecho: De la obra de Ticio, sita en plena vía pública, se desprende un ladrillo que hiere a Cayo, produciéndole un daño que se calcula en un millón de pesetas. Sabemos, por otra parte,

(167) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 139.

(168) Cfr. POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., pp. 34-35.

(169) *Ibid.*, p. 33.

(170) *Ibid.*, pp. 36 y ss. Seguiré en la exposición sucesiva la versión más sintética que Posner ofrece en el manual.

(171) Cfr. *Conway v. O'Brien*, 111 F. 2d. 611, 612 (2d. Cir. 1940); *revised on other grounds*, 312 U.S. 492 (1941); y *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d. 169 (2d. Cir. 1947).

(172) Cfr. CALABRESI y HIRSCHOFF, *Toward a Test of Strict Liability in Torts*, cit., pp. 1056-1057.

que sólo una de cada diez mil veces se caerá un ladrillo y lastimará a un peatón; suponemos además que el coste de instalación de unas redes que podrían evitar tales accidentes ascendería (haciendo un cálculo de las obras a las que serviría —se trata de un capital duradero—) a unas cinco pesetas, calculando en unidades accidentales. La situación así (no muy lejana de la realidad, por lo demás), Ticio sería culpable de negligencia (y consecuentemente debería resarcir a Cayo) ya que $1.000.000 \cdot (1 : 10.000) = 100$, cantidad ésta, 100, que excede el coste de 5 pesetas que sería necesario para prevenir el accidente (173). Si, por el contrario, poner las redes de seguridad costase 101 pesetas, Ticio no tendría que indemnizar a Cayo —no habría culpa—, pues dicho importe representa una cantidad mayor al valor presente de un coste futuro e incierto, que, en el ejemplo, es de 100 pesetas. Se logra así —a través de este concepto económico de culpa— un nivel óptimo de accidentes (justificados en términos de costes) y de medidas de seguridad; contemporáneamente se minimiza la suma total de costes de accidentes y de costes de prevención de los mismos, al cargar los costes del accidente en el agente cuando (y sólo cuando) sea más barato para él evitar los accidentes adoptando medidas de seguridad que pagar los costes del accidente las veces que tenga lugar (174).

Mas —como fácilmente se advertirá— esta fórmula no conduce siempre y en todo caso a la solución más eficiente; y ello porque no atiende al eventual *concurso de culpa* de la víctima en la producción del siniestro. Para poner de manifiesto este extremo seguiremos todavía con el mismo ejemplo, pero situando ahora la construcción de Ticio en medio del desierto; probablemente, en este caso, no le costará a Cayo más de 0,5 pesetas prevenir el accidente (el coste de desplazarse un poco en vez de pasar exactamente bajo el edificio en obras). En la nueva ubicación, sin embargo, aplicando la fórmula de Hand, Ticio continuaría siendo culpable (175) y, por consiguiente, debiendo el resarcimiento, a pesar de que fuese menos costoso para Cayo prevenir el accidente (como es el caso en que le cuesta 4,5 pesetas menos) (176). La pura regla de Hand incentivaría a hacer un gasto de 4,5 pesetas, que a todas luces se revela innecesario (ineficiente —destruye riqueza—). La solución a esta fractura en la eficiencia del sistema viene proporcionada, en el *common law*, por la doctrina de la *contributory negligence*. (Entre paréntesis: esta *doctrine* sustancia una excepción *completa* a favor del demandado cuando la conducta de la víctima —como señala el pár. 463 del *Second Resttament of Torts*— contri-

(173) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 122-123.

(174) *Ibid.*, p. 154 (e *ibi* la crítica de la crítica). V. también POSNER, *A Theory*, cit., p. 29.

(175) En la realidad, sin embargo, no constituiría negligencia el no poner las redes de seguridad, pues la posibilidad del accidente —habida cuenta el escaso tráfico de peatones— sería mínima (v. g. $1:10.000.000$), siendo, por tanto, el coste actual también mínimo (0,1 ptas., que es inferior al precio de las redes —5 ptas.—). Mas para no modificar el ejemplo, continuamos suponiendo que Ticio es todavía culpable.

(176) *Ibid.*, pp. 123-124.

buyó a causar su propio daño y cae por debajo de los *standards* que le son exigidos para su propia protección (177); es decir, cuando la víctima también incurre en negligencia (conmensurada ésta con la misma fórmula de Hand) (178). Por lo tanto, volviendo al ejemplo, si el damnificado pudo haber prevenido el accidente a un coste menor del coste descontado del accidente, como efectivamente acontece en estas hipótesis, no tiene derecho a ser indemnizado.

Pero una vez más la *doctrine* de la *contributory negligence* puede dar lugar a resultados también ineficientes. Imaginemos el mismo supuesto, con la variante ahora de que los costes de prevención del accidente son de 5 pesetas para Cayo y 0,5 para Ticio, el agente del daño. Si Cayo demanda a Ticio, el Tribunal le condenará a indemnizar, pues es culpable (0,5 es menos a 100); pero Ticio sin duda alegrará la excepción de *contributory negligence*, la cual prosperará necesariamente (pues es claro que Cayo es culpable, toda vez que 5 es menor a 100). En este caso, otra vez se incentivaría un derroche de 4,5 pesetas que se revela totalmente ineficiente. Por ello Posner —y no otra es la lógica implícita de los *cases* en materia— propone una corrección de la regla: aplicar sólo la *contributory negligence* cuando el coste de la evitación del accidente por el agente excede los costes de prevención por parte de la víctima (179). En una palabra, será responsable de *todo* el daño quien tenga más culpa. Obsérvese que la regla esbozada no admite una *moderación de la cantidad a indemnizar* en base al concurso de la culpa de la víctima (como, por ejemplo, viene haciendo nuestro Tribunal Supremo en atención de las facultades que le otorga el artículo 1.103 del Código civil) (180), sino que la responsabilidad viene atribuida de manera *total* a quien más culpa tenga (181). Cualquiera otra solución no sería coherente con la norma de eficiencia. La utilización, en efecto, de un *standard* de *comparative negligence* (por el cual los daños que debe resarcir el demandado son reducidos por el porcentaje de culpa que haya tenido el demandante en la provocación del siniestro) conduciría a un gasto total superior a la cantidad eficiente para la prevención del accidente. Un ejemplo de nuevo podrá ilustrar la afirmación. Supongamos que la edificación de Ticio se lleva

(177) Cfr. W. L. PROSSER, *Law of Torts*, Saint Paul (Minn.) 1979, pp. 416-417.

(178) *Ibid*, pp. 418-419.

(179) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 124. Sobre el último extremo (la desaplicación de la *contributory negligence doctrine*), v. POSNER, *A Theory of Negligence*, cit., p. 33, y CALABRESI y HIRSCHOFF, *Toward a Test of Strict Liability in Torts*, cit., p. 1057.

(180) Cfr. L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, II, Madrid, 1979, p. 643.

(181) Lo cual, en muchos casos, resultará factible en el derecho norteamericano a través de la doctrina jurisprudencial de la *last clear chance* (cfr. *Davies v. Mann*, 1842, 10 M & W, 546, 152 Eng. Rep.), según la cual, si el demandado (el agente) tiene la última oportunidad, muy claramente definida, de evitar el daño, la negligencia del demandante (de la víctima) no se considera *proximate cause* del accidente (en la que debe fundamentarse, según la opinión mayoritaria) la *contributory negligence* (cfr. PROSSER, *op. ult. cit.*, p. 427).

a cabo en las afueras de un pequeño pueblo, al lado de un atajo, que con frecuencia se utiliza en lugar del sendero principal. El coste de la prevención, aproximadamente, será ahora de 10 pesetas para Ticio y de 5 pesetas para Cayo (el transeúnte dañado) —culpables ambos, si mantenemos constantes los demás datos del supuesto. Aplicando el *test* de la negligencia comparativa (de la «compensación de culpas» en nuestra terminología), producido el siniestro (1.000.000 de pesetas), Ticio, culpable por no haber prevenido a un coste 10 pesetas el accidente —pero menos culpable que Cayo, que pudo haberlo evitado con una inversión de 6 pesetas (el desvalor de utilizar el camino principal en vez del atajo)— deberá indemnizar a Cayo $1/3$, es decir, 333.333 pesetas, mientras que la misma víctima deberá soportar $2/3$ del coste del accidente (666.666 pesetas). Si las cosas son así, se está incentivando a que ambos tomen medidas de precaución: a Ticio con vendrá, porque el coste descontado del accidente (33,3 pesetas) es aún mayor a los costes de prevención (10 pesetas); también será útil a Cayo una inversión de 5, para evitar un coste real de 66,6 pesetas. El resultado, una vez más, se muestra ineficiente, pues para evitar el accidente sería suficiente hacer una inversión de 5 pesetas y, en realidad —incentivadas ambas partes por la doctrina de la *comparative negligence*—, se hace un gasto de 15. O podría darse otra solución todavía más ineficiente: sabiendo ambas partes que la otra tiene los incentivos necesarios para hacer la inversión total, no invierte ninguna en medidas de seguridad, con lo que se produce una desutilidad de 95 (es decir, la diferencia entre el coste descontado del siniestro (100 pesetas) y el coste mínimo de la prevención (5 pesetas) (182).

Por supuesto, a la hora de decidir si un accidente pudo ser evitado con un coste menor al coste descontado del accidente, los tribunales no medirán los costes *reales* en que incurrieran las partes en causa. Únicamente intentarán estimar los costes en que incurriría una *persona media* (el diligente *pater familiae* o el *reasonable man*) en una situación similar a la que se ventile. Lo cual se justifica también económicamente: los costes (terciarios) que generaría la sola actividad de medición de los *costes reales* son de tal magnitud en la mayor parte de las situaciones que se hace necesario acudir a patrones constantes y objetivos de valoración (183).

El criterio de imputación de responsabilidad delineado —sin perjuicio de su plenitud de «racionalidad económica» que vendrá atacada en razón a los grandes costes terciarios que comporta (184)— se ins-

(182) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 124. Sobre la negligencia comparativa, v. PROSSER, *op. cit.*, pp. 433 y ss.

(183) Cfr. POSNER, *op. ult. cit.*, p. 125. Es claro que cuando esos costes no sean muy elevados (v. g. ante un agente que es ciego) el Juez reconocerá excepciones al *standard del reasonable man*.

(184) V., sobre todo, CALABRESI y HIRSCHOFF, *op. ult. cit.*, pp. 1060 y ss., a quienes responde POSNER en *Strict Liability. A Comment*, cit., pp. 205 y ss.

Es curioso señalar cómo el criterio de la culpa (el llamado *fault system*) comienza a ser reconsiderado en la literatura anglosajona: v. A. SCHWARTZ, *Strict Liability and Comparative Negligence*, en *Tennessee Law Review*, vol. 42,

cribe muy claramente en el diseño del derecho de la codificación decimonónica —no se olvide que el concepto de culpa en la doctrina tradicional, sin haber sido concretado en parámetros económicos, siempre ha girado en torno a las ideas de «previsibilidad» y «evitabilidad» de los accidentes. Lo cual, como ya sucedía con la teoría de la propiedad, nos certifica en la idea de que el análisis económico del derecho se sitúa de *pleno iure* en la racionalidad de la economía política clásica, fiel correlato del Derecho privado liberal, del Derecho privado que hemos recibido en los viejos códigos aún hoy vigentes, cuya característica más saliente podemos cifrarla en la total abstracción con que se produce en relación a los *sujetos* (desiguales) de las relaciones jurídicas. Interrumpiré en esta insinuación general la crítica de la reconstrucción posneriana del instituto de la responsabilidad que, por la finalidad preferentemente ilustrativa de esta exposición, debe quedar remitida (185).

12. Por último —para completar el panorama de las instituciones centrales del Derecho privado— procedo a bosquejar la función del derecho contractual en la perspectiva de la *new law & economics*. Adelanto, sin embargo, que se trata de una materia (ésta del contrato), cuyo ingreso en el área del análisis económico es de origen relativamente reciente —podría datarse en la época que hemos calificado de *afirmación definitiva* de la nueva metodología. Lo cual muy bien se explica si tenemos en cuenta que el entero movimiento parte —o surge— de un doble frente, preocupado, respectivamente, por el derecho de la propiedad (Coase y sus epígonos, los teóricos de los *property rights*) y por el derecho de la responsabilidad (Calabresi, a quien sucede una reformulación de los estudios en la materia). Si las cosas están así, justo es que nos preguntemos en primer término dónde viene a colocarse el derecho contractual en ese esquema bipolar de la *property* y de la *liability rules*. Al respecto, no estará de más recordar que a la base de toda la teoría de los *property rights* yace una condición muy precisa: su plena transferibilidad, lo que equivale a postular, en una primera aproximación, una *ilimitada libertad de contratar*. Y he aquí que la teoría de los *property rights* proporciona una explicación de la praxis contractual misma —en ausencia de derechos exclusivos el contrato no existe (186)— e indica la lógica que informa la disci-

1975, pp. 171 y ss. y A. GREEN, *Identification of Issues in Negligence Cases*, en *Southwestern Law Journal*, vol. 26, 1972, pp. 811 y ss. También en Inglaterra —aunque el fenómeno se produce al margen del análisis económico—; v. D. J. STOLJAR, *Accidents, Costs and Legal Responsibility*, en *Modern Law Review*, vol. 36, 1973, pp. 233 y ss.

(185) V., sobre todo, ALPA, *Colpa e responsabilità*, cit., pp. 437 y ss.

(186) Cfr., por todos, CHEUNG, *The Structure of a Contract and the Theory of a Non-Exclusive Resource*, cit., pp. 11 y ss., espec., p. 27. El carácter de esa *exclusividad* —conviene precisar— no tiene por qué ser absoluto o real; pueden crearse «convencionalmente» *property rights*: v., como testimonio palmario, J. UMBECK, *A Theory of Contract Choice and the California Gold Rush*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 20, 1977, pp. 422-426.

plina relativa, con el resultado de reforzar la impresión que el contrato no es otra cosa que una «provincia», de la *property rule* (187). Y si esta estimación no es incorrecta, ya tenemos dado un primer paso para la comprensión económica del instituto. Se explica así además por qué han sido justamente los teóricos de los *property rights* los que han apuntado ese papel central que desenvuelve el contrato en el proceso de creación de la riqueza: constituir el *medio* a través del cual los «haces» de derechos (que se anudan al objeto del *dare* o del *facere*) son cambiados, es decir, ajustados a sus nuevas y más provechosas utilidades. Pero los efectos —y esto es lo que ahora interesa subrayar— son mutuos entre el contrato y el *property right*. Es cierto que la estructura prevalente de los *property rights* determina el contenido de los acuerdos contractuales, esto es, el haz específico de derechos que pueden ser transmitidos a través del cambio de bienes y servicios; pero también lo es que si las estipulaciones contractuales resultan constreñidas de alguna manera por las asignaciones existentes de *property rights*, un cambio cualitativo en el contenido de los contratos puede provocar un cambio paralelo, o mejor, una «modificación» en la estructura de los *property rights* (v.g., un cambio en las asignaciones de responsabilidad por daños accidentales) o incluso el desarrollo de nuevos derechos (por ejemplo, la limitación de la responsabilidad, o, incluso, creación de derechos contractuales —de *quasi propiedad*— sobre bienes de titularidad común) (188).

Pues bien, identificadas así las «coordenadas» en que viene a incardinarse la figura del contrato dentro del «sistema law & economics», la exposición sucesiva discurrirá ya en torno a dos cuestiones más puntuales: es una la relativa a la función económica (no del contrato, sino) del derecho de los contratos (189). La otra, más específica, concierne al siempre interminable problema de la contratación *standard*

(187) Así PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., pp. 699-670. V. también KÖHLER, *Vertragsrecht und «Property Rights»—Theorie*, cit., pp. 589 y ss.

(188) Cfr. FURUBOTN y PEJOVICH, *The New Property Rights Literature*, cit., pp. 8-9. Un interesantísimo supuesto de la última posibilidad —en materia, concretamente, de demarcación de derechos de *quasi-propiedad* sobre la tierra estatal a efectos de explotaciones mineras de oro —lo constituye la célebre experiencia californiana del *gold rush* a mediados del siglo pasado (sobre la cual ha realizado un magnífico estudio UMBECK, *A Theory of Contract Choice*, cit., pp. 421 y ss.).

(189) El tema —de cuanto nos consta— ha sido tratado únicamente por POSNER (*Economic Analysis of Law*, cit., pp. 64-69). A pesar de su escasez, en estas sustanciosas páginas se traza magistralmente la esencia económica del derecho contractual —y es precisamente a estas páginas a las que han dirigido su atención los comentaristas (Diamond, Köhler, Pardolesi, Horn, etcétera) cuando han debido ocuparse del tema. En 1979 aparece un *reading* de Posner y Kronman, que dedica al asunto el capítulo introductorio (v. R. A. POSNER y A. T. KRONMAN, *The Economics of Contract Law*, Boston 1979), al que, desgraciadamente, no he podido tener acceso. Sin embargo, de cuanto se deduce de la amplia recensión que del mismo efectúa C. P. ROGERS, en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, pp. 1039 y ss., no se ha dedicado especial atención a la cuestión, incluyéndose al respecto trozos de obras anteriores (cfr., *ibi*, p. 1041).

(v. *infra*, n. 13). Se trata, es cierto, de dos cuestiones bien separadas; mas, aún pareciendo totalmente inconexas, en un análisis más detenido, se revelan como secuencias de un proceso cuya lógica al menos es la misma: el *aborro de costes de planificación*. Porque, en efecto, esa podría ser la formulación que da respuesta al asunto que me propongo esclarecer: ¿Qué sentido tiene el derecho contractual dado, si éste puede producirse privadamente? (190). El estudio de este temario —del que, por lo demás, sólo se ofrece una visión de superficie— se presenta, sin embargo, extremadamente complicado debido a la presencia constante de *partes que negocian*; de voluntades que, en última instancia, modifican la ley. Esta constatación tan elemental nos aleja por sí sola del análisis relativamente simple del derecho de la responsabilidad, donde, al presumirse costes de transacción prohibitivos, se previene a las partes afectadas por externalidades de la negociación y de la consideración de todos los costes sociales que registra un modelo general de equilibrio con externalidades.

