

25º ENCUENTRO NACIONAL DE INVESTIGADORES UNIVERSITARIOS DEL AREA CONTABLE

15º SIMPOSIO REGIONAL DE INVESTIGACION CONTABLE

LA PLATA 12 DE DICIEMBRE DE 2019

**ORGANIZADO POR LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA
PLATA**

TEMA 9: ANALISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

TEMA:

“Consideraciones sobre el Análisis Económico del Derecho Argentino”

Autores:

Cra. Guarracino, Adriana

Mg. Guarracino, Angel.

Abog. Lorenzo, Facundo Martin

(Equipo de Investigación: Análisis Económico del Derecho- FCE UNLP)

La Plata, noviembre de 2019.

RESUMEN

El objetivo de éste trabajo es presentar los principales aportes que la teoría económica ha hecho al campo del análisis del derecho y avanzar como grupo de trabajo en ésta línea de investigación, donde la Economía viene a intentar en el Análisis Económico del Derecho establecer un puente para vincular el universo del “deber ser” de la norma jurídica con el “ser” de esas mismas reglas en su aplicación en la comunidad.

Ubicaremos entonces al Análisis Económico del Derecho como una herramienta interdisciplinaria de conocimiento que intenta analizar esta convivencia, a veces difícil, donde ambas disciplinas, interactúan y se influyen entre sí de modo recíproco.

Una vez desarrollados los conceptos básicos y ubicado éste análisis como herramienta interdisciplinaria, desarrollamos algunos ejemplos actuales desarrollados en nuestro país como lo son los proyectos de “Ley de Alquileres” y “Ley de Gondolas”, ambas con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación. Ante estos proyectos de ley, el Análisis Económico del Derecho podría preguntarse ¿por qué existen esas leyes?, ¿a qué fenómeno económico se deben?.

En el caso de la “Ley de Alquileres” podríamos preguntarnos ¿cuál es el efecto de la introducción de un índice de actualización del precio de las locaciones para vivienda?, ¿qué incentivos producen para el inquilino?, ¿y para el propietario?, ¿qué ocurrirá con el precio de los nuevos contratos?, ¿qué incidencia tendrá en los constructores?, ¿afectará la oferta de inmuebles el alquiler para vivienda permanente?.

En el caso de la “Ley de Gondolas” pueden formularse una serie de interrogantes similares. Analizar cómo reaccionarán las grandes cadenas de supermercados, cómo la ley influirá en su esquema financiero, qué incentivos producirá para las grandes empresas de producción de alimentos, para las pequeñas, para la organización del trabajo en los comercios, etc.

Luego desarrollamos los aspectos metodológicos del Análisis Económico del Derecho, basados en principios de la teoría macroeconómica y microeconómica a partir de la consideración de los agentes económicos como individuos y conceptos tales como eficiencia, equilibrio, maximización, así como las teorías de la elección del consumidor y la demanda, la teoría de la oferta, el equilibrio de mercado, teoría de juegos, la fijación de precios, economía del bienestar y el equilibrio general, entre otros aspectos, componen las bases sobre las cuales se construye la disciplina que abordamos.

Para finalizar con una descripción del abordaje que hace la disciplina en las ramas del derecho privado, sin desconocer que éste análisis se extiende por prácticamente todas las ramas del derecho, aplicando su particular perspectiva para extraer conclusiones muchas veces novedosas y sorpresivas sobre las instituciones jurídicas tradicionales.

Palabras Clave: Análisis; Interdisciplinario, Economía; Derecho.

1.- ¿QUE ES EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO?

El análisis económico del derecho procura identificar los efectos de las normas jurídicas (en sentido lato) sobre los individuos que son afectados por su aplicación y si esos efectos son socialmente deseables (por todos, Polinsky y Shavell, 2005). Siguiendo a Acciarri (2019) puede decirse de un modo muy general que la disciplina consiste en aplicar una rama del conocimiento, la Economía, a otra, el Derecho.

Esta perspectiva implica decir que el Análisis Económico del Derecho se ocupa de las consecuencias de la norma, su interpretación y aplicación. Para descubrir y analizar estas consecuencias el Derecho utiliza el instrumental metodológico de la Economía que, en este sentido, ha desarrollado una teoría del comportamiento humano basado en el individuo racional que maximiza sus beneficios. Al decir de Cooter y Ulen (1998, pág. 14): *“Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Esta teoría rebasa a la intuición, así como la ciencia rebasa al sentido común”*

En otra definición “Derecho y Economía” puede ser concebido como el análisis económico del derecho, como la aplicación de la teoría de la elección racional a la ley, entendida como las normas formales, pero también incluyendo las decisiones judiciales, los tratados, los usos y las costumbres. Abarca tanto la formación y el nacimiento de las normas como sus efectos (Kermeester, 1998).

Podemos decir que las normas jurídicas contienen, siempre, un sistema de “premios y castigos” que operan como incentivos en los comportamientos de los sujetos alcanzados en su aplicación (Rojas, Schenone y Stordeur (h), 2012), quienes no son indiferentes las consecuencias que esas normas sobre su bienestar producen.

El razonamiento puede aplicarse de modo idéntico, pero a la inversa: las normas no son independientes ni se abstraen de las condiciones económicas y sociales en las que deben operar. El contexto incide en qué tipo de normas nacen y se aplican en la sociedad, cuáles dejan de utilizarse y el modo en que los operadores jurídicos reaccionan ante distintas situaciones económicas. Siguiendo a Coloma (2001) podemos decir que la principal función económica del derecho es definir el sistema económico que rige a una sociedad y, una vez definido este, proveer a esa comunidad con las normas que organicen su funcionamiento.

Derecho y Economía, entonces, interactúan, se influyen entre sí de modo recíproco. El Análisis Económico del Derecho como herramienta interdisciplinaria de conocimiento, intenta analizar esta convivencia, a veces difícil.

Podemos concluir esta sección afirmando que de algún modo la Economía viene a intentar en el Análisis Económico del Derecho establecer un puente para vincular el universo del “deber ser” de la norma jurídica con el “ser” de esas mismas reglas en su aplicación en la comunidad.

2.- ALGUNOS EJEMPLOS

Un primer ejemplo de la materia de trabajo podemos encontrarlo en los titulares de todos los diarios del país en el día de hoy (21/11/2019): “Ley de Alquileres” y “Ley de Góndolas”, ambas con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación. Ante estos proyectos de ley, el Análisis Económico del Derecho podría preguntarse ¿por qué existen esas leyes?, ¿a qué fenómeno económico se deben?. En el caso de la “Ley de Alquileres” podríamos preguntarnos ¿cuál es el efecto de la introducción de un índice de actualización del precio de las locaciones para vivienda?, ¿qué incentivos producen para el inquilino?, ¿y para el propietario?, ¿qué ocurrirá con el precio de los nuevos contratos?, ¿qué incidencia tendrá en los constructores?, ¿afectará la oferta de inmuebles el alquiler para vivienda permanente?. Este tipo de preguntas se aventura en el análisis consecuencialista, intenta predecir cómo reaccionarán los agentes económicos individuales ante la nueva normativa. En la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, implicaría construir un camino de análisis desde la perspectiva del hombre racional que intenta maximizar su utilidad y, colocándonos en los zapatos del “propietario”, del “inquilino”, del “intermediario”, del “constructor” e incluso de un hipotético juez llamado a resolver las controversias que surjan entre ellos, intentar de algún modo predecir cómo la nueva ley afecta al precio, a la cantidad de inmuebles en alquiler, a la demanda por vivienda, buscando los equilibrios que producirá la nueva ley. Luego, con los lentes de la eficiencia, la distribución y el bienestar, el Análisis Económico del Derecho emitirá, también, sus juicios de valor sobre el derecho de los contratos de alquiler.

En el caso de la “Ley de Góndolas” pueden formularse una serie de interrogantes similares. Analizar cómo reaccionarán las grandes cadenas de supermercados, cómo la ley influirá en su esquema financiero, qué incentivos producirá para las grandes empresas de producción de alimentos, para las pequeñas, para la organización del trabajo en los comercios, qué oportunidades aparecen o desaparecen para los pequeños comercios que no se encuentran alcanzados por la regulación, qué beneficios y desventajas trae para los consumidores.

Este análisis puede desarrollarse también desde un punto de vista positivo. Una vez que las normas entran en funcionamiento concreto, ver qué incentivos han producido de modo concreto, cómo han cambiado la oferta, la demanda, el precio y las cantidades ofrecidas. Realizar un análisis comparativo con la situación preexistente o con una situación abstracta de ausencia de regulación. Una utilización de las herramientas de la Economía con esta perspectiva nos facilita la evaluación de las distintas normas que operan en la sociedad. En función de este análisis contribuye a que la ciencia brinde a los decisores criterio y pautas para la modificación del contexto normativo.