Mas, comencemos por el principio: la función del derecho contractual —es claro— consiste en asegurar la «operación del mercado» (esa operación que Javier Conde cifraría de *mercantil* por combinar las «expectativas de ganancia» y el «cálculo racional»). Asegurar la operación del mercado es, a su vez, asegurar el contrato en tanto que éste sustancia la central función económica de promover o facilitar el desplazamiento de los recursos hacia sus utilizaciones más satisfactorias: él es el instrumento más adecuado para la distribución de los recursos en el sentido de la optimalidad de Pareto y a través del cual se hará realidad esa tantas veces repetida ley de la economía política, a tenor de la que, en competencia perfecta, todos los recursos tienden hacia aquellas titularidades que generen más valor o riqueza. Por ello —puede concluirse—, el reino del contrato no es sino el reino de la ineficiencia (pues la situación óptima —como diría Buchanan— se define precisamente por la imposibilidad de ser modificada contractualmente). Ese «desplazamiento» no se producirá empero en todos aquellos supuestos en los que, aun resultando económicamente maximizador de utilidad, medien costes de transacción que igualen o superen el exceso de utilidad que el cambio añade a la situación anterior. La función del derecho contractual —como ya no será difícil advertir— consistirá, justamente, en *minimizar tales costes de transacción* (bási-

(190) La discusión la mantendré, como vengo haciendo, en la «ilusión del mercado casi perfecto»; en la ilusión, por tanto, de la vigencia absoluta de la *autonomía de la voluntad*. Sé que el planteamiento es «ingenuo» si tenemos en cuenta las vicisitudes por las que ha debido pasar el instituto en lo que va de siglo (basta en lugar tan común la remisión a la penetrante reconstrucción de E. A. KRAMER, *Die «Krise» des liberalen Vertragsdenken*, Tübingen 1974); pero también estoy convencido de que no por ello es totalmente *irreal*: la autonomía privada tiene un valor absoluto como componente del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad; la intervención estatal en su ámbito será más o menos grande, pero es *residual*, justificable sólo a efectos del aseguramiento de intereses supra-individuales (cfr. ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 1, cit., p. 83).

camente de *enforcement* —de exigibilidad de las obligaciones—, de regulación —negociación de las reglas— y de información) (191). No es otro el «tema» que queríamos individualizar.

Pero antes de ahondar en su significación, es menester todavía una observación preliminar en materia de concepto: A los efectos de esta exposición se partirá de la noción unitaria de contrato, tal y como nos ha sido transmitida por el pensamiento liberal —aunque seamos conscientes de su profunda *debilidad* en el marco de una economía *relacional*, según más adelante se tendrá oportunidad de manifestar—. Me colocaré, sin embargo, en la perspectiva doctrinal del *common law*. En la tradición continental acostumbra a definirse el contrato como el consentimiento común de dos o más personas (*duorum vel plurium consensus*), dirigido a crear obligaciones (*ad constituendam obligationem*) (192); se trata, sin embargo, de una definición (como la de Savigny) que pone el acento en la lógica del instituto e incluso en su «filosofía», sin hacer referencia explícita al origen del *vinculum iuris* (que, llega a decirse, nace sin necesidad del mandato del ordenamiento *pacta sunt servanda* y yace en el mismo acto promisorio) (193). Por esa razón —y a efectos de mejor percibir la funcionalidad económica del derecho de los contratos— partiré en mis reflexiones, como decía, de la tradición anglo-americana, en la que esa ligazón del contrato con el derecho (formal, soberanamente promulgado, según escribe McNeil) (194) es realmente ejemplar; en fórmula paradigmática se ha podido afirmar así que todo contrato se funda en una *promise-with law* (195). Pero veamos más de cerca la significación de estas consideraciones positivistas (cuya exclusiva paternidad anglosajona, por otra parte, tampoco debe de ser exagerada): De todos es bien sabido que una de las raíces primarias del contrato es la *división del trabajo*, la cual —como es evidente— sólo es viable si simultáneamente existe el cambio (196). Ese cambio mutuamente acordado, como actividad voluntaria que es, puede muy bien no respetarse —es decir, no materializarse—; de lo que derechamente se deduce que una de las primeras directivas para lograr resultados eficientes es hacerlo *exigible* (*enforceable*, dice la expresiva locución anglosajona). Porque

(191) Cfr. KÖHLER, *op. ult. cit.*, pp. 591-592; y HORN, *Zur ökonomische Rationalität*, cit., p. 319, entre tantos. La cita de Buchanan se encuentra en la p. 229 de su trabajo citado *infra*, nota 312. Como introducción previa al temario que intento desarrollar, por su claridad, seleccionaría E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna 1977, pp. 9-23.

(192) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 27. La definición clásica dice tanto como que «Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden» (SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin 1840, p. 309).

(193) Así, K. LARENZ, *Derecho Civil. Parte general*, trad. esp., Madrid 1978, p. 55.

(194) Cfr. I. R. MACNEIL, *The Many Futures of Contracts*, en *Southern California Law Review*, vol. 47, 1974, p. 693, nota 3.

(195) *Ibid.*, p. 693.

(196) *Ibid.*, pp. 696 y ss. Cfr. también OLIVER, *Law and Economics*, cit., p. 82.

no es difícil imaginar que si una parte no cumple las prestaciones pactadas, llegará un momento en que el cambio —i. e.: la eficiencia— se dificultará, o sólo tendrá lugar, por ejemplo —como dice Posner—, si se deposita una garantía —la situación más grave se produce evidentemente cuando el cambio no se ejecuta de manera simultánea; justamente esa garantía de que habla Posner aspira a hacer simultáneo un «cambio futuro» (197). Nace, pues, la figura del *contrato*, que no es otra cosa que ese cambio voluntario a lo que se suma un «aparato de fuerza» (de *enforcement*), en lo que, en definitiva, consiste jurídicamente (198). Se explica así que la doctrina anglosajona ponga en ello todo el énfasis; y hasta tal punto, que la definición de contrato que se considera preferible en la literatura de habla inglesa (199) es la que proporciona el pár. 1 del *Restatement (Second) of Contract*, a cuyo tenor el contrato es «una promesa o un conjunto de promesas, para cuyo incumplimiento el derecho otorga remedios...», «[A] promise or set of promises, for the breach of which the law gives a remedy...» (200). En este sentido, la reconocida voz Atiyah señala que todo el modelo expresa la idea de que el propósito fundamental del derecho de los contratos consiste en dar *eficacia* a la intención de las partes. «*The law of contracts* —dice un poco más adelante— [...]

(197) El *enforcement* de las promesas—señalaban ya Fuller y Perdue (apud S. J. BURTON, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, en *Harvard Law Review*, vol. 94, 1980, pp. 374-375)—tende a «eliminar la distinción entre bienes presentes y futuros y a conferir a las expectativas del acreedor de recibir beneficios futuros el carácter de *present property*». Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 63 y 67. Por eso, en realidad, bajo la óptica económica, contrato sólo es—como dice Macneil—«proyección de cambio en el futuro». Cfr. también ATIYAH, *op. cit. infra*, nota 199, pp. 1-2, donde intuitivamente se traza un análisis de «corte posneriano».

(198) Para que el cambio sea eficiente, ese *enforcement* debe existir siempre. Es él quien dicta la naturaleza jurídica del cambio. Si el *enforcement* es de naturaleza jurídica el cambio es el *contrato*; pero en muchas ocasiones el cambio no se efectúa a través del contrato, pues existen otras modalidades menos costosas, pero que, contra lo que pudiera parecer a primera vista (v. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 702), no carecen de *enforcement*; éste sólo es de naturaleza diferente. En el estudio sociológico de las empresas manufactureras de Wisconsin se pone de manifiesto, por ejemplo, que no se utiliza el contrato como medio de cambio (cfr. S. MACAULAY, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, en *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, pp. 55 y ss.). Pero justamente porque se establecen otras y efectivas sanciones no jurídicas, el recurso a las cuales es más económico (*ibi*, pp. 63-64).

(199) Esta es al menos la autorizada opinión de P. S. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, London 1979, p. 23.

(200) ... *or the performance of which the law in some way recognises as a duty*. En esta parte de la definición, sin importancia a nuestros efectos, se hace referencia a supuestos excepcionales de «unenforceable contracts» y, concretamente, a ciertos contratos que requiriendo forma escrita (según los *ancient statutes*) no se escriben y se concluyen oralmente (cfr. ATIYAH, *op. ult. cit.*, p. 24). Originarían lo que en nuestra terminología se llaman «obligaciones naturales». Se trata, sin embargo, como reconoce el mismo ATIYAH (*ibi*, p. 32), de una noción totalmente anómala (el *unenforceable contract*).

consists of power-conferring rules» (el derecho contractual consiste en normas que confieren eficacia) (201).

Con este breve *excursus* será ya evidente que todo el sentido del derecho de los contratos se cifra en el intento de prevenir o evitar los costes que supondría crear un sistema (privado) de *enforcement*, un aparato de fuerza (v.g., una organización de administración de garantías en depósito, para continuar con el ejemplo de Posner, o una organización del miedo, como sucede en la contratación de la «mafia»). Pero hay más. Existe un acuerdo casi universal en que el derecho de los contratos (la masa de reglas legales que reglamentan el cambio privado) desarrolla tres funciones capitales: (i) especificar qué acuerdos son vinculantes jurídicamente y cuáles no (regla de la *inalienabilidad*); (ii) definir los derechos y los deberes que crean los contratos que siendo exigibles, permanecen ambiguos (regla de la *propiedad*); y (iii) indicar las consecuencias del incumplimiento no justificado (regla de la *responsabilidad*) (202). Esas funciones coinciden, o mejor, se corresponden con los dos distintos elementos que integran la noción de contrato, a saber: (i) la planificación racional de la transacción con anticipación cuidada de las muchas contingencias futuras que son previsibles; y (ii) la existencia de sanciones legales reales, o potenciales, que estimulan la efectiva realidad de la prestación o que establecen una compensación para caso de incumplimiento (203); elementos ambos que integran la definición del contrato como aquel «tipo de relación social, cuya función es asegurar la predictabilidad y la seguridad en las transacciones negociales» (204). Sobre estas bases, emergen ya los objetivos del derecho contractual en la óptica peculiar de la *new law & economics*, que, a mi juicio, se cifrarían en la *disuasión* (función de seguridad) y en la *información* (función de predictabilidad) de tal forma dispuestas que se asegurase la maximización conjunta del valor del cambio (la llamada «operación del mercado»). Ambos objetivos (por lo demás, inseparables) perseguirían la función más general de minimizar los costes de transacción (que, sin embargo, como «fórmula de moda» muy poco dice por sí misma). Nos esforzaremos ahora por examinar de una forma un poco más analítica estas ideas generales, tratando de entroncarlas con los principios fundamentales del derecho contractual: el principio de vinculación, el principio de justicia (o equivalencia) y el principio de libertad (de perfección, contenido y forma) (*Vertragsbindung, Vertragsgerechtigkeit y Vertragsfreiheit*). Para ello —dado el carácter «ilustrativo» de este trabajo— nos referiremos a algunos problemas específicos, por entre los cuales pueda enterearse la «teoría general».

(201) P. S. ATIYAH, *Contracts, Promises and the Law of Obligations*, en *Law Quarterly Review*, vol. 94, 1978, p. 195.

(202) Recojo la síntesis de A. T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, en *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, p. 472 e *ibi* indicaciones. Veremos más tarde (*infra*, n. 15) el distinto significado (desde el punto de vista del mercado) de esos tres tipos de reglas.

(203) Cfr. MACAULAY, *Non-contractual Relations*, cit., p. 56.

(204) Cfr. W. N. EVAN, *Comment* (al trabajo ya citado por MACAULAY) en *American Sociological Review*, vol. 28, 1963, p. 67.

Me refiero en primer término a la *función de disuasión*. En su interior pueden distinguirse todavía dos aspectos separados: (i) la sanción de la vinculabilidad del contrato y (ii) la distribución de los riesgos entre las partes. A la primera cuestión ya nos hemos referido; no estará de más, sin embargo, una ulterior precisión de su contenido. Sancionar el carácter vinculante del contrato, es decir, responsabilizar a las partes de sus promesas, es presupuesto *esencial* de la eficiencia. Este principio (*pacta sunt servanda*) lo que postula en realidad es la represión de la contratación de *mala fe*, o lo que es lo mismo, la previsión de remedios para la *bad faith breach*, que siempre resultaría maximizadora de valor para *una* parte (rompiendo empero el esquema dual del óptimo paretiano): si Cayo contrata con Ticio la siembra de su fundo, en ausencia de obligatoriedad, Ticio se preocupará por la posibilidad de que, cumplimentando el encargo, Cayo no le entregue el precio pactado, porque indudablemente tal conducta resulta mucho más beneficiosa para el último (*homo oeconomicus*) (205). Pero el alcance económico del principio es mucho más amplio: Supongamos que Cayo quiera vender su vaca, cuyo valor estima en unas 30.000 pesetas; que Ticio está dispuesto a pagar 50.000 por ella; y que, en fin, Sempropio ofrezca hasta 60.000, con la diferencia de que mientras Ticio se compromete a efectuar el pago al contado, Sempropio alega que únicamente podrá hacerlo en el plazo de una semana. Así las cosas, será lógico que Cayo venda el animal a Sempropio por 55.000 pesetas (por ejemplo), aunque éste dilate el pago siete días (ello, por supuesto, si se cumple que la diferencia de 5.000 pesetas es más que suficiente para compensar a Cayo de los costes de promover una acción de daños o restitutoria, multiplicados por la probabilidad del incumplimiento; si el derecho sanciona la exigibilidad de la promesa de Sempronio al dueño de la vaca). Pero si el derecho no sanciona tal promesa, Cayo puede decidir que es mejor vender *ahora* a Ticio, porque puede ser que Sempronio no obtenga el dinero y, consiguientemente, no pague; y que Ticio, entretanto, pierda el interés por la operación. Si es así, el hecho mismo de que el derecho no provea remedios para el eventual incumplimiento de Sempronio, determinará una distribución sub-óptima de recursos (206). Este objetivo del derecho contractual, sin embargo, no debe llevarse hasta sus últimas consecuencias. Una política de *enforcement* draconiana, como dice Pardolesi, tampoco es eficiente: si debo una prestación que me cuesta 100 y se me impone una obligación de pagar mil en caso de incumplimiento, estaré incentivado a cumplir aun cuando la prestación llegue a costarme 999: la utilización

(205) Un muy lúcido desarrollo de esta idea —recurriendo a la primera edición del manual de Posner— en PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 705-707. Esa referencia hecha en el texto —la finalidad de la *enforceability* del contrato es reprimir la contratación de mala fe— queda cumplidamente probada por el hecho (sociológicamente comprobado) de que las relaciones no contractuales se producen justamente cuando para la mala fe existen más eficaces remedios que los que otorga el derecho (cfr. MACAULAY, *Non-Contractual Relations*, cit., p. 63).

(206) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 66.

antieconómica de recursos es patente. Por ello, como ya hemos visto, el incentivo más exacto desde el punto de vista de la teoría económica es el que prevé el artículo 1.106: la *compensación* en la que la función disuasoria llega justo hasta el límite del coste de oportunidad (207).

El segundo aspecto de la función general de disuasión concierne a la *distribución de los riesgos*, auténtica clave de todo el proyecto de la *new law & economics* (y no meramente fórmula verbal, como tantas veces acontece en la literatura más tradicional). El *test* económico será asignar los riesgos (las responsabilidades) a aquella parte que los pueda «dominar» al coste más bajo, puesto que únicamente de esta forma resulta posible crear los alicientes correctos para una conducta maximizadora en el futuro —no sólo de las partes en causa, sino en general de todos los operadores del mercado (no será así difícil comprender por qué Posner rotula esta función «mantenimiento de los incentivos apropiados») (208). Contrariamente a las situaciones que contemplábamos en el supuesto anterior (*bad faith-breach*), bajo esta función distributiva de riesgos importan las hipótesis, en las que el incumplimiento (total, defectuoso o tardío) se produce en el ámbito de la *buena fe* (209). Consideramos, por ejemplo, la suerte de un

(207) Se equilibran así los dos objetivos que deben guiar la determinación del daño indemnizable: (i) protección de expectativas y (ii) mantenimiento de incentivos (cfr. J. N. BARTON, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 1, 1972, p. 278). Para un examen del trasfondo ideológico de la sustitución de la idea de *pena* por la idea de *resarcimiento*, v. M. BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico*, Milano 1980, pp. 195 y ss.

Asimismo parece obvio que, desde el punto de vista económico, no se sancione la vinculabilidad del contrato cuando el resultado del cambio resulte *efectivamente* ineficiente. (i) Se explica así cómo también una función del derecho de los contratos es especificar cuáles vinculan y cuáles no: *las condiciones de eficacia del mismo contrato*. En concreto, cuando los costes y beneficios del intercambio no han sido valorados correctamente por las partes estipulantes (dolo, error, fuerza, etc., como *externalities*), el mercado —que es el mecanismo decisorio— se falsea. La rectitud del contenido contractual, bajo condiciones de competencia, exige libertad de decisión y de voluntad; por ello, función del derecho también es asegurar esa voluntad, como presupuesto mismo (de perfección) del contrato (cfr. HORN, *op. cit.*, p. 310); (ii) ¿Cómo se explica —nos preguntamos ahora— la vinculación contractual en hipótesis que, no siendo las examinadas *sub* (i), no producen, sin embargo, un resultado maximizador del valor del cambio? La razón económica aparece ahora en los costes terciarios: (a) la valoración de la utilidad que las partes deducen del cambio es una compleja tarea, que los tribunales sólo podrían llevar a cabo con gravísimos costes administrativos; y (b) aunque el *enforcement* de un contrato no «racional» conducirá sin duda a una distribución subóptima de recursos, el derroche ocasional será normalmente inferior a los costes que generaría una sistemática revisión judicial de la congruencia de los cambios (cfr. PARDOLESI, *op. cit.*, p. 706). En general, quien se interese por el tema de la exigibilidad y ejecutividad de los contratos puede consultar el reciente escrito de G. GOETZ Y SCOTT, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, en *Yale Law Journal*, vol. 89, 1980, pp. 1261 y s., citado por BURTON, *Breach of Contract*, cit., p. 386.

(208) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 69.

(209) Otra vez más se puede constatar sociológicamente cómo el derecho de los contratos sólo se justifica allí donde existan posibilidades de «ma-

contrato en el que en la fecha de la entrega se omite el *mes*. Cayo, nuevo en la industria, entiende que se refiere al mes próximo. Ticio, más experimentado, de acuerdo con un uso particular del tráfico siderúrgico, piensa, por el contrario, que la fecha es la del mes en curso. El juez, se dice, interpretará el contrato —y por ende distribuirá un riesgo— considerando el «uso», porque operando así incentivará a los «nuevos empresarios» (a los *newcomers*) a dominar rápidamente el lenguaje de cada sector particular del tráfico, lo cual, presumiblemente, incrementará la eficiencia. Por ello, hará responsable a Cayo del incumplimiento. Este es el tipo de juicios que debe hacer el derecho de los contratos cuya función desde esta perspectiva es prever las lagunas de las partes, decidiendo como lo habrían hecho ellas: *eficientemente*. Ciertamente, tales juicios pueden llegar a ser muy complicados: En el mismo ejemplo, se podría alegar contra la solución legal (*rectius*, jurisprudencial) que una norma que distribuyese así los riesgos del error crearía costes para entrar en la industria y tendría de consiguiente, efectos anticompetitivos (210) o que quizá fuese más razonable asignar el riesgo a la otra parte, pues el coste de la comunicación de la información puede ser más bajo que el coste de la recogida de la información (211). La importancia radical de la construcción de la norma (o de su interpretación) en un sentido o en otro, se observa en una diversa articulación de los incentivos y rémoras que tendrán en el futuro los operadores en el mercado (*general deterrence*). Y sumadas todas las utilidades individuales de los múltiples operadores bajo las asignaciones de riesgos alternativas, se deducirán cifras de considerable cuantía, como para no ser tenidas en cuenta. En este ámbito se coloca el principio de la justicia o equivalencia contractual,

lentendidos honestos» o de «diferencias de opinión de buena fe» (es decir, riesgos que es necesario distribuir), pues en otro caso no se recurre al contrato (figura jurídica), sino a instrumentos sustitutivos (cfr. MACAULAY, *Non-Contractual Relations*, cit., p. 62).