Otro ejemplo que permite observar el potencial de la disciplina viene dado por Cooter y Ulen (1998, pág. 14): *“Supongamos que un fabricante sabe que su producto dañará a veces a los consumidores. ¿En qué medida mejorará la seguridad del producto? La respuesta depende de dos costos: primero, el costo real de la seguridad, el que a su vez depende de ciertas características de diseño y la manufactura; segundo, el “precio implícito” de los perjuicios causados a los consumidores que se debe pagar mediante la responsabilidad legal del fabricante. La responsabilidad es una sanción por lesionar a otros. Para estimar este precio implícito el productor necesitará el auxilio de abogados. Luego de obtener la información necesaria, el productor comparará el costo de la seguridad con el precio implícito de los accidentes. Para maximizar los beneficios, el productor ajustará la seguridad hasta que el costo real de la seguridad adicional se iguale al precio implícito de los accidentes adicionales”.*

Las normas jurídicas, desde este punto de vista, pueden ser concebidas como un mecanismo que imponen *precios* a los individuos. Como explican Rojas, Schenone y Stordeur (h) (2012, pág. 18): *“En otras palabras, las normas jurídicas, en cuanto normas de cumplimiento obligatorio que imponen restricciones y sanciones a una violación, afectan los incentivos y, consecuentemente, las elecciones de las personas. De este modo, el enfoque económico provee una teoría de la respuesta de los individuos a los precios que crean o imponen la legislación, las decisiones judiciales, la costumbre legal y otras fuentes del derecho”*

3.- ASPECTOS METODOLOGICOS:

En Análisis Económico del Derecho utiliza principios de la teoría microeconómica¹. Conceptos fundamentales como eficiencia, equilibrio, maximización, así como las teorías de la elección del consumidor y la demanda, la teoría de la oferta, el equilibrio de mercado, teoría de juegos, la fijación de precios, economía del bienestar y el equilibrio general, entre otros aspectos, componen las bases sobre las cuales se construye la disciplina que abordamos.

Acciarri (2019, pág. 5) propone una interesante descripción general del modo en que la metodología económica contribuye al Derecho: *“La economía, por su parte, venía a aportar puentes para sortear ese abismo lógico entre el deber ser y el ser; entre las normas y los hechos. En su versión más simple asumía, explícitamente, un postulado sencillo: las personas se comportan intentando maximizar sus expectativas. Procuran apartarse de aquello que creen que les producirá displacer (costos) y perseguir aquello que les dará placer (beneficio). Si se trata de acciones que, sucesiva o simultáneamente, tendrán efecto de ambas clases, las realizarán solo si tienen el mayor saldo de beneficio neto que las posibilidades alternativas. Este modo de actuar, sumado a una base epistémica también definida, es lo que usualmente se conoce como “racionalidad”. No se trata de nada más, ni menos, que de un tipo de consistencia entre medios (acciones) y fines (necesidades, en el sentido de propósitos). Las sanciones o consecuencias gravosas de las normas (pagar una indemnización, por ejemplo) jugarían como precios: a mayor “precio” para una conducta indeseable (mayores costos generados por la probabilidad de sufrir una sanción) menor cantidad de acciones de esa clase”*

INDIVIDUALISMO METODOLOGICO

El Análisis Económico del Derecho utiliza, como decíamos, herramientas propias de la teoría macroeconómica y microeconómica, por consiguiente, se concentra en el estudio a partir de la consideración de los agentes económicos como individuos. Son estos agentes considerados a nivel individual quienes resultan protagonistas. La disciplina se concentra, entonces, en el ser humano considerado en su individualidad, en la empresa, el juez, incluso el funcionario público. Cada uno viene dotado de los atributos de racionalidad para desarrollar un comportamiento determinado.²

¹ En los últimos años se ha desarrollado también, dentro del ámbito del Análisis Económico del Derecho, una disciplina denominada *“Law and Macroeconomics”* que se concentra en el estudio del efecto macroeconómico de las normas jurídicas. Sin embargo, las bases metodológicas siguen estando constituidas por herramientas de la microeconomía.

² En este sentido, por supuesto que pueden analizarse distintas formas de acción colectiva, como la empresa o los distintos tipos de personas jurídicas, incluso el Estado. Pero dicho análisis dotará a esta entidad de individualidad e, incluso, se concentrará en las distintas interacciones que se dan entre los integrantes de dichos colectivos.

Esto conduce a la subjetividad del análisis, en tanto, las preferencias de cada agente pueden ser distintas al ordenamiento de otro agente económico.