(210) El ejemplo es de POSNER. *op. ult. cit.*, pp. 67-68.

(211) Cfr. P. A. DIAMOND, *Posner's Economic Analysis of Law*, en *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, 1974, p. 297. Pero si queremos ser más precisos debemos añadir —y la referencia sólo la hago para que se observen las posibilidades del análisis— que, en materia de error, la información, ciertamente, es el antidoto. Aunque la información sea costosa de producir, un sujeto puede estar en condiciones de obtener informaciones relevantes de modo más económico que otro. Si las partes contratantes actúan racionalmente reducirán al mínimo los costes conjuntos de un error potencial, atribuyendo el riesgo de su verificación a la parte que está en mejor situación (económica) de recoger la información. Allí donde las partes contratantes no hayan distribuido convencionalmente el riesgo, el derecho o el juez debe hacerlo con el mismo criterio. Ahora bien —y llegó así a la crítica de la afirmación del texto que precede a esta nota—, la distinción entre *error común* y *error unilateral* es económicamente perfecta, porque donde sólo una parte está en error es razonable presumir que ella está en mejores condiciones de prevenir el error que la otra parte (excepción hecha de aquellas situaciones en que el error es conocido —dolo negativo— o es razonable que sea conocido por la otra parte (cfr. A. T. KRONMAN, *Errore e informazione nell'analisi economica del diritto contrattuale*, trad. it., en *Politica del Diritto*, 1980, pp. 292-296).

que viene a configurarse exactamente como una *justicia de precios* —en alguna parte dice Posner que la justicia es la eficiencia—: los costes se cargan —como se deduce del Teorema de Coase— a quien puede evitarlos más económicamente y de tal forma que se estimulen conductas maximizadoras. La respuesta, pues, a la recta distribución de las obligaciones y las cargas viene dada por el paradigma de la competencia (212); con lo que conectamos —y afirmamos la identidad de este principio de justicia— con el principio de libertad contractual (*volenti non fit iniuria*). Este aspecto de la función general de disuasión —precisa es la constatación— está profundamente relacionado con el que examinaremos a continuación; sólo que aquí la contribución del derecho a la comprensión de los costes de transacción es *indirecta* (213).

Relativamente a la *función de información*, de nuevo será preciso separar dos facetas: (i) la función de minimizar los costes de negociación, y (ii) la función planificadora. Por lo que al primer aspecto atañe, se trata de evitar los costes que supondría tener que crear un conjunto de reglas contractuales, aquellas que, en ausencia de un derecho de los contratos, las partes tendrían que negociar; su función es la misma que desenvuelven las condiciones generales de los contratos (214) —la progresiva expansión de éstas se explicaría como fenómeno paralelo al creciente déficit regulativo del derecho contractual fijado en el Código civil y Código de comercio, cuyos tipos aparecen condicionados histórica y pragmáticamente (215). El tema no ofrece dudas. Como complemento de esta masa de normas, aparece otra, la norma que sanciona la autonomía privada (y con ella la libertad del contrato), cuya función es precisamente sustitutiva: cuando los beneficios esperados de una alteración del derecho objetivo (por supuesto, *ius dispositivum*) son superiores a los costes (transaccionales) de la modificación, la *regla privada* aparece como necesaria desde el punto de vista de la norma eficientista. Un ejemplo nos ayudará de nuevo a comprender el asunto —y a un cumplido entendimiento de cómo esta función compresora de costes de negociación afecta a la *distribución*

(212) Cfr. HORN, *op. cit.*, p. 320.

(213) Cfr. KÖHLER, *Vertragsrecht und «Property Rights»-Theorie*, cit., pp. 596-597. La cuestión fundamental de este temario —aunque no la única, como se ha visto— es la relativa a las normas de la responsabilidad contractual, cuyo diseño debe tender, visto más analíticamente, hacia (i) la distribución (óptima) de los recursos productivos a quien pueda evitar los costes del incumplimiento (de derroche en el intento de cumplir y de expectativas en quien espera la prestación) a menos precio; (ii) la mejor absorción social del daño —se trata de evitar eso que TRIMARCHI llama las «sacudidas financieras»; y (iii) la reducción de los costes de la composición de los conflictos (así —resumiendo la investigación pionera en Europa de P. TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, en *Rivista trimestrale de diritto e procedure civile*, 1970, pp. 512 y ss.— ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, cit., pp. 2-3).

(214) Así, POSNER, *op. ult. cit.*, p. 69.

(215) Cfr. las breves pero eficaces reflexiones de M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali del contratto*, en C. M. BIANCA (ed.) *Le condizioni generali del contratto*, I, Milano 1969, pp. 158-159.

de los riesgos (en realidad es la otra cara de aquel problema medular). Cayo, un fabricante de tejidos, compra al ganadero Ticio una partida de lana en no muy buenas condiciones, de lo cual resultará que los jerseys manufacturados se arruinan. Cayo persigue judicialmente a Ticio. La cuestión a dilucidar para distribuir el riesgo consiste en saber quién de los dos tenía el deber de inspeccionar la lana, a lo que la teoría económica responderá diciendo que Ticio, pues el examen resultaba para él más barato. El juez, sin embargo, en aplicación del artículo 1.484 del Código civil (216), no hará responsable a Ticio de los vicios ocultos, ya que considera a Cayo un «experto en lanas». Este fallo tendrá como consecuencia que en posteriores transacciones Cayo —y los operadores que se encuentren en su misma circunstancia— hará insertar una cláusula en el contrato, por la que desplaza esa responsabilidad a Ticio (*cheapest cost avoider sub specie de cheaper inspector*), ya que los costes de la negociación son menores al coste del riesgo que, en la solución legal (sin duda eficiente *en general*) (217), le están asignados (218). La alteración del plan que había diseñado el legislador se justifica por un cálculo más eficiente (más justo *in concreto*), explicándose así la función maximizadora de utilidad de la autonomía de la voluntad. Retengamos pues que la función informativa del derecho contractual, en lo que concierne a la reducción de los costes de negociación, significa la previsión de reglas únicamente para el caso en el que crear unas nuevas (quizá más adecuadas) tiene sus costes.

Finalmente —dentro del objetivo de la información— el derecho de los contratos proporcionaría a las partes de una transacción en perspectiva la información concerniente a las muchas contingencias que pueden «desbaratar» el cambio y, por tanto, podría asistirles en la planificación «sensible» de su operación. Pensemos por un momento en el ejemplo anterior: el conocimiento de la jurisprudencia ayudaría a Cayo a «reformular» el derecho objetivo, al objeto de prevenir una distribución sub-óptima. En este sentido —señala Posner— «[L]as partes, a través de sus abogados, son guiadas sobre los fallos en el proceso de cambio revelados por las *opinions* en los *cases* contractuales ya decididos» (219). No lleva razón Pardolesi cuando dice que este objetivo parece «cogido por los pelos», pues debido a la complejidad de la normativa, el recurso a ella (con fines informativos) es necesario instrumentalizarlo a través de un abogado, lo cual resulta más un coste que una ventaja. Ciertamente. Pero se olvida el beneficio que se puede obtener de ello en transacciones, por supuesto, en las que la entidad patrimonial del intercambio no sea muy contenida (220). Otros

(216) Se recordará que este precepto prescribe que el venedor «no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos».

(217) V., aquí, POSNER, *op. cit.*, p. 83 (para la situación general, en que parece que los costes de información son menores para el comprador).

(218) Cfr. DIAMOND, *op. cit.*, pp. 297-298.

(219) POSNER, *op. cit.*, p. 69.

(220) Cfr. PARDOLESI, *Analisi economica*, cit., pp. 709-710.

autores, al querer concretar la muy poco precisa fórmula de Posner, se refieren aquí a la función del derecho de *ajustar el flujo de información entre las partes*. La ley debe fijar los cambios de información necesarios y su contenido (221). A mi juicio, sin embargo, éste no sería sino un aspecto particular —de importancia decisiva si se quiere— de la distribución de los riesgos y por tanto de la recta conformación del contenido contractual (principio de justicia). Creo que lo que en realidad traduce este objetivo de la planificación es un *aborro de experiencia*, que es un valor económico. El derecho, al fijar el *iter* de vida de los tipos contractuales (y me refiero a todo tipo de derecho contractual: legislativo, judicial y doctrinal), ha plasmado un modelo empírico de operaciones económicas y de intereses (un *tipo* de conducta frecuente y, presumiblemente, eficiente) que ahora ofrece a los operadores económicos.

Resumiendo, el derecho de los contratos persigue la maximización del valor conjunto del cambio a través de la reducción de los costes de transacción asociados a los intercambios de prestaciones no simultáneas, a las contingencias de la planificación y a la información inadecuada (222). Y esperamos que en esos tres datos pueda reconocerse una apretada síntesis de la exposición realizada hasta el momento (223).

(221) Cfr. DIAMOND, *op. cit.*, pp. 298-299.

(222) ROGERS, en *Harvard Law Review*, vol. 93, 1980, p. 1041 (resumiendo la visión posneriana en *Economics of Contract Law*, cit.).

(223) En realidad —como señala PARDOLESI, *op. cit.*, p. 709—, a fin de cuentas, y como ya anticipábamos, todo el análisis económico de los contratos puede escribirse en clave de costes de transacción; y también en clave de costes de transacción es posible intentar una nueva tipología de todos los contratos. El análisis expuesto (como toda la teoría del contrato clásica) sirve muy bien para las *estructuras de gobierno* contractuales (esqueleto institucional dentro del cual se decide la integridad de la transacción) del mercado, pero no para las jerárquicas y las híbridas: se ajusta al concepto de *compraventa* más que al de *contrato* (cfr. S. T. LOWRY, *Bargain and Contract Theory in Law and Economics*, cit., p. 12). No voy a profundizar en el problema: únicamente diré que es mérito de la *new law economics* el haber puesto de manifiesto que la idea de contrato no es unitaria y está llena de fracturas: piénsese en el abismo que va entre una venta (*mercado*), una sociedad (*jerarquía*) y una concesión mercantil (*híbrido*), desde los puntos de vista examinados en el texto. En este sentido, la distinción fundamental entre *contrato-transacción* y *contrato-relación* [v. el esquema de doce diferencias básicas que hace el creador de estas categorías —que expresan el paso de una economía de cambio a una economía organizativa (pp. 710 y ss.)—: MACNEIL, *The Many Futures of Contract*, cit., pp. 738-740] puede ser de un enorme interés para modernizar la teoría del contrato en este punto y explicar toda una serie de confusas categorías dogmáticas, tales como contrato de colaboración, de organización, de duración, de servicios, etcétera. Muy esquemáticamente explicadas, las ideas básicas son las siguientes (sigo la exposición del autor que quizá más haya desarrollado este sector: O. E. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 22, 1979, pp. 233 y ss.): Hay dos formas de organizar la actividad económica: el *mercado* y la *jerarquía* (la empresa —v. *retro*, nota 94; el trabajo primero en esta dirección, como se informaba allí, es la *Naturaleza de la empresa* de COASE—); cuando el mercado llega a ser costoso en términos de economías de producción y de transacción, se acude a organizar la actividad

13. El presupuesto implícito de toda la discusión anterior es un modelo convencional de distribución de los recursos en los que los mercados funcionan más o menos correctamente, de forma tal que uno se puede fijar en la transacción singular en la suposición de que el sistema trabaja eficientemente. Pero a este punto resulta natural preguntarse si los mismos costes de información y transacción que existen en los contratos singulares no implican simultáneamente algunas interferencias en el mercado total, que pueden llegar a ser relevantes para el tratamiento de los cambios y la eficiencia en concreto. Se advertirá aquí, como temario capital, la entera problemática de la contratación *standard*. A ella, pues —y para completar el panorama trazado en el epígrafe anterior— dedicaré seguidamente unas muy escuetas consideraciones, siempre —claro está— desde el punto de vista económi-

económica de forma que las decisiones se tomen jerárquicamente. Pero este sistema también puede ser costoso —sobre todo *sub specie* de economías administrativas—, con lo cual, a veces, hay que recurrir a soluciones intermedias, que traten de remediar las *market failures* y las *internal organization failures* (cfr. *retro*, nota 96, e *ibi* referencias). Lo que es característico del derecho contractual clásico es que está pensando siempre en la forma organizativa del mercado; por ello, más que nada, facilita el cambio «incrementando la discreción e intensificando la presencia»: se busca la presencia en el lugar y tiempo para que la transacción sea realizada o percibida (planificada *seguramente*) *al momento*. El derecho clásico sirve tales fines de muchas formas; entre otras, porque (i) la identidad de las partes le es irrelevante; (ii) la naturaleza del acuerdo está siempre perfectamente delimitada; (iii) los remedios están estrechamente prescritos, de modo que si por incumplimiento falta la *presentation*, las consecuencias son relativamente previsibles desde el principio, etc. Pero no todas las transacciones, como decíamos, se ajustan a este esquema «clásico». Los contratos de duración, que se ejecutan en condiciones de *incertidumbre*, hacen que la *presentation* completa sea prohibitivamente costosa, sino imposible: ahí nace lo que Williamson llama el contrato *neoclásico*, duradero, cuyas características son: (i) lagunas en el *planning* y (ii) aparición de técnicas utilizadas por los planificadores para crear flexibilidad y resolver los conflictos. Las *estructuras de gobierno* de estos contratos son de naturaleza muy compleja y su grado de complejidad depende de tres dimensiones fundamentales: (i) *incertidumbre* (sin duda, la más importante); (ii) *frecuencia* (de las transacciones simples que serían necesarias para sustituir la compleja entre las partes); y (iii) *necesidad de inversiones específicas* para llevar a cabo la «colaboración contractual». Fácilmente se observará la distinta «función económica» del derecho contractual (legal o privado) en estos tipos negociales neoclásicos, habida cuenta de la necesidad de instrumentar nuevos mecanismos de compensación de los costes de transacción (ahora ingentes). El tema, sin embargo, por evidentes razones de «economía expositiva», no puede ser abordado en esta ocasión. Una vez más, por consiguiente, me limitaré a indicar la bibliografía elemental, bastante escasa por los demás. Habría que incluir, al lado de las obras citadas en el curso de esta nota, a I. R. MACNEIL, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, en *Northwestern University Law Review*, vol. 72, 1978, pp. 854 y ss.; V. P. GOLDBERG, *Toward an Expanded Economic Theory of Contract*, en *Journal of Economic Issues*, vol. 10, 1976, pp. 45 y ss.; y G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus (Ohio) 1974. No creo necesario añadir que el análisis de Posner —y el que se ha hecho en el texto— sigue moviéndose en la línea del mito puramente transaccionista del contrato (MCNEIL, *The Many Futures*, cit., p. 805, nota 320).

co (aunque el tratamiento en esta ocasión resultará sin duda mucho más familiar). El tema no carece de interés en el orden de ideas en que nos venimos moviendo; mas aún, se diría que es precisamente desde esta óptica económica desde donde se percibe con mayor exactitud la *equivalencia funcional de las condiciones generales y del derecho objetivo de los contratos*, tal y como aquí ha quedado expuesta. En semejante afirmación, sin embargo, no debe buscarse un intento de rehabilitación de la «teoría normativa» de las condiciones generales (al menos en su formulación «iusnaturalista»), aunque al poner de relieve ciertos aspectos concomitantes no se descarten todas sus posibilidades (224). No, más bien se quiere significar que «dictando normas», la empresa —como el legislador (225)— contribuye de una manera decisiva a la reducción de los *costes de transacción* y de los *costes de información* implicados en todo cambio. Este apunte (que —repito— debe ser entendido en términos de roles y no «ontológicamente») no creo que hoy pueda ser contestado. Con las condiciones generales, en efecto, de una parte, se simplifican y aceleran de modo radical los procedimientos de conclusión de los contratos, determinando (a través del ahorro de tiempo, de medios y de actividad) la compresión de aquellos costes de negociación que las técnicas de contratación individualizadas contribuyen a elevar; y, de otra, se remueven también —dando cuerpo a una reglamentación de las relaciones más analítica, exhaustiva y clara que aquella que contiene el derecho dispositivo (incompleto y con frecuencia ambiguo)—, se remueven, decía, los motivos de incertidumbre y, con ellos, las razones de muchas controversias en lo que toca a una correcta administración del contrato, previniéndose así, indirectamente, la *litis* y los costes a ella asociados (226). El resultado es claro: se comprimen costes al reemplazar un derecho objetivo disfuncional y envejecido por otro «derecho» creado por las empresas e inmediatamente diseñado

(224) Como dicen ESSER y SCHMIDT (*Schuldrecht*, cit., vol. 1, p. 104) no se puede caer en el error (y sin duda se refieren a una conocida expresión de Raiser) de considerar a las condiciones generales como un *Nullum* jurídico. Con ello no es que propongamos «desempolvar» las viejas teorías normativas (surgidas en la «peligrosa» Alemania de los años 30); pero sí expresamos nuestro convencimiento de que —como señalan los autores citados (*ibi*, *loc. cit.* —pero v. también pp. 102-103—) «es una exigencia de la honestidad científica admitir que la legitimación jurídica de las condiciones generales de los contratos no puede ya fundarse ni en la teoría contractual, ni en la teoría normativa». Hay que buscar una tercera vía intermedia, que aproveche los aspectos satisfactorios de las anteriormente ensayadas. De todos modos, es éste un asunto que no podemos tratar aquí y que, por ende, debe quedar remitido: al respecto (entre una bibliografía abrumadora) podrá ser útil como primera aproximación el escrito de E. ROPPO, *Le condizioni generali del contratto tra «norma» e «negozio»*, en *Politica del diritto*, 1974, pp. 711 y ss.

(225) Cfr. PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 738-739: la analogía de la decisión legislativa y la decisión empresarial cuando dicta condiciones generales se observa, porque en ambos casos ya no se consideran «economías individuales», sino «grandezas agregadas».

(226) Así, por todos, E. ROPPO, *I contratti standard e le tecniche del loro controllo*, en S. RODOTA (ed.) *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna 1977, pp. 530-531; y ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, pp. 99-100.

(«calculado», podría decirse) en vistas a la realización de los postulados de la eficiencia. Estas funciones —e insisto en que la exposición está instrumentalizada por un análisis económico de sesgo neoclásico— cifrarían ese aspecto que la literatura que se ocupa del tema acostumbra a calificar de *racionalizador* (227). Es ésta justamente la que Posner denomina «explicación inocente» (en el buen sentido de la palabra) de las condiciones generales, frente a la que también él llama *sinister explanation*; a tenor de esta última, la razón profunda de las condiciones generales habría que buscarla en el poder monopolístico de las grandes empresas, que se niegan a negociar las cláusulas con cada contratante, porque saben que a éstos no les queda más remedio que adherirse a sus propuestas (en las que, por supuesto, se ha procedido a desviar los riesgos del contrato sobre la parte más débil) —se trata de la tesis, digamos, que se preocupa por la tutela del consumidor en situaciones conocidas en la teoría económica bajo el rótulo de «monopolio bilateral» (228). En este esquema —ciertamente «maniqueo», pues la realidad es más compleja— podemos reconocer los dos grandes puntos de vista que se enfrentan en el debate sobre la materia. Nos resta ahora verificar —en el estricto ámbito de la teoría económica clásica— la racionalidad de cada uno de ellos, aunque en este punto hay que avanzar que el análisis económico nada nuevo añade a lo que ya sabíamos. Intentaré demostrarlo.

La explicación «monopolista» —dice Posner— parece inaceptable, porque implícitamente asume, como condición de la realidad, la ausencia de competencia. En la medida en que ésta exista, perderá pues su eventual consistencia: Si una empresa ofrece condiciones no muy atractivas para el consumidor, otra empresa —queriendo atraer para sí al cliente y en legítimo ejercicio de la lucha concurrencial— se las ofrecerá más ventajosas; y así y sucesivamente continuará el proceso hasta que los términos del contrato sean *óptimos* desde el punto de vista del consumidor —no olvidemos que el contrato mismo constituye una «característica» del bien que está en oferta— (229). Posner, en realidad, arguye que el control de las condiciones generales lo llevará a cabo el mercado; y que, donde éste no funcione bastarán las normas generales sobre los «defectos del cálculo de los costes y beneficios contractuales» (error, dolo, fraude, coerción, etc.) (230). Esta tesis

(227) En otra óptica es una cuestión a remeditar; al respecto constituye un estimulante «botón de muestra» el opúsculo de F. KNIPEP, *Technokratische Rationalität in allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1971, pp. 60 y ss.

(228) Aparte de las obras citadas *supra* nota 226 —que efectúan (como tantas otras) un planteamiento de la cuestión tal como el aquí expuesto— me remito ahora a POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 85, cuya «inteligente» exposición constituye mi punto de partida.

(229) *Ibidem*.

(230) En este sentido no parece «económicamente» congruente el control de los condicionados generales a través de cláusulas generales que vayan más allá de las defensas clásicas: paradigmática al respecto, puede ser la reconstrucción que ha hecho R. A. EPSTEIN de la noción de *unconscionability* (v. *Unconscionability: A Critical Reappraisal*, en *Journal of Law and Economics*, vol. 18, 1975, pp. 293 y ss.) en estrictos términos de coacción, fraude

—desarrollada en Europa básicamente por Grunsky (231)— parece, ciertamente, *inocente* (como sugería el propio Posner, aunque, como señalaba hace un momento, con un sentido totalmente distinto) y no creo necesario documentar su inconsistencia al modo usual (232). Me referiré tan sólo al punto de vista económico —de la eficiencia, sin entrar a considerar aquí el principio redistributivo (por lo demás, de decisiva importancia) (233)— y precisamente en una situación de *efectiva competencia* para mostrar cómo el «análisis económico» de Posner es incorrecto. Incongruente con el análisis anterior de los contratos, pues ¿dónde han ido a parar las limitaciones de información y los costes de transacción —me pregunto con Diamond— que eran el corazón de su argumentación en materia de contratos negociados?, ¿es que no hay costes en la búsqueda de mejores condiciones, sobre todo en operaciones de escasa entidad patrimonial? Dos objeciones centrales pueden avanzarse a la tesis *inocentes*, cuyo impacto no se cancela diciendo —como hace Grunsky— que este sistema no ha funcionado hasta ahora porque al consumidor le faltaba «conciencia de concurrencia» (*Wettbewerbsbewusstsein*) (234): (i) que habida cuenta de que el tráfico fundamental de los contratos *standard* se desarrolla en el ámbito de *small sums-transactions*, el coste de información relativo a las restantes alternativas que se ofrecen en un mercado realmente concurrencial (mas no enteramente transparente) y el coste de la misma conclusión conocidas aquéllas (v.g., del desplazamiento), es proporcionalmente tan grande que, en la mayoría de los casos, será más beneficioso para el consumidor contratar en los términos no deseables de la primera oferta; y (ii) que puede ser que a las empresas no convenga ofrecer mejores condiciones aun existiendo, repito, competición verdadera; en este sentido han sido ya construidos modelos en los que un *precio excesivo sobre el precio competitivo es rentable debido a que las limitaciones de información remueven las ventajas concurrenciales de una disminución del precio*. En estos casos en los que el sistema de mercado diverge de la norma de eficiencia, un papel fundamental del sistema jurídico —de acuerdo con las mismas enseñanzas de Posner— es recuperar la eficiencia a través del derecho; al ser los

e incompetencia (incapacidad), con la finalidad, en definitiva, de impedir al Juez la intervención en el reglamento contractual; y en la convicción de la justicia immanente proporcionada por las fuerzas naturales del mercado.

(231) W. GRUNSKY, recensión de J. SCHMIDT-SALZER, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, München 1971, bajo el título *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft en Betriebs-Berater*, 1971, pp. 1113 y ss.; y también del mismo autor la *Erwiderung* al trabajo de W. LOWE, *Verstärkter Schutz des Kunden von unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, en *Betriebs-Berater*, 1972, pp. 189-191.

(232) Cfr. HORN, *Zur ökonomischen Rationalität*, cit., pp. 320 y ss., y KÖHLER, *Vertragsrecht und «Property Rights»-Theorie*, cit., pp. 602-604.

(233) V., por ejemplo, A. T. LEFF, *Ignorance and Spite. The Dynamics of Coercive Coercion*, en *Yale Law Journal*, vol. 80, 1970, pp. 1 y ss., donde se hace un análisis económico en la dirección mixta de Calabresi de algunos extremos relativos a la protección del consumidor en materia de relaciones contractuales.

(234) Cfr. GRUNSKY, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, cit., p. 1117.

costes de transacción muy altos (relativamente al valor de la operación), se exige que el derecho decida como lo hubiesen hecho las partes (235).

Pero incluso en una situación real de monopolio —añade Posner— el peligro de las condiciones generales es más aparente que real. Se basa para ello en un postulado de la teoría económica, según el cual la *calidad del producto* (o del contrato) no está afectada por la estructura del mercado (236), sino que el único factor que varía en función del grado de concentración es el *precio*, que, ciertamente, en régimen monopolístico será más alto. Pero en este caso —dice— la objeción será al monopolio y no al contrato de adhesión (237). La argumentación difícilmente podía ser más frágil; primero, la calidad (es decir, la distribución de riesgos que opere el contrato), como en competencia perfecta, puede no ser óptima (238); segundo, y sobre todo, si el precio es manejable al antojo del monopolista (y es en él, en el precio, donde, a fin de cuentas, se espeja —como diría Santini— el «modo de ser de todo el contrato») ¿dónde se verifica esa «ventaja» de las condiciones generales consistente en que su utilización hace decrecer el coste de la prestación en favor del consumidor, que alegan todos los defensores de la tesis «inocentes»? (239).

Estos argumentos tan simplemente expuestos —tanto en régimen de *workable competition* como de competencia monopolista— parecen insoslayables; entiendo por ello que la solución de Posner no puede admitirse (por supuesto, desde muchos puntos de vista, pero ni siquiera) en su propia perspectiva de un análisis económico adecuado a la norma de eficiencia. Conviene, pues, que nos preguntemos, antes de cerrar el epígrafe, qué directivas son todavía deducibles de la *new law & economics* para proceder al control de los contratos standardizados.

A mi juicio, el problema podría plantearse así: si el mercado no

(235) Cfr. DIAMOND, *Posner's Economic Analysis of Law*, cit., pp. 299-300. Una atinada formulación de esta crítica en T. FERGUSON, *Consumer Ignorance as a Source of Monopoly Power* (FTC Staff Report on Self-Regulation, Standardization and Product Differentiation), en *Antitrust Law and Economics Review*, vol. 5, 1971-72, pp. 79 y ss. (del núm. 2) y 55 y ss. (del núm. 3).

(236) Una demostración sintetizada de esta afirmación —el monopolio no afecta a la calidad— en PARDOLESI, *op. cit.*, pp. 736-737 (que, a su vez, reproduce la argumentación de Schwartz).

(237) *Ibidem*.

(238) Así lo reconoce el mismo POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 85-86.

(239) V. ROPPO, *op. ult. cit.*, pp. 533-534; ESSER-SCHMIDT, *op. cit.*, vol. 1, pp. 100-101. El trabajo más autorizado sobre la materia, sin embargo, se debe a H. KLIEGE, *Rechtsprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichungsklauseln*, Göttingen 1966, *passim* (y sobre el tema de la falacia del «argumento del precio», pp. 66 y ss.). En nuestra literatura se ha ocupado de este extremo —y justamente en el sentido que se oculta bajo nuestra interrogación— J. M. GONDRA ROMERO, *Condiciones generales de la contratación y protección de la parte «más débil» en el marco del derecho uniforme de la compraventa internacional*, en «Estudios en homenaje al profesor R. Uría», Madrid 1978, pp. 237-240.

funciona —a causa fundamentalmente de la desigual distribución de la información y del poder de negociación (*bargaining power*) (240)— y, por ende, no podemos confiar en la *autonomía de la voluntad*, será necesario *simular* el mercado (como se hacía en materia de responsabilidad civil). Para ello es absolutamente necesario el *control intervencionista* de las condiciones generales, cuyos medios serán, por una parte, las cláusulas generales de control del Derecho privado (buena fe, equidad, etc.); en cuyo seno siempre será posible encontrar una solución *racional* desde el punto de vista del mercado. Como a Horn, no se nos ocultan las dificultades de traducir, por ejemplo, la buena fe en *Marktrationalität*, pero lo que en todo caso parece cierto es que el criterio es seguro: atribuir las cargas, las responsabilidades a quien pueda soportarlas al menor coste, ya que, en caso contrario —de inusitada frecuencia por lo demás—, se llega a una distribución subóptima y, por ende, ineficiente (241). Por otra parte —y este criterio me parece particularmente importante— tenemos que contar con el *derecho dispositivo*; si al lado de su función supletoria, contemplamos su función directiva (*Rahmenfunktion*) tal como ha venido haciendo la jurisprudencia alemana (242) y entre nosotros ya propusiera el profesor De Castro en su conocido discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, allá por el año 1960 (243), si contemplamos su «función directiva», decíamos, encontraremos un *instrumento de control totalmente coherente con la lógica económica*. Porque el derecho dispositivo, en efecto, expresa (al menos como sospecha) la racionalidad del mercado (244); cosa que cabalmente documenta tanto el condicionamiento ideológico de su conformación como el «modelo de los iguales» que está a la base de su plan contractual: «la voluntad presumible de las partes» como «justo equilibrio de intereses» a que se refieren los civilistas más clásicos (245). Razones por las cuales puede muy bien considerarse como límite inmanente a la libertad contractual de la parte más fuerte de la relación (límite que tiene como objeto cancelar las diseconomías externas que la empresa genera sobre el consumidor amparada en su *hold up* monopolístico); su alteración —debido a los ingentes costes terciarios que su-

(240) Cfr. la magnífica y clara exposición de OLIVER, *Law and Economics*, cit., pp. 79 y ss.

(241) Cfr. HORN, *op. cit.*, pp. 321-322. Obviamos aquí —como corresponde— el examen de las tesis críticas de la que podemos denominar «jurisprudencia de mercado»: v. D. HART, *Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato*, en BARCELONA, HART, MUCKENBERGER, *La formación del jurista*, cit., pp. 117, 123, etc.

(242) Idea que ha cristalizado en el pár. 9 de la *AGBGesetz* de 1976 (v., por todos, R. RÄCKER, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, München 1978, pp. 1453-1454).

(243) Vuelto a imprimir por los tipos de Civitas hace escasos años: v. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid 1975, esp. pp. 78 y ss.

(244) Cfr. HORN, *op. cit.*, pp. 322-323.

(245) Cfr., por ejemplo, A. VON TUHR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, trad. esp., I, vol. 1, Buenos Aires 1946, p. 41; y LA RENZ, *Derecho civil. Parte general*, cit., p. 751.

pondría el mero hecho de averiguar si es más eficiente *in concreto*—debería entenderse como signo de una externalidad, que con el control debe mantenerse internalizada. Llegados aquí, forzosamente, debemos detener el tratamiento del tema, para intentar valoraciones de orden más general.

14. Al término de esta reseña —quizá demasiado episódica— de algunos puntos relativos a las que podemos considerar instituciones pilares del ordenamiento patrimonial, estaremos en mejores condiciones para comprender el alcance real de aquel modelo general que se avanzaba en el epígrafe quinto. Se me consentirá, por consiguiente, que vuelva sobre lo que allí se dijo un poco *in terrorem*, en el intento de dejar definitivamente establecidas las relaciones que cada sector del ordenamiento guarda con el sistema de mercado —y no creo necesario ya insistir en el hecho de que todo lo que se pueda decir no alude sino a las «funciones prevalentes» que incumben a cada parte del Derecho privado; pues lo que es claro es que en todas ellas, en mayor o menor medida, conviven, junto a la propia, regulaciones que son características de las otras. Y hecha esta puntualización, el esquema podría repetirse así: Si el Derecho privado expresa la misma lógica que el mercado, su fundación debe ser la *norma de la eficiencia*, el cumplimiento de cuyos dictados, a su vez, —y el argumento es circular—, sólo resulta viable mediante una organización que asegure en todo caso que será la decisión del mercado la llamada a prevalecer. Para ello, el derecho de propiedad asume la tarea de definir y atribuir los «valores» del mercado (sus propiedades jurídicas). Su función es asignar en régimen de *propiedad privada*, que —según sabemos— se presenta como la única forma (o, por lo menos, la más desarrollada) capaz de internalizar *todos* los efectos de los recursos (*recte*: de las actividades que se promuevan en torno a ellos). En realidad al derecho de propiedad compete la misma *definición o constitución del mercado*. Por el contrario, al derecho de los contratos incumbe básicamente la *facilitación del mercado*; tarea que llevará a efecto —según también hemos podido ver— comprimiendo los costes de transferencia de los recursos hacia las que sean sus utilizaciones más satisfactorias. Y cuando el mercado no pueda funcionar, porque el cambio es prohibitivo o involuntario —nos encontramos en el área del derecho de la responsabilidad—, la función del derecho consiste en la *sustitución del mercado*; cosa que llevará a cabo decidiendo, es decir, asignando derechos a quien más beneficien y obligaciones a quien pueda soportarlas con el menor coste (que ambas son caras de una misma moneda: la maximización de la riqueza). Y si esas son sus «funciones», fácilmente se comprenderá por qué se le califica (al Derecho privado) de *mercado hipotético* (Posner) o, acaso más exactamente, de *meta-mercado* (Schwartz) (246). De todo lo cual, lo que se deduce es un motivo

(246) V., sobre este esquema, ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, pp. 40-42; HORN, *op. cit.*, p. 310; y, sobre todo, POLINSKY, *Economic Analysis of Law as Potentially*, cit., pp. 1663-1665.

común (la eficiencia del mercado) que se conduce por itinerarios diversos (definición, facilitación o simulación); la unidad profunda, en suma, que subyace al *common law* y —creo también— al *civil law*. Porque las diferencias entre los derechos de propiedad, de los contratos y delictual no existen sino en la superficie del vocabulario, del detalle, del específico objeto; no existen, desde luego, en los más hondos niveles del método y de los fines (*policy*). Situados en este plano, se trata sólo de producir más utilidad, se logre ésta definiendo un *property right*, diseñando una nueva regla de responsabilidad o distribuyendo un riesgo contractual no previsto hasta el momento. Nada cambia —dice Posner— por el mecanismo utilizado (247).

15. Mas no conviene perder de vista la perspectiva esbozada, en la que a mi juicio se encuentra la clave de análisis de toda la *new law & economics*. Es más, se impone profundizar en esa dirección. La labor de Posner en este sentido se ha detenido en la mera insinuación (248), por lo que ahora es menester que volvamos la vista hacia aquellas otras investigaciones en las que de una manera más reflexiva se ha ensayado un verdadero modelo teórico; un modelo que nos habrá de permitir observar el entero Derecho privado de una manera unificada. El criterio de fondo será el mismo —es decir, *la función creciente del derecho a medida que el mercado va dejando de funcionar a causa de la progresiva aparición de externalidades*—, pero el punto de referencia no tanto un sector del ordenamiento, cuanto un tipo de regla o de protección del derecho subjetivo. El esquema teórico se debe fundamentalmente a Calabresi y a Melamed, quienes, en un trabajo que sin duda será histórico, han articulado por primera vez un concepto general de *entitlement* (el correlato jurídico de la categoría de significación preferentemente económica de *property right*) que es susceptible de una triple protección a tenor de las reglas de propiedad, responsabilidad e inalienabilidad (249). La noción de *entitlement* (o «entitulamiento»), por lo demás, no divergería de nuestra categoría de «derecho subjetivo» —en su acepción más usual— y expresaría, consecuentemente, la atribución al individuo de un poder por el Estado que le legitimaría para actuar en un cierto modo frente a algo o alguien (250).

Cuando examinábamos el problema de los *property rights*, se aludía ya a un primer estadio de la decisión jurídica: Allí intentábamos explicar por qué se atribuyen *property rights* (y, en general, derechos); y allí también insinuábamos que son razones de eficiencia las que hacen intervenir al Estado para que en situaciones de conflicto no rija

(247) Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 179.

(248) Así, por ejemplo, HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 986.

(249) G. CALABRESI y A. D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules*, en *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1089 y ss. Este trabajo resulta seguido muy de cerca por PULTINI, *Regole giuridiche e teoria economica*, cit., pp. 297 y ss.