TEORIA DE LA ELECCION RACIONAL

En la base del edificio del Análisis Económico del Derecho se encuentra la teoría de la elección racional, cuyos aspectos fundantes son también conocidos para todas aquellas disciplinas contiguas a la economía, como la ciencia política, la sociología e inclusive, la propia ciencia jurídica. Esta teoría brinda a las ciencias un modelo de toma de decisiones por parte de los seres humanos que ha resultado de mucha utilidad en las ciencias sociales.

Siguiendo a Ulen (1999, pág. 791) podemos decir que no hay una definición única y universalmente aceptada de comportamiento racional, aunque existen dos enfoques principales. El primero tiene un sentido algo informal: una decisión puede llamarse racional cuando es deliberada y consistente. El decisor ha pensado su elección y puede darnos una fundamentación justificada. Los abogados encontraremos cierta familiaridad en este enfoque a través del concepto de acto jurídico, como acto voluntario en la definición del art. 260 del Código Civil y Comercial de la Nación: *“El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior”*.

El segundo punto de vista al que refiere Ulen (1999, pág. 792) se relaciona con una concepción más formal. Los consumidores tienen preferencias *transitivas* y buscan maximizar la utilidad que se derivan de esas preferencias que, a su vez, se encuentran sujetas a diversas restricciones (como la restricción presupuestaria). Una preferencia es transitiva cuando, dado un bien o una canasta de bienes denominada *A*, que es preferida a otro bien o canasta de bienes denominada *B*, y *B* es a su vez preferida a otra *C*, entonces, *A debe ser también preferida a C*. Dado lo contrario, es decir, que $A > B$, que $B > C$, pero que $C > A$, supondría la existencia de una inconsistencia demostrativa de irracionalidad. Cooter y Ulen (1998, pág. 33) agregan que este ordenamiento de preferencias también se aplica a los supuestos de indiferencia del consumidor.

Este ordenamiento de preferencias debe ser, también, *completo*: el consumidor debe poder decirnos como ordena todas las combinaciones de bienes y servicios.

Asimismo, estos últimos autores agregan a la *reflexividad* como una característica esencial de la elección racional del consumidor, y es una condición arcana de las preferencias según la cual, cualquier conjunto de bienes *A* es, al menos, tan bueno como sí mismo.

Como señalan Rojas, Schenone y Stordeur (h) (2012, pág. 10) las preferencias son estables, es decir, las personas no modifican de modo errático o aleatorio sus preferencias.

La teoría de la elección racional ha resultado de utilidad en el Análisis Económico del Derecho en tanto muchas decisiones que los individuos toman guardan similitudes con las decisiones de los agentes en el mercado.

En los últimos años se han incorporado también los avances provenientes del estudio de la denominada economía del comportamiento, que en algunos aspectos desafía y en otros complementa el análisis microeconómico tradicional.

ANÁLISIS POSITIVO Y NORMATIVO

La división del Análisis Económico del Derecho en un enfoque positivo y otro normativo es una de las clasificaciones más conocidas en la disciplina. Esta supone que las herramientas de la Economía pueden utilizarse para *describir* y *predecir* los efectos de las instituciones jurídicas o pueden usarse para *sugerir modificaciones* al sistema legal (Rojas, Schenone y Stordeur (h), 2012, pág. 20).

En este sentido, explica Bour (2012) que el análisis económico positivo “... se refiere a entender, describir y predecir el comportamiento económico. Por ejemplo, ¿qué determina el precio del arroz? ¿Y del acero? ¿Qué sucedería con la producción de hidrocarburos si subiera su precio? El sello de la economía positiva es el test de hipótesis: construir hipótesis sobre el comportamiento económico y someterlas a verificación empírica”

Para referirse al análisis normativo, explica que: “... se ocupa de ‘lo que debería ser’, en particular, determinar el uso óptimo de los recursos a efectos de alcanzar el máximo bienestar para los individuos de la sociedad o grupo. Ejemplos ¿Deberíamos construir otra línea de transporte de electricidad? ¿Debería ser eliminada la tarifa sobre las importaciones de libros? ¿Debería el gobierno compensar a los trabajadores que fueron dejados sin empleo en el sector de la construcción?”

Cuando llevamos estos conceptos al Análisis Económico del Derecho, el análisis positivo tiene dos funciones fundamentales: *la descriptiva* del sistema jurídico a partir de la utilización de categorías económicas; y *la predictiva*, es decir, el uso de la economía para anticipar el efecto de las reglas jurídicas. Esta última, por supuesto, se refieren a tendencias y no a anticipaciones puntuales del comportamiento de individuos concretos (Rojas, Schenone y Stordeur (h), 2012, pág. 20).

En el caso del análisis normativo, aplicado al Análisis Económico del Derecho, plantea la reducción de los costos de la interacción humana a través de la introducción de modificaciones al sistema legal (Rojas, Schenone y Stordeur (h), 2012, pág. 21). Hay una coincidencia generalizada entre los autores que este tipo de enfoque es el que genera la mayor cantidad de controversias sobre la disciplina, dado que implica otorgar un lugar privilegiado a la eficiencia como valor dominante en el sistema normativo, en detrimento de otros. No es objetivo de este trabajo, ni es factible por la extensión propuesta para el mismo, abordar aquí esta polémica, por cuanto sólo se deja exteriorizada.

Las distinciones entre ambos tipos de análisis no siempre son claramente delimitables, sino que, en general, se entrelazan en el abordaje de una institución jurídica determinada.

EFICIENCIA

El Análisis Económico del Derecho tiene a la eficiencia como uno de los valores de referencia, a través de cuyo lente se producen los estudios de las distintas instituciones legales. Este aspecto es, además, uno de los que producen mayores controversias entre quienes practican la disciplina y sus detractores.

Además de las funciones económicas del derecho brindando la estructura sobre la que funciona el mercado, sino que también pueden ser una fuente de eficiencia o ineficiencia en la asignación de recursos (Rojas, Schenone y Stordeur (h), 2012, pág. 25). En este aspecto, valga recordar que el resultado de las interacciones entre los individuos maximizadores puede llevar a ciertas regularidades, ciertos puntos de “descanso”, un *equilibrio*, que cuando es estable se define como un patrón de interacción que persiste a menos que sea perturbado por fuerzas externas (Cooter y Ulen, 1998, pág. 25).

Las normas jurídicas pueden, entonces, generar estos equilibrios en las distintas interacciones humanas que regulan, y estos equilibrios además de estables pueden ser ora eficientes ora ineficientes. Aparece entonces aquí el concepto fundamental de la disciplina: la eficiencia. En el Análisis Económico del Derecho se tiene en cuenta la denominada *eficiencia de Pareto*, así llamada por el apellido de su creador, y se refiere a la satisfacción de las preferencias personales. Se define a una situación dada como eficiente en el sentido de Pareto si es imposible modificarla de modo tal que, al menos una persona mejore su situación (según su propia evaluación) sin empeorar la situación de otra (según su propia evaluación) (Cooter y Ulen, 1998, pág. 26). En la definición de Acciarri (2019, pág. 6): *“En ese campo, con relación a la asignación de recursos en una sociedad, se entiende como eficiente –en el sentido de Pareto– a una situación en la cual no se puede mejorar a uno de los sujetos implicados sin perjudicar (al menos) a otro”*. Un ejemplo sencillo expuesto por Rojas, Schenone y Stordeur (h) (2012, pág. 27): *“... imaginemos un grupo de jóvenes que salen a comer. Las alternativas son una pizza o una parrillada. Mientras a casi todos les da lo mismo comer una cosa que otra, un pequeño grupo prefiere comer pizza. En tal caso, la solución eficiente, en términos de Pareto, será ir a la pizzería, en vista de que ninguno se perjudica y algunos se benefician”*

En este punto puede decirse que una situación que es óptima en el sentido de Pareto no puede modificarse porque genera, necesariamente, perdedores y, consecuentemente, se afirma que un óptimo de Pareto es un estado distributivo en el cual los bienes han sido asignados a sus usos más valioso (Rojas, Schenone y Stordeur (h), 2012, pág. 29).

Existe otro criterio, más flexible, que nos habla de situaciones *Pareto-potenciales* o *potencial de Pareto*. Describe aquéllos casos en los que, aunque hay individuos que al inicio son perjudicados por un cambio en la situación preexistente, el beneficio de los que resultaron favorecidos es tal que sería suficiente para compensar totalmente el perjuicio de los desfavorecidos y, todavía, dejar a los ganadores mejor que en la situación inicial. Esta perspectiva se define también como eficiencia de *Kaldor – Hicks* y es meramente potencial porque no requiere que la compensación de los ganadores a los perdedores se produzca de manera efectiva, sino que basta con la mera posibilidad, con la potencialidad de la reparación.