(250) Cfr. PULTINI, *op. cit.*, p. 306.

el principio del más fuerte (*might makes right*), sino la solución más satisfactoria desde el punto de vista del proceso social de creación de la riqueza (251). Mas el Estado no tiene que decidir sólo qué da y a quién da el derecho; debe asimismo definir cómo protege al destinatario. Y precisamente aquí es donde observamos las tres categorías de derechos (*entitlements*) que acabamos de mencionar, pues la diferencia estriba en la distinta protección de que son merecedores: (i) un derecho se encontrará protegido por una «regla de propiedad» (*property rule*) —a este concepto se reconducen todo tipo de acciones reales, acciones de cesación, cumplimiento *in natura*, etc.; lo que en el *common law* constituye el *injunctive remedy*— en la medida en que cuando alguien pretenda obtenerlo de su titular tiene necesariamente que «comprárselo» en una transacción voluntaria, en la que el valor del derecho mismo se acuerda entre las partes. Se trata ésta de una forma de *entitlement* en la que la intervención del Estado es mínima: la «decisión colectiva» (que, como sabemos, es la denominación que da Calabresi a la decisión intervencionista) sólo tiene lugar para decidir a quién se asigna, pero en ningún caso para determinar el valor del derecho asignado; (ii) un *entitlement* está protegido, en cambio, por una «regla de responsabilidad» (*liability rule*), cuando su valor no venga determinado autónomamente por las partes (en el ámbito, se entiende, de la contratación), sino *more* «autoritario» por el mismo Estado. Obviamente, esta regla de la responsabilidad comporta un estadio más avanzado de intervención: El Estado ahora no se limita a la asignación del derecho, sino que asimismo provee a la estimación de su valor: la destrucción o transferencia del *entitlement* sólo es factible contra el reembolso de un precio que es decidido por algún órgano del Estado y no por las partes afectadas por el cambio; (iii) finalmente, un *entitlement* se hallará tutelado por una «regla de inalienabilidad» (*inalienability rule*) siempre que su transferencia no sea permitida entre un «comprador» que lo quiere adquirir y un «vendedor» que, por su parte, también lo desea transmitir. El Estado en este caso interviene no tanto para determinar a quién está inicialmente asignado el derecho y para fijar la medida de su compensación, cuanto para prohibir su transferencia (bajo determinadas circunstancias) (252). Y aunque cada una de estas normas se revela sustancialmente diferente desde el punto de vista funcional, es evidente que sus finalidades son complementarias: por ello no extrañará que la mayoría de los *entitlements* o de los derechos (sobre la mayor parte de los recursos) sean de carácter mixto: la casa de Cayo estará protegida por una *regla de propiedad* en la medida en que Ticio se la quiera comprar o cuando cualquier tercero se empeñe en entrar en ella; por una *regla de responsabilidad* cuando el Ayuntamiento pretenda expropiársela o cuando Sempronio se la haya destruido; y por una *regla de inalienabilidad* cuando Cayo, el mismo propietario, se encuentre embriagado o sea víctima de una grave ma-

(251) Cfr. CALABRESI-MELAMED, *op. cit.*, pp. 1090 y 1093 y ss.

(252) *Ibid.*, p. 1092.

quinación engañosa (253). A la cuestión de en qué situaciones se preferirá un tipo de protección sobre otro, intento ahora responder desde el punto de vista de la *new law & economics*; es decir, ciñéndome a los dictados de la norma de eficiencia.

La *property rule* ya sabemos cuando entra en juego: *en todas aquellas situaciones en las que en el cambio entre dos operadores no se produce ningún fenómeno de externalidades retenido digno de corrección*. Habida cuenta que el cambio no origina efectos sobre terceros, las partes son completamente libres de tratar entre ellas y de establecer el precio con plena independencia. La regla de la propiedad permite, pues, que sean las valoraciones privadas de las partes las que regulen enteramente sus actividades. Desde el punto de vista económico, la situación descrita es aquella paradigmática del mercado: no requiriéndose suerte alguna de intervención externa, el precio se forma automáticamente en el cruce de la oferta y de la demanda —en el punto del acuerdo (254).

Pero la sociedad no se puede limitar a este tipo de reglas; en multitud de ocasiones deberá echar mano de la *liability rule*. En términos de eficiencia económica no es difícil caer en la cuenta de ello: siempre que la utilidad de alguien dependa de un recurso *unpriced* o impropriadamente *priced* (255); cuando, en suma, *el coste de establecer el valor de un recurso-derecho sea tan grande que el intercambio deviene prohibitivo, siendo éste, sin embargo, óptimo en la escala paretiana*; en todas estas ocasiones, digo, *se hace imprescindible el recurso a la «regla de responsabilidad», la cual, a través de una determinación heterónoma del valor del recurso, facilitará un cambio socialmente deseable*, que, sin embargo, en el ámbito de la *property rule* no tendría lugar, a causa de los altos costes de transacción. Un ejemplo podrá ayudarnos una vez más a comprender las dimensiones reales del problema. Tomaremos el supuesto de la realización de un parque público, porque en él aparecen dos típicos fenómenos de externalidad, que interfieren una correcta formación del precio: me refiero al *hold put* (tendencia a sobrevalorar un bien propio en el trance de su expropiación por motivos de utilidad pública) y el *free loader* (tendencia a infravalorar la utilidad propia que se puede recabar de un bien o de un servicio públicos). Supongamos que el terreno sobre el que se proyecta realizar el parque pertenece a varios propietarios individuales. Todos ellos tratarán de sobreestimar el valor de su parcela, contando con el hecho de que la suma total de todas las pretensiones iguala en todo caso a la cantidad que el adquirente está dispuesto a abonar. Los adquirentes —es decir, aquellos vecinos que tendrán que sufragar el precio de la expropiación, aunque jurídicamente la titularidad corresponda al ente público local— probablemente tenderán a subvalorar la utilidad efectiva que obtendrán de la

(253) *Ibidem*.

(254) Cfr. PULITINI, *op. cit.*, p. 313.

(255) Esta es la célebre definición que Mishan hiciera de la «externalidad» (*apud*. MCKEAN, *Property Rights within Government*, cit., p. 177).

realización del parque público, contando con el hecho de que la suma de la oferta que ellos efectúen será por lo menos igual a la cantidad que demanda el colectivo de los propietarios. Con un mecanismo de mercado puro probablemente no se llegaría en ningún caso —si tenemos en cuenta esas interferencias en la formación de los precios— a una solución positiva o si se llegase sería con el inútil derroche de haber satisfecho muchos costes de transacción. Por ello, posiblemente se estimará más eficiente intervenir: se pasará en ese momento de la protección a través de una «regla de propiedad» a la protección mediante una «regla de responsabilidad»; pues —como sabemos— ésta comporta una valoración colectiva (estatal) de los respectivos derechos de los propietarios y de los ciudadanos que deberán disfrutar del parque. Una tercera entidad estimará el precio de la supresión del *entitlement* a sus legítimos titulares y asimismo el impuesto o contribución que cada vecino del barrio deberá satisfacer a cambio del beneficio que se le concede (256). Otro ejemplo nos lo puede proporcionar la tortuosa materia de los accidentes de tráfico. Si se atribuyese a todos los peatones un derecho a no ser dañado en accidente que estuviese, sin embargo, protegido por una «regla de propiedad» —recordemos que la «regla del contrato» se incluye dentro de la *property rule*, de la que no es sino una «provincia»— habría que requerir a todos los operadores que circulan en automóvil (y que por tanto realizan actividades que pueden dañar a los peatones) para que «comprasen» el derecho a lesionar una mano o a romper una pierna, etc. Tales negociaciones «pre-accidentes», a nadie se le oculta, serían extremadamente costosas, frecuentemente prohibitivas (257). Requerir eso, precluiría el ejercicio de muchas actividades que desde el punto de vista económico generan más riqueza de la que destruyen (por ejemplo, viajar por autopistas o circular por la ciudad). Razón por la cual se desplaza la decisión sobre el valor de esos derechos a un tercero (normalmente el juez) que naturalmente decide *ex-post* (258). Para nuestros propósitos será suficiente anotar aquí que el fundamento último para proteger un derecho con una regla de responsabilidad consiste en el hecho de que la valoración del mercado es deficiente o imposible: hay «fallos del mercado».

Permanecen todavía por considerar aquellos *entitlements* cuya protección comporta un grado todavía mayor de intervención: el Derecho reglamenta en estas hipótesis la posibilidad misma de la transmisión del derecho y así, por ejemplo, prescribe condiciones a las que debe someterse la «venta», cuando no prohíbe tajantemente la transferencia. Aunque estas «reglas de inalienabilidad» se presentan sustancialmente diversas de las ya examinadas, el recurso a ellas también puede ser analizado en términos de eficiencia. Porque aunque a primera vista pueda parecer que los objetivos eficientistas se vean socabados por las limitaciones puestas a las transacciones, un análisis más afinado pronto

(256) Cfr. CALABRESI-MELAMED, *op. cit.*, pp. 1106-1107.

(257) A veces, sin embargo, no son costosas: v. *retro* nota 153.

(258) *Ibid.*, p. 1109.

nos convencerá de que la eficiencia se consigue cabalmente cancelando las transacciones. Esto ocurre —como era de esperar— cuando los cambios puedan ocasionar externalidades considerables. Calabresi nos ofrece un ejemplo muy interesante: si a Cayo le estuviese permitido vender su parcela en la urbanización a Ticio (que es una empresa que poluciona), estaría con ello dañando a su vecino Sempronio, pues, entre otras razones, haría decrecer el valor de su casa en el mercado inmobiliario. Sempronio, hipotéticamente, podría pagar a Cayo para que no le vendiese su parcela a Ticio; mas, debido al hecho de que existen muchos Sempronios (todos sus vecinos) los costes de información y de transacción harían inviables tales transmisiones (la regla de propiedad se muestra claramente ineficiente). El Estado, sin embargo, podría tutelar a esos vecinos que he llamado Sempronio asignándoles un derecho para prevenir la venta de Cayo, pero sólo protegido por una regla de responsabilidad (facilitando así la transmisión). Se podría, por ejemplo, crear una tasa que gravase todas las ventas de parcelas urbanizadas a empresas «polucionadoras» que fuese igual al coste externo que la venta infiere a los vecinos. Pero siempre que los vecinos dañados fuesen muchos, de tal forma que el precio referido bajo la regla de responsabilidad fuese tan alto que nadie estuviese dispuesto a pagarlo, en estos casos, digo, sería conveniente instaurar una nueva regla: la inalienabilidad a empresas polucionadoras de parcelas sitas en urbanizaciones. Prohibiendo dichas ventas se lograría, es claro, el resultado más eficiente, ya que en todas estas hipótesis parece evidente que evitar la polución resulta más barato que prevenir sus costes —es decir, las externalidades que se proyectan sobre el vecindario— (259). La regla de la inalienabilidad se adapta asimismo a toda una serie de supuestos que sin duda ya estarán en la mente de todos: Cuando los costes externos no son monetizables (porque cualquier intento en ese sentido se revela arbitrario) parece ser la regla más correcta. Si Cayo vende su cuerpo, es muy probable que Ticio se sienta infeliz (coste externo), ya que —imaginemos— cree profundamente en la libertad y repudia la esclavitud. Otra vez, Ticio podría pagar a Cayo para que no vendiese su cuerpo... (se repite el razonamiento anterior). En este caso —siguiendo la argumentación de Musgrave— se puede decir que el derecho prohíbe la venta del propio cuerpo porque la diseconomía externa (de tipo moral en este caso) sería de naturaleza tal que haría ineficiente la esclavitud misma (260). Hay por último otras dos razones que dicta la eficiencia por las cuales la «venta» de *entitlements* queda prohibida en determinadas circunstancias. Tenemos así, por una parte, lo que acostumbra a calificarse de *self-paternalism*, que a pesar del nombre se muestra como una norma perfectamente coherente con el óptimo de Pareto. Aquí debemos incluir todos aquellos supuestos en los que se niega al individuo la posibilidad de que haga una valoración de su derecho a corto plazo y se hace una estimación heterónoma a largo plazo (que coincidiría con la del individuo en cuestión, si

(259) *Ibid.*, p. 1111.

(260) *Apud.* PULITINI, *op. cit.*, p. 316.

fuese *homo oeconomicus* en las circunstancias del caso); así se explican situaciones de inalienabilidad tales como la invalidez de los contratos «perfeccionados» bajo coacción, violencia, dolo, error, etc. Por otra parte, tenemos lo que se denomina *true paternalism* que, con consideraciones análogas explica, por ejemplo, la prohibición de muchas actividades a los menores (incapacidad). Esta regla se basa en la idea de que Cayo (un tercero) conoce mejor que Ticio (el menor) lo que maximiza su función de utilidad; por ello, Ticio no puede disponer de su derecho, sino que esta competencia viene asignada a Cayo (su representante, verdadero *homo oeconomicus*) (261).

El esquema trazado, es cierto, no pasa de ser una «vista de la catedral» (262), un modelo (entre tantos) de construcción y comprensión; pero se convendrá que puede ser extremadamente útil para la inteligencia del sistema jurídico y aun para la resolución de conflictos concretos (263). Precisamente porque delimita los distintos tipos de normas de decisión a las que recurre el ordenamiento jurídico para lograr la eficiencia (264). Pero sería erróneo entender que la decisión de mercado sólo triunfa en el ámbito de la regla de propiedad (y contrato); en realidad es la que acaba imponiéndose en todas las reglas de protección: el sentido de la *intervención* es cabalmente el de sustituir la que sería la distribución de recursos del mercado, en aquellos supuestos en que éste, *realmente*, no trabaja de forma satisfactoria, pues se detectan «fallos de mercado» —que en la clasificación de Bator serían las *externalidades*, los *bienes públicos* y *monopolios* (aunque estas dos últimas categorías son incluibles dentro de la primera y más general de las *externalities*) (265). Por ello el esquema de normas de protección trazado por Calabresi entronca perfectamente con el modelo general de relación entre el Derecho privado y el sistema de mercado que hemos venido tematizando a lo largo de toda la exposición; y entronca precisamente al poner de manifiesto las que hemos llamado *prevalencias funcionales* de cada sector: la «regla de propie-

(261) Cfr. CALABRESI-MELAMED, *op. cit.*, pp. 1113-1114.

(262) Estas palabras de los mismos autores *ibid*, pp. 1089-1090, nota 2, me parecen especialmente significativas al respecto: «Since a fully integrated approach is probably imposible, it should be emphasized that this article concerns only one possible way of looking at and analysing legal problems [...] this article es meant to be only one of Monet's painting of the Cathedral at Rouen. To understand the Cathedral one must see all of them».

(263) Significativo el estudio de la polución realizado por Michelmann utilizando estas tres reglas: v. F. MICHELMANN, *Pollution as a Tort: A Non-Accidental Perspective on Calabresis'Cost*, en *Yale Law Journal*, vol. 70, 1971, pp. 647 y ss. Y, recientemente, en un estudio exquisitamente economicista, la perspectiva ha servido a A. M. POLINSKY, *Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Right, Liability Rule and Tax-Subsidy Approaches*, en *Journal of Legal Studies*, vol. 8, 1979, pp. 1 y ss.

(264) Por ello no puedo estar de acuerdo con PULITINI (*op. cit.*, p. 317), cuando señala que estas reglas que examinamos son el correlato jurídico de formas de organización económica *diversas*; y, en concreto, de el mercado, la economía mixta y la economía colectivista.

(265) Así, DAHLMAN, *The Problem of Externality*, cit., p. 142, nota 4.

dad» en el derecho de propiedad y contratos; y la «regla de la responsabilidad» en el derecho del delito civil. La «regla de la inalienabilidad» (muy distinta a las demás) juega para definir las condiciones mismas de funcionamiento del mercado (y con él, del resto del Derecho privado): que los operadores sean realmente *homines oeconomici*.

IV

16. Como ya indicaba en el umbral de estas páginas, la finalidad preferentemente informativa con que fueron concebidas no podía (ni debía) excluir una primera *aproximación crítica* al modelo (tanto hermenéutico como axiológico —ideológico, si así se prefiere) que, para el estudio del Derecho privado, parece derivarse de la *new law & economics literature*. Aunque vayan dirigidas más bien a detectar puntos débiles y proyecciones «peligrosas» que a efectuar un diagnóstico exhaustivo, algunas consideraciones críticas me parecían, pues, de rigor a la hora de cerrar estas líneas. La discusión gravitará en torno a dos temas capitales (a los que seguirá una insinuación) que el lector con seguridad ya habrá advertido: (i) la primera cuestión es de orden preferentemente metodológico y concierne al alcance de la teoría económica en la investigación interdisciplinar del universo jurídico. Al respecto, se intentará matizar ese carácter pretendidamente *totalizante* y *superior* con que se quiere imponer el análisis económico en punto a la explicación del derecho (266). (ii) La segunda cuestión a plantear suscita un tema más de fondo, de naturaleza, se podría decir, *político-jurídica*. Se tratará de examinar si las directivas que, para la formulación e interpretación del derecho, emergen del análisis económico —i.e.: el principio de eficiencia— son (y, de serlo, en qué medida) congruentes, primero, con la economía del bienestar y, después, con los postulados de valor del ordenamiento actual que, a falta de denominación más precisa, llamaré ordenamiento del Estado social (267). Este último punto quedará, sin embargo, únicamente insinuado.

(266) Escribe POSNER (*sic*): «Whatever its deficiencies, the economic theory of law seems [...] the best positive theory of law extant» (*The Economic Approach to Law*, cit., p. 774. Y no creo haber escamoteado el pensamiento del autor desplazando estas palabras de su contexto). Sobre ese carácter «totalizador» a que me refiero en el texto, resultarán iluminantes las páginas del prólogo de G. BECKER a su *Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976, pp. 3-14, traducido ahora al castellano bajo el título de *El enfoque económico del comportamiento humano*, en *Información Comercial Española*, enero 1980, pp. 11 y ss.

(267) Por lo demás estoy plenamente convencido que la aludida cláusula constitucional de la *estatalidad social* señala la identidad característica del sistema jurídico de nuestros días. V., desde una posición ciertamente moderada (y entre una literatura hoy ya sin contención), T. RAMM, *Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des B.G.B., I*, München 1974, pp. 93 y ss., y 123 y ss.

Las tesis de las que arranca cada una de estas reflexiones críticas pueden quedar formuladas así: (i) el análisis económico del derecho sólo representa «un punto de vista de la catedral»; (ii) la eficiencia económica como directiva político-jurídica (*policy-guide*) presupone el *ceteris paribus* en las demás condiciones (es decir, la satisfacción de otros valores socialmente vigentes). Tesis ambas que, desde ángulos diversos, expresan la clave de la crítica que se intenta desarrollar: la relatividad del análisis económico del derecho; el carácter visiblemente *reduccionista* de su perspectiva (268). Esto supuesto, es obvio que muchos otros aspectos de la crítica —algunos de los cuales ciertamente escapan a mi competencia— deben quedar remitidos en esta ocasión (269).

17. Vayamos al primer punto. «Es característico de la época en que vivimos —señalaba ya hace algunos años uno de los «padres» de

(268) G. BRUGGEMEIER (*Zeitgemässe Privatrechtstheorie als Aufgabe*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 64, 1978, pp. 93-94), aunque un poco de pasada, se refiere al reduccionismo economicista del análisis económico del derecho para oponerlo a otro tipo de reduccionismo que surgen en la moderna teoría del derecho privado; concretamente al reduccionismo *político* de un cierto sector de la doctrina alemana e incluso al mismo reduccionismo *jurídico*, que bajo peligrosas formas de *Begriffsjurisprudenz*, parece resurgir como respuesta a la actual crisis metodológica que atraviesa la ciencia jurídica. Relativamente a la *new law & economics*, sin embargo, ha sido MICHELMANN, *Norms and Normativity*, cit., pp. 1044-1047, quien más ha insistido en su visión reductora y unidimensional.

(269) La crítica *económica* se ha desarrollado básicamente en torno a los axiomas que soportan el paradigma del *free-market* como modelo de decisión jurídica y de distribución social de los recursos; es decir, (i) el axioma de la nulidad de los costes de transacción; (ii) el axioma de la convexidad; y (iii) el axioma de la nulidad de los costes de redistribución de la riqueza; v., sobre todo, POLINSKY, *Economic Analysis of Law as Potentially*, cit., pp. 1671 y ss., y HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, pp. 988 y ss. (e *ibi* ulteriores indicaciones bibliográficas). V. también ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., pp. 302-305. Para el examen de algunos defectos técnicos en que incurre Posner al realizar el análisis económico, v. DIAMOND, *Posner's Economic Analysis of Law*, cit., pp. 295-296.

La crítica *filosófica* (filosofía moral y filosofía del derecho), aunque se hagan algunas referencias, debe también quedar remitida. En el panorama americano, toda la discusión se mantiene dentro de las diversas corrientes de la filosofía *liberal*. Bastará reenviar a A. COLEMAN, *Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*, en *California Law Review*, vol. 68, 1980, e *ibi* más referencias. Tema distinto es la crítica *moral*; postula ésta la subordinación de la economía a la ética, partiendo, claro está, de que la hipótesis «hedonista» del *homo oeconomicus* no es consistente: el hombre es «metaegoísta». A tales efectos remitimos a un viejo e interesante libro de G. DEL VECCHIO, *Diritto ed economia*, Roma 1954 (1.ª ed.: 1935), esp., pp. 9 y ss. y 30 y ss.

El trabajo crítico general de más amplias perspectivas se debe sin duda a A. LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, cit., pp. 151 y ss. Las dudas avanzadas por este autor son contestadas, no con mucha fortuna, por el mismo POSNER, *Economic Approach to Law*, pp. 772 y ss. Una valoración crítica de esta respuesta posneriana puede recabarse de ALPA, *Colpa e responsabilità*, cit., pp. 441 y ss.

la Escuela de Chicago— pensar demasiado en términos económicos; observar las cosas predominantemente en su vertiente económica; y esto es especialmente cierto respecto de la gente americana —no por azar el nuevo método es un producto típicamente «USA»—. No hay prerrequisito más importante para entender la misma teoría económica —concluía nuestro autor— que el reconocimiento de su lugar limitado entre los intereses humanos en general» (F. Knight, *The Economic Organization*) (270). La cita, muy significativa por su proveniencia, introduce lúcidamente nuestra tesis: el análisis económico no constituye más que una de las «vistas de la catedral» (como reza el título de un celebrado escrito de Calabresi) (271). Esta afirmación, tan llana y simple —y que, por supuesto, incluye nuestro convencimiento sobre la existencia de un área de *especificidad inmanente* de la ciencia jurídica, tanto de formas mentales (*Denkformen*) como de puntos de vista valorativos y metas (272), resulta, sin embargo, de absoluto rigor toda vez que parece negarse de raíz por el mismo modelo del análisis económico que se presenta a sí mismo como un punto de vista omnicomprendivo (*all-pervasive approach*, dirá Baker), como el método general para la inteligencia de la realidad: el economista (o el llamado *lawyer-economist*), portador de nuevo sistema analítico y axiológico sustituye al jurista, cuyo tipo de saber se considera un tanto «prehistórico» y propone la única perspectiva válida (273). A poco que se medite sobre el tema —ésta es al menos mi impresión personal tras la lectura de algunas investigaciones sobre instituciones concretas (274)— lo que parece latir bajo el proyecto economicista es un verda-

(270) *Apud* POLINSKY, *op. últ. cit.*, p. 1658.

(271) Como tesis ha sido formulada por KIRCHNER, *Okonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 78, en los siguientes términos «[L]os problemas jurídicos pueden ser discutidos en planos diversos; entre ellos (pero no exclusivamente) en el plano económico».

(272) Cfr. KIRCHNER, *op. últ. cit.*, p. 19.

(273) V. *retro*, n. 3. Pero el autor que allí citábamos, el mismo KLEVRICK (*Law and Economic Theory*, cit., p. 243) ya nos pone alerta de un peligro de toda orientación: el *imperialismo intelectual* del economista que afirma la economía como *scientia scientiarum*. «Su papel—como muy bien señala LOVETT, *Economic Analysis and Its Role un Legal Education*, cit., p. 404—es simplemente enriquecer, no suplantar [la ciencia del derecho]». V. HORN, *op. cit.*, pp. 331-332; y ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., pp. 33 y ss. en parecido sentido.

(274) El lector interesado puede ojear, por ejemplo, el trabajo de BARTON, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, cit., pp. 272 y ss. —de factura impecable, por lo demás— y pronto percibirá una cierta sensación de extrañeza: el recurso a una sofisticada «gramática» para expresar nociones relativamente simples. Sin duda, bajo ello, hay una cierta fascinación por el rigor y aparato característico de la ciencia económica (tantas veces mutuado de las matemáticas). Con ello, no quisiera, por supuesto, disculpar mi ignorancia. Estoy convencido de que «los números—como advertía Carnelutti— a quien los sabe entender sirven para comprender cosas que no llegan a entenderse con las palabras». «Que nosotros juristas, por desgracia, en la gran mayoría, no sepamos matemáticas es

dero malentendido sobre la naturaleza *científica* de los estudios jurídicos. Se estima —de acuerdo sin duda con una visión «naturalista» de la ciencia— que «la aplicación de las teorías y métodos empíricos de la economía a las instituciones centrales del sistema jurídico» puede redimir el saber jurídico del área oscura del conocimiento práctico y elevarlo a la categoría superior del pensamiento científico (275). Unas palabras del mismo Posner servirán para confirmar esta impresión. En el volumen primero de la revista que él mismo edita —el «órgano de difusión» fundamental de la *new law & economics*— escribía: «El objetivo del *Journal [of Legal Studies]* es alentar la aplicación de métodos científicos al estudio del sistema jurídico. Como la biología es a los organismos vivos, la astronomía a las estrellas o la teoría económica al sistema de precios, así deberían ser los estudios jurídicos al sistema legal: un esfuerzo por hacer observaciones precisas, objetivas y sistemáticas de cómo opera realmente el sistema jurídico y por descubrir y explicar las pautas recurrentes en tales observaciones —las «leyes» del sistema. Aunque ya ha sido hecho —concluye— mucho trabajo pionero de alta distinción, es claro que nuestro objeto [el derecho] se encuentra todavía en su estadio precientífico» (276). ¡Y esto dicho en 1972! El carácter mixtificante del aserto (en lo que dice y en lo que calla) me parece manifiesto; y me lo parece, de un lado, por el tono marcadamente normativo que regularmente asume la práctica del análisis económico del derecho (esto, lo que calla); de otro, porque si bien la moderna teoría de la ciencia ha destacado el carácter cada vez más nebuloso de la distinción entre ciencias físicas y sociales (de la naturaleza y del espíritu en la clásica fórmula de Dilthey), lo ha hecho precisamente desde la perspectiva de la crisis del «modelo naturalista» de ciencia (277), que es el que Posner, en el fondo, se esfuerza por rescatar. Pero no voy a detenerme más sobre

un cuento; que no nos interese conocerlas es otro. La primera es una ignorancia de la cual hasta un cierto punto no tenemos culpa [...]. Pero el desinterés, en cambio, sería signo de una mezquindad lógica, que nos debiera avergonzar» (*apud* PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., pp. 743, nota 27).

(275) Cfr. POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., p. 759. A más de uno vendrá a la mente la distinción entre lógica *retórica* (argumentativa) y lógica *formal* (demostrativa); y le parecerá así que la aspiración del análisis económico del derecho no es otra que la de introducir en el estudio jurídico una lógica del segundo tipo (cuyas conclusiones se explican en términos de falsedad/certeza) (v. C. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. esp. Madrid 1979 *passim*, especialmente, pp. 139 y ss.).

(276) R. H. POSNER, *Volume One of the Journal of Legal Studies. An Afterword*, cit., p. 437. Razón por la cual será acusado de formalista (v., sobre todo, LEFF, *Economic Analysis of Law: Some Realism about Nominalism*, cit., pp. 453 y ss.).

(277) Como lo documentan la física cuántica o el principio de indeterminación de Heisenberg. Así enfocado, el tema puede perseguirse en las bellísimas páginas de F. K. BEUTEL, *Experimental Jurisprudence and the Scienstate*, Bielefeld (Alemania) 1975, pp. 53 y ss., con abundante información bibliográfica.

ello; creo que todos los juristas conocen sobradamente este «viejo tema» (278).

El derecho como experiencia (si ésta debe ser su identidad en la tradición anglosajona) se proyecta sobre un plano multidimensional en el que no existen explicaciones *unitarias*: el análisis económico del derecho constituye —nada más, aunque nada menos— la visión de un plano singular (*single plane approach*) (279). La posición un tanto dogmática de Posner revelaría —ha señalado con gracia un recensor— la «furia del converso» a un nuevo dominio: el propio de la economía (280). Y así se explica la respuesta que Posner mismo ha adelantado a la objeción que examinamos —que en las instituciones jurídicas hay *mucho más* que mera racionalidad económica—, ciertamente descaminada. Esta crítica —dice— refleja un malentendido sobre la naturaleza del trabajo científico. Una teoría científica —prosigue— necesariamente se abstrae de la experiencia que trata de explicar y necesariamente es «no-realista» (*unrealistic*) cuando se la compara con las condiciones reales. La teoría económica del derecho no es apta ciertamente para captar la complejidad, riqueza y confusión de los fenómenos que trata de iluminar. «La falta de realismo —concluye— no invalida la teoría; [antes bien, constituye] preconditione esencial de toda teoría» (281). La debilidad de la «justificación» es, otra vez, manifiesta: el fenómeno de la abstracción —que, por otra parte, no postula la irrealidad— se proyecta sobre un determinado plano de la experiencia (el económico, en el caso), sin que por ello acierte a explicar los restantes, que es lo que, a fin de cuentas, se pretende. Nuevamente, un tipo de razonamiento metonímico (*pars pro toto*) —rechazado, por lo demás, por la lógica científica— conduce a la mixtificación.

El tema no precisa por el momento de mayores consideraciones. Ahora bien, circunscrito a un área específica y a un plano de análisis carente de pretensiones de exclusividad, a nadie se le oculta el enorme interés de la teoría económica —como «elemento parcial», repito, y no como «modelo» (282)— para el estudio del derecho. En este sentido, nos situamos en la óptica de la verdadera interdisciplinariedad, más que en aquella de la ultradisciplinariedad que constituiría el afán último de los juristas de Chicago (283). Y en dicha óptica, me parece, hemos de saludar muy positivamente la nueva orientación, aunque

(278) V. al respecto las atinadas precisiones de LEFF, *Law and*, cit., pp. 1006 y ss.

(279) *Ibid*, p. 1009.

(280) Cfr. HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 976.

(281) POSNER, *Economic Approach to Law*, cit., pp. 733-734. Por supuesto, conviene aclararlo, nos estamos refiriendo a una orientación muy concreta de la *new law & economics*, la asociada a la Escuela de Chicago. Otras tendencias, se muestran en una línea totalmente opuesta. V. en este sentido las sensatas palabras de CALABRESI, *Costo degli Incidenti*, cit., pp. 30-41, 379 y ss.

(282) Cfr. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., pp. 24 y 53 y ss., donde se explican esas «palabras».

(283) Cfr. KIRCHNER, *op. últ. cit.*, p. 77.

sólo sea por ese renovador esfuerzo de estudiar el *derecho fuera del derecho* (284). Para quien acepte al menos esta base del debate, no debieran existir rémoras a la hora de reconocer que el análisis económico ofrece o puede ofrecer claves importantes para revisar y desarrollar tantos puntos centrales del sistema jurídico, en una perspectiva, si se quiere, heterodoxa, pero que bien administrada promete fecundos resultados. Aunque celosa de su especificidad, la ciencia jurídica está abierta a otras ramas del saber (285).

Esforcémonos ahora por concretar un poco los límites de la referida interdisciplinariedad (aunque el tema, sustancialmente, se remite a los epígrafes sucesivos, habida cuenta de que el *economic analysis of law*, más allá de un método, postula criterios de valor propios, sobre los que, con específica idiosincracia, organiza su peculiar «lógica constructiva»). Al respecto, no será ociosa, sin embargo, una advertencia previa. Se afirma que en la medida en que la teoría económica no sea entendida erróneamente como el único depositario de principios y técnicas de evaluación, su utilización inteligente puede permitir al estudioso «correr el velo de la retórica» (*pierce the veil of rethoric*, como en la persona jurídica) y llegar a conocer los datos normativos reales que yacen bajo la superficie de cualquier *quaestio iuris* (286). De acuerdo; pero precisando que su papel (de la teoría económica) debe configurarse como *subordinado*, puesto que, debido a la estructura normativa del conocimiento jurídico (i.e.: la necesidad de que el «conocedor» acate el mandato de la norma), debe quedar en todo caso garantizada la positividad (política, si se quiere) del derecho vigente, de la *lex data*; en esta perspectiva *dogmática* en la que se viene a situar el análisis económico —la perspectiva del «conocimiento y desarrollo del derecho vigente, sea éste objetivo, jurisprudencial o contractual» (287)— corresponde exclusivamente al jurista determinar qué tipo de decisión registra la norma, así como el contenido de la misma (288). Ciertamente y con el mismo vigor, podemos admitir la

(284) Incluso en el ámbito anglosajón, de una fuerte tradición *realista*, se ha observado un «sorprendente» interés por el *non-judicial approach* (v. CARRINGTON, en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1974, 1974, p. 190 y B. ACKERMAN, *On the Role of Economic Analysis of Property Law*, en ACKERMAN (ed.) *Economic Foundations of Property Law*, cit., pp. vii y ss.

(285) Sobre el problema general del trabajo interdisciplinar en el campo del derecho, reenvió a D. GRIMM (ed.) *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, I y II, München 1976, que, entre la ingente bibliografía sobre la materia, constituye quizá la obra de referencia más recurrente en la literatura europea.

(286) La afirmación es importante por provenir de un «analista» (cfr. ACKERMAN, *op. últ. cit.*, p. xiv).

(287) Cfr. F. RITTNER, *Die Rechtswissenschaft als Teil der Sozialwissenschaften*, en AA. VV., *Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften*, Karlsruhe 1967, pp. 109-112. La elección de la referencia no es arbitraria: remitiéndome a una exposición clásica, afirmo, en cierto modo, la necesidad de seguir pensando en términos del principio de «legalidad», aunque sea consciente de su crisis: el principio de «efectividad» sólo podría introducirse en los márgenes de aquél.

(288) «En buena medida —señala prudentemente HORN (*op. cit.*, p. 333)— la aplicabilidad práctica del análisis económico depende de la necesidad de

autonomía del análisis económico bajo la óptica de *iure condendo*: la autonomía del llamado «análisis normativo»; mas advirtiendo que nos encontramos aquí fuera de la ciencia *dogmática* y del *derecho*: «[E]l derecho es un ordenamiento auto-sustitutivo; el derecho puede ser sustituido sólo mediante derecho», afirmación con la cual Luhman pone fuera de la órbita de la argumentación jurídica el pensamiento de *lege ferenda*, que carece de valor normativo, y únicamente goza de la sensatez de quien, a título particular, emite un juicio de valor (289). En el análisis positivo del derecho (el que nos interesa y constituye el objeto de la ciencia jurídica positiva) pues, la eventual contribución del análisis económico debe quedar ceñida a la formulación de *teorías de medio alcance* (290). Teorías que constituyen escalones intermedios en la determinación final del sentido y el contenido de la norma, que incumbe al jurista: Posner —alguien lo ha señalado— no ha dicho la «última palabra» en ningún tema. Así concebido, el análisis económico puede ser objeto de un aprovechamiento fecundo, si no se olvidan —como puntualmente ha recordado Horn— los peligros de la aparente precisión de los conceptos económicos y no se trata a cualquier precio de sustituir los conceptos y esquemas de la dogmática jurídica por los «nuevos vestidos del Emperador» venidos del guardarropá de la teoría económica del derecho (291) —aunque esta autonomía conceptual de la ciencia jurídica deba ir oportunamente precisada si se tiene en cuenta el tradicional recelo del jurista al diálogo interdisciplinar (292).

La última observación que conviene avanzar en esta sede, advertido ya que la economía no puede constituirse en ciencia general de la sociedad, se refiere al hecho de que allí donde el derecho ha sido diseñado con arreglo al principio de socialización del mercado (y no todo el ordenamiento —lleno de fracturas— lo ha sido), allí es donde la tarea del análisis económico será preponderante. Quiero con ello significar que, mientras el análisis económico puede resultar de especial interés en el ámbito del derecho privado —y no en todos sus sectores con igual intensidad— su funcionalidad debe considerarse mucho más subordinada en otras áreas (v.g., Derecho constitucional o Derecho de familia), por más que Posner se empeñe en afirmar lo

reintroducir en la investigación la diferencia fundamental entre decisiones jurídicas y decisiones del mercado (diferencia que el análisis económico había cancelado, haciendo prevalecer a toda costa la decisión del mercado). Las decisiones de mercado vienen hechas a través de votos en el mercado; las decisiones jurídicas en base fundamentalmente a un consenso político formalizado».

(289) Cfr. LUHMAN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit., pp. 51-52.

(290) Así HORN, *op. cit.*, p. 331. Cfr. también, KIRCHNER, *op. ult. cit.*, pp. 85-86 y M. HUTTER, *Über eine Alternative zur neoklassischen ökonomischen Analyse des Rechts*, cit., pp. 642 y ss.

(291) Cfr. HORN, *op. loc. ultt. citt.*

(292) Cfr. KIRCHNER, *op. ult. cit.*, pp. 84-85. Este recelo podría explicarse en el «pensamiento de la división positivista como expresión de la más alta científicidad» (W. HENNIS, *apud* RITTNER, *op. ult. cit.*, p. 121).

contrario (v., simplemente, el índice de su manual para corroborar esta impresión).

18. Mas el «análisis económico del derecho» —como fórmula que designa ahora toda una labor ya consagrada en el seno de la cultura jurídica de nuestros días— no ciñe sus propósitos a la elaboración de ciertas categorías de análisis y de una peculiar metodología, con las que pretende desplazar las correspondientes de la ciencia jurídica; opta asimismo por invadir la jurisprudencia en el plano axiológico, interpretando y «reproponiendo» el derecho con arreglo a su peculiar *razón política* —que no es otra que la que enraiza con la teoría económica individualista (293), del pensamiento económico neoclásico de cuya herencia se considera el albacea contemporáneo. Probablemente esta cuestión es inseparable de la precedentemente examinada; por razones expositivas, sin embargo, he preferido referirme allí a un aspecto general del problema y aquí a uno de significación más concreta.

En las primeras páginas del presente estudio (v. *retro*, nn. 4 y 5) calificaba la *mediación normativa* la conexión que entre los órdenes jurídico y económico postulaba la *new law & economics*; y allí se daba a entender también que parecía pretensión de la nueva línea de pensamiento el predicar la legitimidad misma de las normas jurídicas en función de su coherencia económica; coherencia esa que —como reiteradamente hemos tenido oportunidad de constatar— se condensa en la «norma de eficiencia» o «principio de maximización de la riqueza» (294). Me propongo ahora poner en entredicho el referido principio de evaluación (político-jurídica) y abrir así la estrecha perspectiva en la que parece moverse la investigación de los juristas de Chicago, conservando la discusión, sin embargo, en el marco de la teoría económica del bienestar (*Welfare Economics*) y cerrando el examen, por consiguiente, a la perspectiva de la economía marxista. La tesis de partida, como ya se ha anticipado, expresa que únicamente en paridad de toda otra condición, la eficiencia es un valor socialmente positivo. Enunciada de este modo, la tesis descarga todas las tensiones —como no será difícil advertir— sobre el *ceteris paribus*, esto es, sobre el resto de valores socialmente (y jurídicamente) relevantes que no encajan perfectamente entre los dictados de la eficiencia (295). Queremos decir que la realización de la «eficiencia económica» puede, si acaso, ser uno de los objetivos que debe perseguir la interpretación o proyección de un programa de normación de los intereses privados;

(293) Cfr. el iluminante ensayo de FOLEY, *Economic Theory and Ideology*, cit., pp. 231 y ss. Por lo demás, esa «razón política» es la misma que la del derecho privado clásico: «La economía política de Adam Smith es la teoría normativa del tráfico de mercado» (cfr. BRUGGEMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 18-19).

(294) La exposición más acabada sobre el tema se debe, una vez más, a POSNER, en *Utilitarianism, Economics and Legal Theory*, cit., pp. 119 y ss.

(295) La formulación la recojo de PARDOLESI, *Analisi economica e diritto dei contratti*, cit., p. 739.

pero no ciertamente el único objetivo que se debe poner el jurista; aún menos puede constituir la única directriz (emergente de las relaciones de mercado) que se deba observar en la revisión o refundación de las reglas jurídicas. Y de entre todas las tensiones que se remitían al «*ceteris paribus*», importa ahora referirse a una muy concreta; a aquélla que se origina con el principio de redistribución de la renta (a la que, por lo demás, pueden considerarse reconducidas las restantes). Tocamos así el verdadero *punctum dolens* de la entera teoría económica del derecho.

No creo equivocarme mucho si afirmo que la crítica fundamental que se ha sacudido los mismos cimientos del análisis económico proviene de su explícita renuncia a evaluar el derecho *también* desde el punto de vista de la «equidad», de la «justicia, de la «ética social», que todos son conceptos (llenos de bruma, si se quiere, pero significativos) con los que la literatura quiere invocar el problema más específicamente económico de la *distribución de la renta o de la riqueza* (296). Las cosas serían muy simples —se arguye— si la eficiencia pudiera ser rigurosamente defendida como el único y último objetivo que debe promover el derecho. La realidad, que es más compleja, descubre cómo a menudo la eficiencia [basada únicamente en la suma total de utilidades individuales —no en vano la fórmula de Pareto define un enfoque individualista del bienestar social: $W = W(U^1, U^2, \dots, U^n)$, donde W es el bienestar social y U cada una de las utilidades de los s individuos—], como a menudo la eficiencia, decíamos, entra en colisión con la equidad, en cuyo caso —y no creo necesario documentar la conclusión— se impone, y de manera inexcusable, la corrección del criterio maximizador en beneficio de una más justa distribución social de la renta. Aquí —como señala Köhler— la distribución sub-óptima de los recursos es el precio económico que hay que satisfacer en aras de la justicia social. En la formulación de las reglas jurídicas, pues, habría que seguir dos pasos sucesivos: (i) primero, la disposición de mecanismos redistributivos de renta que tiendan hacia la composición que se considere más deseable; y (ii) después, la facilitación y, en su caso, la sustitución por simulación de la decisión de mercado, que, por hipótesis, conduce a la más eficiente distribución de los recursos (297). Esta conclusión,

(296) POSNER negará el problema en su raíz, alegando que la justicia es la eficiencia (cfr. *Economic Approach to Law*, cit., pp. 777-778). Sobre el tema, por todos, A. SCHWARTZ, *Economics, Wealth Distribution and Justice*, en *Wisconsin Law Review*, vol. 1979, 1979.

(297) La mayoría de la literatura crítica sobre el tema fija su atención justamente sobre este punto: v. WILLIAMS, en *University of Colorado Law Review*, vol. 45, 1974, pp. 450-452; HERMANN, en *Washington University Law Quarterly*, vol. 1974, 1974, pp. 354-355; KRIER, en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 122, 1974, p. 1664; CARRINGTON, en *University of Illinois Law Forum*, vol. 1974, 1974, p. 189. En la doctrina europea, ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., pp. 303-304; SCHANZE, *Okonomische Analyse des Rechts in den U. S. A.*, cit., pp. 14-15; ALPA, *Colpa e responsabilità*, cit., p. 433; etc. V. también, para argumentaciones más consistentes, BAKER, *op. cit.*, pp. 1 y ss.; LEFF, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 462 y ss. El problema subterráneo que se esconde bajo el conflicto «eficiencia *vr.* distribución», es,

sin embargo, exige demostrar la inconsistencia (desde el punto de vista de la economía del bienestar) de la fórmula eficientista de Posner que apodócticamente (apoyándonos empero en fuertes intuiciones) hemos afirmado.

Un inciso previo nos ayudará a comprender las dimensiones reales del problema. Existen multitud de normas en el ordenamiento privado que están deliberadamente dirigidas a la promoción de la finalidad redistributiva: la limitación del interés en los préstamos (normas de usura); las garantías de calidad de ciertos productos; la prórroga forzosa en materia de arrendamientos; la protección de las minorías en las sociedades de capitales; el control de los contratos *standard*, etcétera, etcétera. La función de estas normas es desviar (redistribuir) riqueza desde un cierto grupo de operadores —prestamistas, vendedores, arrendadores, accionistas de control, productores...— a otro que, en general, se considera menos *aventajado* —prestatarios, compradores, arrendatarios, inversores, consumidores...—, de acuerdo con «algún» principio de justicia distributiva. Si normas de este tenor son defendibles, elaborables en sede interpretativa y, en general, *racionales* desde el punto de vista económico, es la cuestión que ahora se plantea. En otras palabras, ¿puede ser utilizado el Derecho privado como instrumento de redistribución de la renta? La respuesta del análisis económico del derecho parece ser negativa —y congruente por lo demás, con el rígido pensamiento liberal que lo inspira (298). Más tarde discutiremos la «constitucionalidad» de esta óptica (v. *infra* n. 19).

Pero recuperemos el hilo de la exposición anterior y reconstruyamos los momentos nucleares de la crítica. Por supuesto, ésta irá asociada (en la medida en que la distinción sea posible) al *análisis normativo* más que al *análisis positivo* o descriptivo: así, los ataques más severos que se han avanzado contra el análisis económico del derecho reconocen que dicho análisis constituye «un poderoso instrumento para mostrar la lógica interna del *common law*», aunque ponen de relieve que ha codificado la ideología dominante en el período histórico en que el *common law* se ha desarrollado —es decir, el momento que en la terminología continental correspondería al Estado liberal de derecho (299). En este sentido, tendremos ocasión de poner de manifiesto cómo las transformaciones fundamentales experimentadas por el ordenamiento a lo largo del presente siglo, no autorizan a extraer criterios de valor del Derecho privado clásico (en su vigencia formal

en realidad, el que expresa la proposición «libertad *vr.* igualdad» (así, el último autor citado, *ibi*, p. 477). La defensa la desarrolla Posner en un reciente escrito que, desafortunadamente, no me fue accesible: v. R. A. POSNER, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication* en *Hofstra Law Review*, vol. 8, 1980.

(298) Cfr. A. T. KRONMAN, *Contract Law and Distributive Justice*, cit., pp. 473-474. (Este autor llega a demostrar, sin embargo, que, aún dentro de la lógica liberal —y concretamente en la perspectiva del «principio de diferencia» de Rawls— es coherente el favorecimiento del principio redistributivo) Para una explicación más global, v. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., pp. 39-40.

(299) Así, BAKER, *The Ideology of Economic Analysis of Law*, cit., pp. 47-48.

«aislada»), sino que más bien ordenan la operación inversa: la reconstrucción de aquel Derecho privado clásico de acuerdo con los parámetros de valor que ha decantado la transformación contemporánea del Estado constitucional (300). Y aquella lógica interna que ha guiado el desarrollo del *common law* ha sido la que traduce el principio de eficiencia. Dicho principio —recortado exactamente sobre la función del mercado— supone que el derecho debe incentivar aquella distribución de los recursos en manos de aquellos operadores para los cuales tengan más valor o sean más útiles (a los efectos, como sabemos, de así maximizar la riqueza). Ese valor o utilidad se mide, según la ya examinada fórmula de Posner, por la *voluntad agregada de pagar*. Pero como semejante voluntad de pagar es una función de la distribución de la renta existente en una determinada sociedad, por fuerza se ha de admitir que, por esa vía, la llamada «voluntad o disposición de pagar» se transforma realmente en *capacidad para pagar*, con lo cual, incluso en la hipótesis ideal de un mercado sin costes de transacción, la asignación inicial de recursos afectará al uso final de los mismos, que puede muy bien no ser el más eficiente (301). Este argumento descubre con evidencia la falacia que oculta la tesis de Posner, medida en términos estrictos de aquella eficiencia que el autor propugna como supremo juicio de valor. Pero hay más todavía: Es evidente que la eficiencia es importante por su presunta relación con el bienestar social. Razón por la cual la hipótesis liberal del análisis económico del derecho (la eficiencia) requiere la demostración de que no existen criterios económicos alternativos que sean mejores, en función precisamente de la producción de bienestar social (302). Además del concepto paretiano de eficiencia, el parámetro más frecuentemente sugerido para la maximización del valor (léase aquí «bienestar») se sustancia en la «redistribución de la riqueza»; aquel parámetro postula, en efecto, *un incremento creciente del valor en la medida en que se vaya aquilatando una distribución de la riqueza más igualitaria* (e insisto de nuevo en que me muevo exclusivamente en el marco de la teoría económica del bienestar; superar sus barreras excedería los objetivos del presente trabajo y entrañaría una discusión política de alternativas básicas que necesariamente debe quedar fuera de este estudio) (303).

(300) En este sentido constatamos la creciente debilidad de los argumentos históricos tanto en los sistemas de *common law* como en aquellos de *civil law*: cfr. PROT, *Judicial Reasoning in Common Law and Code Law Systems*, cit., p. 428.

(301) Así, entre otros, H. THURON, *Economic Justice and the Economist. A Reply*, en *Public Interest*, vol. 3, 1973, p. 122 (recojo la cita de HIRSCH, en *UCLA Law Review*, vol. 22, 1975, p. 984. V. también LEFF, *op. últ. cit.*, pp. 463-464. Más llanamente expuesto por KÖHLER, *Vertragsrecht*, cit., p. 608, el argumento señala que «[E]l proceso de maximización de utilidad a través del cambio (mercado) sólo puede tener lugar cuando se tiene algo que cambiar».

(302) Por supuesto, el problema es la identificación de la noción de *bienestar* —un problema político, filosófico, ideológico, etc.—; v. MICHELMANN, *Norms and Normativity*, cit., pp. 1019-1021 y 1032-1034, para una útil taxonomía de los conceptos de bienestar.

(303) Es evidente, en este sentido, que también la óptica redistributiva,

Posner argumenta que «la igualdad de renta no es un criterio que, como la eficiencia, esté vinculado lógicamente al concepto económico de valor» (o de bienestar) y señala que no existen bases teóricas que apoyen la conclusión de que una transferencia de renta de un sujeto de renta alta a otro de renta más baja sea apta para incrementar la suma de utilidades totales de ambos sujetos. Probablemente, sin embargo, sí existen; muy concretamente, el argumento económico del principio de la *utilidad marginal decreciente* (también del dinero) parece enervar la tesis posneriana de que la igualación de la renta no genera aumento del valor conjunto (304). Posner (que naturalmente no osa cuestionar la «ley canónica» aludida) rechaza, sin embargo, el argumento, en razón de que: (i) la curva de utilidad de los diferentes individuos que intervienen en el intercambio o en la relación económica es desconocida y probablemente no puede ser conocida nunca, y (ii) que los costes de redistribución pueden ser relativamente altos (305). La contraargumentación del profesor de Chicago nuevamente, sin embargo, se muestra muy débil; porque aun revelándose sustancialmente verdadero cuanto alega *sub* (i) y (ii), se puede todavía demostrar —y así se ha hecho— que aunque las funciones de utilidad de las diferentes personas difiere (es decir, que una misma renta genera utilidades diversas para Cayo, Ticio, Sempronio, etc.) y que no pueden hacerse, por ende, comparaciones de utilidad entre individuos diferentes —en todo esto tiene razón Posner—, no sucede lo mismo con las funciones de utilidad de grupos sociales, que son bastante homogéneas (y las que en definitiva preocupan al derecho, pues éste es *general* y no piensa en Ticio, sino en el consumidor, ni en Cayo, sino en los accionistas de ahorro, etc.). Y además, en todo caso, una distribución igual de una determinada suma maximiza la utilidad total *probable*, aunque en este o aquel supuesto no sea posible verificarlo (306). Razones éstas que nos permiten legítimamente concluir (de-

de la «equidad», obedece a una visión *individualista* de la teoría económica. Como directiva político-jurídica también podría ser criticable, pues la distribución desigual de la renta acusa *relaciones sociales desiguales*, que no se atajan con una política redistributiva. «Ignora las desigualdades relacionales que yacen detrás de las desigualdades distributivas, que [...] solamente pueden ser entendidas mirando a través del proceso de distribución al proceso de producción mismo, y las relaciones sociales desiguales que caracterizan a la producción [de renta]» (FOLEY, *Economic Theory and Ideology*, cit., p. 233-234). Esta perspectiva —así como la marxista— no serán objeto de discusión.

(304) Dicho principio sugiere que el primer litro de leche me reporta más utilidad que el segundo; el segundo que el tercero; y así sucesivamente: v. SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, cit., pp. 476-477. Ergo: es probable que se produzca más utilidad si damos un litro de leche a tres individuos distintos que si la entregamos toda a una sola persona.

(305) El argumento económico ha sido avanzado por BAKER, *The Ideology of Economic Analysis of Law*, cit., pp. 28-29. La contestación de Posner se halla en *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 344-346.

(306) Cfr. BAKER, *op. cit.*, p. 29. Este autor se sirve de la argumentación técnica que le proporciona A. P. LERNER, *Economics of Control* (1949), pp. 29-40 —v. un esquema de este razonamiento en BAKER, *ibi*, pp. 30-31—. V. tam-

rechamente en contra de la perspectiva del análisis económico del derecho) que el criterio de la eficiencia (i) no está *inequívocamente* conectado con el incremento del bienestar social; y (ii) que no tiene consistencia para ser el *objetivo económico* (al menos, el único) del derecho (307).

Pero todavía hay algo más. Se ha demostrado muy fehacientemente que el sistema del *economic analysis of law*, que procede a la asignación de derecho y responsabilidades siguiendo el *Teorema de Coase* tiene un doble efecto de muy dudosa justificación (que únicamente enuncio, remitiendo su documentación); a saber: (i) que favorece las pretensiones —en caso de conflicto— de aquellos sujetos en cuyas manos el uso del derecho-recurso es *productivo* (destinado a la producción), sobre las pretensiones de aquellos otros sujetos que lo destinarían a un uso *consuntivo* (308); y (ii) que favorece a la parte en causa de renta más alta en detrimento de aquella de renta inferior, en el supuesto de que ambas destinen el recurso a finalidades del consumo (309). Con lo que, una vez más, se pone de manifiesto la contradicción interna en que desemboca la hipótesis normativa del análisis. El tema no ofrece dudas: si —como sabemos— *W* es una función monótona creciente de *U*, privilegiando al operador de renta superior (cuya función de utilidad es *probablemente* menor) termina por reducirse el bienestar social posible.

Al término de estas reflexiones críticas sobre la eficiencia, ciertamente incompletas, pero que parecen fundarse en conceptos relativamente seguros de la economía del bienestar, podemos concluir en la necesidad de ampliar el horizonte *normativo* del análisis económico del derecho y de ir más allá de la perspectiva (hegemónica, sin lugar a dudas) de la Escuela de Chicago. Recordaré además que esta tendencia ya comienza a vislumbrarse con una cierta claridad (310). Por

bién, en parecido sentido, WILLIAMS, en *University of Colorado Law Review*, vol. 45, 1974, pp. 447-450.

(307) Cfr., BAKER, *op. cit.*, p. 31.

(308) *Ibid.*, pp. 13 y ss.

(309) *Ibid.*, pp. 16 y ss. Cfr. ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., p. 52 A la misma conclusión, con un análisis diverso, llega GOTTHOLD, *Zur ökonomischen «Theorie des Eigentums»*, cit., p. 557 (según quien el teorema de Coase termina beneficiando al económicamente más fuerte y favoreciendo la concentración económica).

(310) Fuera de la óptica de Chicago, sin embargo, el análisis económico del derecho ya se había orientado en la dirección apuntada. Ejemplar en este sentido es la obra de CALABRESI: v. *Property Rules*, cit., pp. 1095-1097; *Costo degli incidenti*, cit., pp. 397 y ss. Aunque es quizá en su último libro donde queda más patente el criterio redistributivo —v. G. CALABRESI y Ph. BOBBITT, *Tragic Choices*, New-York 1978. Refiriéndose a él, FERRARINI (*op. cit.*, p. 472) señala que la investigación ha sido guiada sobre el parámetro fundamental de las varias «decisiones colectivas» y —continúa— «podría incluso pensarse [que se trata de] un desafío de frente a aquellos estudiosos que tienden a reducir el análisis económico a una verificación de la eficiencia económica de este o aquel sector del ordenamiento». La crítica a la Escuela de Chicago ha sido tan fuerte que incluso autores procedentes de ella, en base a razones redistributivas, llegan a abogar (en materia de contratos, por ejemplo) por una limitación de la autonomía de la volun-

ello, si en el epígrafe precedente acabábamos ciñendo o condicionando la recepción de la teoría económica del derecho a la formulación de teorías de medio alcance, en éste —ahondando en la matización de su practicabilidad— proponemos una nueva condición: la necesidad de incorporar como principio de evaluación el criterio redistributivo, pues, como dirá Hutter, no sólo en lo jurídico, sino también en lo económico, hay varias «vistas de la Catedral». Podríamos ahora —remitiéndonos a lo dicho— replantear nuestra tesis con términos más enérgicos, en el intento final de reseñar este cambio de marcha; para ello, me permitiré echar mano de la novena tesis de Kirchner; dice: «El análisis económico del derecho puede aplicar diversos principios económicos. Este pluralismo relativiza la posición de la Escuela de Chicago, pero abre nuevas perspectivas para la elaboración económica del derecho» (311). Insisto, pues, en la oportunidad de apartarse de la orientación unilateral del *fre-market* a toda costa, y emprender un análisis económico de naturaleza «no-contractualista» (de intervención en supuestos incluso de situaciones eficientes, en las que, por hipótesis, el cambio de la situación —que podría justificarse en base a otros criterios— no es posible por vía contractual) (312). Esa perspectiva, por lo demás, sería congruente con la transformación que experimenta el Derecho privado de nuestros días; transformación que un conocido ensayo (de corte ciertamente muy radical) resumía en la transición desde la esfera del *contrato* a la esfera de la *decisión* (intervención como «decisión colectiva»), entendidos los términos como categorías clave de dos formas bien distintas de composición de los conflictos intersubjetivos (que son los que conciernen al Derecho privado) (313). Es claro que no se pretende otorgar valor absoluto a estas afirmaciones, pero lo que sí parece fuera de toda duda es que descubren muy lúcidamente las «pulsiones» y tendencias que perfila la evolución contemporánea del ordenamiento privado. El problema es sólo de medida; «cuantitativo», si se quiere.

19. Sólo unas líneas para (no) concluir. Las reflexiones precedentes nos conducían derechamente a un problema de enorme enver-

tad (*ergo*, del mercado como directiva jurídica) en la formulación de los reglamentos contractuales [cfr. KRONMAN, *op. ult. cit.*, pp. 510-511, contra las tesis liberales todavía dominantes, que en palabras de uno de sus más extremos representantes (EPSTEIN, *Unconscionability*, cit., p. 193), opinan que «[U]na de las primeras funciones del derecho es garantizar a los individuos una esfera de influencia, en la cual serán capaces de operar sin tener que justificarse frente al Estado o frente a terceras partes»].

(311) KIRCHNER, *op. cit.*, p. 89. V. también CALABRESI, *Il costo degli incidenti*, cit., pp. 38-41. Un modelo alternativo es ya evidente en A. SCHMID, *Property Power and Public Choice: An Inquiry into Law and Economics* (lo cito por la recensión de HUTTER, *Über eine Alternative zur neoklassischen Analyse des Rechts*, cit., pp. 642 y ss. La referencia que en el texto hago de este autor se encontrará en la p. 651).

(312) Cfr. J. M. BUCHANAN, *A Contractarian Paradigm for Applying Economic Theory*, en *American Economic Review*, vol. 65, 1975, p. 227.

(313) Cfr. D. HART, *Vom bürgerlichem Recht zur Politische Verwaltung*, en *Kritische Justiz*, 1974, p. 283.

gadura: al problema del estatuto del análisis económico del derecho en el seno de una «teoría del Derecho privado a la altura de los tiempos», que diría Kübler. Ahora no resulta posible abordar esa importante tarea. Pero para lo que aquí interesa anotar, sí es conveniente advertir que semejante teoría constituye el producto destilado de lo que se ha llamado «transformación inconsciente» del Derecho privado de nuestros días, y que reclama para sí la elaboración de un nuevo *paradigma* para la comprensión del derecho (314). Es oportuno constatar igualmente que, frente a ella, el análisis económico del derecho también se erige a sí mismo en «descubridor» de otro nuevo *paradigma* (cuyos momentos estelares espero haber podido explicitar) en el campo de la investigación jurídica (315). Paradigmas ambos que, hasta un cierto punto, parecen recíprocamente excluyentes, pues mientras los juristas alemanes hablan de la funcionalización del Derecho privado (integración de este ordenamiento en el aparato de gobierno y dirección del Estado) (316), el *common-lawyer* de Chicago —muy crítico con cualquier tipo de política-jurídica de intervención estatal, que reviva el *New Deal* (317— reivindica a toda costa un derecho acorde al mercado y un análisis de las relaciones e instituciones jurídicas adecuado a los bien sabidos principios económicos individualistas (318).

No se me oculta que el tema exigiría una profunda meditación en el seno de la cláusula constitucional del Estado social, cuya importancia constitutiva de todo el ordenamiento privado y de las relaciones (de fusión) entre el ordenamiento de la sociedad civil y el ordenamiento del Estado es de todos bien conocida. En la imposibilidad de abrir la discusión relativa, señalo únicamente que los pilares nucleares de todo el Derecho privado clásico (el correspondiente al Estado liberal), esas *Fixsterne* de que hablara Mestmäcker, la autonomía privada y el derecho subjetivo —o, si se prefiere, el mercado y la categoría del *property right*— deben ser «reconstruidas», «delimitadas», «complementadas», «compensadas» y, en su caso, «sustituídas» en función de la *corrección de las desigualdades sociales* (319). El Estado in-

(314) Cfr. R. WIETHÖLTER, *Privatrecht als Gesellschaftstheorie?*, en *Festschrift für L. RAISER*, Tübingen 1974, p. 647. La noción de *paradigma* viene también utilizada en el sentido que ha acuñado KUHN (v. *retro*, nota 65): cfr. *ibi* nota 4. El eje de la transformación hay que buscarlo en la *Realitätsverlust* del modelo liberal y en el constitucionalismo moderno: v., por ejemplo, el «librillo» de F. KÜBLER, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe 1975, *passim*, esp. pp. 33 y ss.

(315) V. *retro*, texto y nota 65.

(316) Así, por todos, ASSMANN, *Zur Steuerung*, cit., p. 249.

(317) Cfr. SCHANZE, *op. cit.*, pp. 10-12. Para una exposición elemental de la doctrina «anti-intervencionista», v. BURTON, *Externalidades, derechos de propiedad y política económica*, cit., pp. 12 y ss.

(318) El complejo temario que se oculta bajo este planteamiento ha sido tratado en profundidad por ASSMANN, *Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts. Chancen und Grenzen der privatrechtlichen Verwertbarkeit der ökonomische Analyse des Rechts*, cit., pp. 25 y ss.; y a él me remito para un exhaustivo análisis de la «insinuación» que se ofrece en este epígrafe.

(319) Para una discusión ejemplar de tales posibilidades, v. REICH, *Markt und Recht*, cit., pp. 23 y ss.; y para una introducción al criterio de la dis-

tervencionista (*Welfare State* o *Sozialstaat*) que se conforma en las constituciones modernas deroga en cierto modo las raíces y las bases teóricas en que se soporta el análisis económico del derecho, es decir, la idea de la *natural liberty* smithiana o lo que Hayek calificara de «concepción capitalista de la justicia» (320); por lo que —y la directiva es ya importante en orden a una nueva constricción de la teoría económica del derecho— en las tensiones que dentro del ordenamiento económico se observen entre la norma *eficientista* —competencia— y la norma *tuitiva* —estatalidad social—, deberán ser resueltas a favor de esta última (321). En el fondo lo que existe es una tensión entre dos tipos ideales que estarían a la base del «análisis económico del derecho» y del «derecho económico» (322), cuyos momentos capitales pueden enfrentarse así: (i) Estado liberal *vr.* Estado social; (ii) Derecho privado de la sociedad civil *vr.* derecho de la sociedad mixta; (iii) modelo so-

tribución de la riqueza como principio cardinal del constitucionalismo moderno, v. F. MURILLO-FERROL, *La redistribución de la riqueza*, en AA.VV., *Constitución y economía*, cit., pp. 177 y ss.

(320) Cfr. POSNER, *Utilitarianism*, cit., pp. 135-136. Esa contradicción ha sido puesta de manifiesto —relativamente a la teoría liberal (lo que Jones llama el *Teorema de Hayek*)— en la intrínseca incompatibilidad entre el *Welfare State* y la *Rule of Law* (cfr. H. W. JONES, *The Rule of Law and the Welfare State*, en *Columbia Law Review*, vol. 58, 1958, p. 146).

(321) Cfr., entre tantísimos, L. RAISER, *Der Gegenstand des Wirtschaftsrechts*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 143, 1979, p. 340.

En este ámbito el problema de la *eficiencia* va reconsiderado. No es que se renuncie a él, pero sí se jerarquiza de modo diverso. Ha sido sobre todo la doctrina constitucionalista alemana quien ha estudiado su lugar y su papel en el cuadro axiológico de las «constituciones del Estado Social»; a ella pues me remito (v. W. LEISNER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 1971). Elaborado con un contenido más amplio que el que le hemos asignado en el texto —fundamentalmente alrededor de las ideas de «Effektivität», «Funktionsfähigkeit», «Rationalisierung», «Zweckmässigkeit», «Wirtschaftlichkeit», «Leistungsfähigkeit», etc. (cfr. P. HÄBERLE, *Effizienz und Verfassung*, en *Archiv für öffentlichen Rechts*, vol. 98, 1973, p. 625, de donde además he recogido la referencia anterior), se viene a decir que, en definitiva, es un concepto *neutral* (cuyas tres categorías lo ponen de manifiesto: eficiencia en la consecución de objetivos prefijados (*Zielerreichungseffizienz*); óptima relación entre medios y fines (*Zweck-Mittel-Effizienz*); y eficiencia independiente de metas (*Organisationseffizienz*) (*ibi*, p. 627); mas, también hay que señalarlo, existe un cierto área de intersección entre este concepto y el de los analistas, ya que la pretendida «neutralidad» de la eficiencia comporta, en última instancia, el valor de la «productividad» (muy clara en el sector económico) (v. *ibi*, p. 628). La autorizada conclusión de HÄBERLE (*ibi*, pp. 634-635) es que, sin tener un «rango superior», tiene ciertamente un «rango» constitucional. El artículo 38 de nuestra Constitución es muy claro al respecto: se protege y defiende, en el ámbito de la economía de mercado, la *productividad*.

(322) Entendido éste como «nuevo derecho privado»: cfr. BRUGGMEIER, *Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts*, cit., pp. 54 y ss. y p. 72. La tensión se explicaría por la transición de la mera *administración del mercado* (derecho privado clásico) a la *dirección y gobierno del mercado* (derecho económico *qua* derecho privado del Estado social): así, D. HART, *Zur Instrumentierung des Wirtschaftsrechts am Beispiel der Wirtschaftsverfassung*, en *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, vol. 140, 1976, pp. 32 y ss., y 36 y ss.

cial clasista *vr.* modelo social interclasista; (iv) libertad *vr.* igualdad; (v) mercado *vr.* intervención estatal; (vi) eficiencia *vr.* redistribución de la riqueza; etc. En esta serie de oposiciones (ideal, porque en la realidad no se encuentran sino formaciones intermedias), el jurista moderno —atendiendo al mandato constitucional que también a él va dirigido— deberá controlar los resultados del *economic analysis of law* de acuerdo con la que sea la *policy* que alimenta al ordenamiento, la llamada positividad política en que se traduce el «programa de objetivos» del derecho. En esta línea, podrían acaso avanzarse las siguientes directrices para una posible recepción del análisis económico en nuestra vida jurídica: (i) necesidad en todo caso de garantizar la autonomía axiológica de la ciencia jurídica, otorgando preferencia a sus valores cuando resulten incompatibles o se encuentren en conflicto con los propios del análisis económico del derecho (323). En este sentido, frente a la indiferenciación de valores y frente a la tesis de que todos los valores son susceptibles de ser expresados unitariamente en términos económicos —lo que en tantas ocasiones conduce a discusiones grotescas (324)— se hace necesario reintroducir una neta diferenciación judicativa, dependiendo además de ello la utilidad y practicabilidad misma de la teoría económica del derecho (325). (ii) La operatividad del análisis económico del derecho deberá por otra parte sujetarse a la realización de un *micro-análisis* de los procesos de mercado dentro del *macroanálisis* jurídico general, que contará con muchos más datos (326). El Derecho privado —como vengo sosteniendo— no puede ser propuesto exclusivamente a la vista de la consecución de la eficiencia en el mercado, justamente porque la autonomía privada resulta cada vez más delimitada y funcionalizada al logro de otros y más ambiciosos objetivos. Se insiste en que el Derecho privado hace posibles no sólo decisiones descentralizadas eficientes, sino que también permite —y a veces incluso promueve— decisiones descentralizadas no coherentes con la racionalidad del mercado (*marktinkonforme*) (327). (iii) Será además necesario verificar las *condiciones de realidad* del análisis económico. Una condición central de su practicabilidad es la competencia, que se caracteriza por la transparencia y ausencia de poder en el mercado. Se tratará por tanto de corregir el que Köhler ha llamado «paleoliberalismo» posneriano que en última ins-

(323) Cfr., para esta discusión, KIRCHNER, *Okonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre*, cit., pp. 85-86, y PÉREZ DE AYALA, *Las instituciones políticas y jurídicas*, cit., pp. 70-73.

(324) Paradigmático al respecto puede resultar el examen de las penas en términos de teoría de los precios: v. POSNER, *Economic Analysis of Law*, cit., pp. 164 y ss.

(325) Así, HORN, *op. cit.*, p. 333; REBE, *Privatrecht und Wirtschaftsordnung*, cit., pp. 37-38; ASSMANN, *Die Transformationsprobleme*, cit., p. 53; KÖHLER, *Vertragsrecht und Property-Rights Theorie*, cit., pp. 604-605. En esta línea resulta muy convincente el pensamiento de MESTMÄCKER, *Power, Law and Economic Constitution*, cit., pp. 177 y ss.

(326) Cfr. ASSMANN, *op. últ. cit.*, pp. 24 y 53. Justamente lo contrario, BECKER, *El enfoque económico de la conducta humana*, cit., p. 18.

(327) Cfr. HORN, *op. loc. últt. citt.*

tancia efectúa el análisis sin computar la competencia como un *hecho*, sino como un *ideal* cuya existencia real considera axiomática (328). (iv) Por último, como directiva general, habría que añadir que la recepción del análisis económico en el espacio del «cambio de función del Derecho privado clásico» descansa en un minucioso «trabajo de cantera». Se invierten los términos que postula la *new law & economics*: no se trata de aplicar el análisis económico al Derecho privado, sino que será el mismo Derecho privado (como parte del Derecho económico) el que está llamado a determinar qué «vetas» y qué «procedimientos de explotación» de la cantera pueden asumirse en cada caso. La cantera, obviamente, es la teoría económica del derecho (329).

20. Mas adoptadas estas precauciones (y admitidas —claro está— las bases mínimas del debate), entiendo que ya no deberían existir rémoras para la recepción del *economic analysis of law* en el seno de nuestra cultura jurídica; más aún, diría que ya todo son incentivos. Por ello, me permito concluir afirmando que «la teoría económica del derecho» se halla muy lejos de constituir un *producto defectuoso* (según ha mantenido algún autor y como acaso pudiese haberse dado a entender en alguna de estas páginas últimas); aunque también lo está de ser un *producto-piloto*, «panacea de última hora» para la racional resolución del amplísimo cuestionario que suscita el ordenamiento de nuestros días (como, por otra parte, pudo quizá haberse derivado del tono «optimista» de las primeras divisiones de la exposición). No, más modestamente, habría que estimar —y tal ha sido la convicción que ha inspirado el trabajo entero— que se trata de un *producto potencialmente defectuoso*, si se me consiente seguir mutuando el vocabulario específico de la *products liability*. Pero el «defecto» —urge advertirlo— no radica en el producto en sí; habría más bien que perseguirlo en un «consumo» eventualmente imprudente e indiscriminado del mismo. Desde este ángulo, vicios y virtudes vendrían a compendiarse en una fórmula relativamente simple; la de que verificada caso por caso la consistencia («de hecho» y, sobre todo, «de derecho») de sus hipótesis, el análisis económico se revela como un poderoso instrumento en orden a un cada vez más cabal escrutinio (de los «bajos fondos» y aun de los «altos vuelos») del derecho y del pensamiento jurídico. Así las cosas —una vez efectuado ese «control de realidad» (que, curiosamente es la función que suele atribuirse a la teoría económica en el trance de la renovación de la ciencia dogmática)—, así las cosas, decíamos, podremos ya estar seguros de que el «producto» nos procura su rendimiento óptimo. Por ello —y contra lo que pudiera parecer— decir que se trata de un «producto potencialmente defectuoso» no supone, ni mucho menos, negar que sea un producto

(328) Cfr. KÖHLER, *op. cit.*, pp. 605-606; GOTTHOLD, *Zur ökonomische «Theorie des Eigentums»*, cit., pp. 552-553. Para una consistente argumentación técnico-económica de esta directriz que proponemos, v. POLINSKY, *Economic Analysis of Law as Potentially*, cit., pp. 1671 y ss.

(329) La metáfora es de ASSMANN, *op. ult. cit.*, pp. 55-56.

valioso (330). Así y firmemente lo creo. Mas ahora es al lector a quien compete sacar sus propias conclusiones; para lo cual, sin duda, deberá estar atento al desarrollo futuro y todavía imprevisible de la *new law & economics literature*. Porque, como siempre, será el tiempo quien habrá de consentir valoraciones más atinadas y reflexivas; quien, en definitiva, nos dirá hasta qué punto y en qué medida la *economía política* puede operar como *jurisprudencia racional* (*).

(330) Así (relativamente al *Realitätskontrolle*) Kötzt, *Okonomische Analyse von Rechtsproblemen*, cit., pp. 243-244. La sugestiva analogía con las nociones propias de la «responsabilidad de los productos» había sido ya empleada por POLINSKY (*op. ult. cit.*, pp. 1680-1681) para calificar el «manual» de Posner.

(*) *Addenda*. Hallándose en pruebas el presente trabajo, ha aparecido en el mes de septiembre del año en curso el núm. 68 de la revista *Hacienda Pública Española*, en cuya sección «Documentos», y a cargo de P. SCHWARTZ y J. REEDER, se ofrece una interesante antología de textos traducidos de algunas significativas revistas americanas sobre la teoría económica de los *property rights*, que puede ser de gran utilidad para completar lo que se ha dicho en el epígrafe núm. 10.