En un plano teórico, y a través de la teoría de precios, se llegaría a una situación ideal en la cual no existiría ninguna otra asignación de los recursos económicos que permitiera mejorar la utilidad de los miembros del conjunto. Esta distribución, entonces, se constituiría en la mejor asignación posible de los recursos, una situación de equilibrio. *“Todos los intercambios (movimientos Pareto preferidos) han sido practicados hasta llegar al óptimo, donde nadie puede sacar ventaja de ninguna otra distribución, sin afectar, al mismo tiempo, la utilidad de otra persona”* (Rojas, Schenone y Stordeur (h), 2012, pág. 29)

Una de las grandes cuestiones que se plantean sobre la eficiencia es si se trata de un objetivo que debe ser conseguido aún a costa de cualquier otro valor. Es decir, si toda solución debe ser eficiente, incluso al precio de sacrificar otros valores como “justicia”, “igualdad”, “bien común”. Es este punto el que constituye la base de las críticas más importantes que se formulan al Análisis

Económico del Derecho, aunque, siguiendo a Acciarri (2019) debe señalarse que si bien la eficiencia de las instituciones jurídicas es la piedra de toque de la disciplina, esto no implica que deba ser el único análisis o el único factor determinante en la valoración de las normas jurídicas. Pero también debe señalarse que la eficiencia es un punto importante para formular cualquier tipo de análisis jurídico, al decir de Dagnino Pastore (2008): aplicar a las leyes que dicta el gobierno algunos criterios surgidos de la “economicidad”: no derrochar recursos que son escasos.

FALLAS DE MERCADO

La eficiencia de los mercados está sujeta a la existencia de ciertas condiciones (pluralidad de oferentes y demandantes de modo que ninguno pueda influir individualmente en el precio; capacidad de entrada y salida del mercado; la inexistencia de costos o beneficios externos), y cuando ellas están ausentes, enfrentan problemas en la eficiencia que los economistas definen como “fallas de mercado”.

Estas fallas de mercado son aspectos importantes dado que normalmente su existencia invita a la aparición de distintas medidas para morigerar sus efectos, generalmente, a través de algún esquema normativo. Por motivos de extensión de este trabajo no abordaremos cada una en particular y nos limitamos a enumerarlas: monopolios, bienes públicos y free riders, externalidades y las asimetrías de la información.

COSTOS DE TRANSACCION Y TEOREMA DE COASE

Rojas, Schenone y Stordeur (h) (2012, pág. 48) definen a los costos de transacción como los *costos asociados a la negociación*, y lo explican citando a Ronald Coase: *“Para efectuar una transacción en el mercado, es preciso descubrir quién es la persona con la que se desea operar, informar a las personas de que se desea traficar y en qué condiciones, efectuar negociaciones que conducen a un acuerdo, redactar el contrato, realizar la inspección necesaria para asegurarse de que se respetan las estipulaciones del contrato, etc.”*. Los costos de transacción comprenden en general los costos de búsqueda, los costos del acuerdo y los costos de ejecución de los distintos intercambios que pueden producirse en el mercado (Cooter y Ulen, 1998, pág. 121).

Rojas, Schenone y Stordeur (h) (2012, pág. 49) ubican a los costos de transacción según las distintas etapas que puede tener cualquier tipo de operación:

- 1) La iniciación (costos de búsqueda e información)
- 2) La negociación (costos de negociación)
- 3) La celebración de los contratos (costos de decisión)
- 4) El control de cumplimiento del contrato y la eventual sanción de la conducta transgresora (costos de control y sanción).

Una vez que se toman en cuenta estos costos en transacción, o dicho de otro modo, que la celebración de la interacción económicas requieren una actividad costosa adicional para su existencia, podemos ver que las leyes no son neutras para el desempeño económico, y que uno de los aspectos donde más inciden es en los costos de transacción.

De este modo arribamos a la obra de Ronald Coase, quien en un trabajo que se considera piedra fundamental del Análisis Económico del Derecho³, demostró que el orden jurídico excede el mero compendio de normas imperativas o restrictivas, sino que su aplicación tiene consecuencias directas que afectan a la eficiencia en general del sistema económico. El teorema como tal no fue formulado por Coase, sino que fue sistematizado con posterioridad por diversos autores de la disciplina y sus lectores, por lo cual tiene distintas redacciones y proposiciones. En el caso de Coote y Ulen (1998, pág. 117):

Cuando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera sea la asignación legal de los derechos de propiedad⁴.

Una de las conclusiones que saltan a primera vista es que si los costos de transacción existen y son lo suficientemente elevados como para impedir la negociación privada, entonces, la definición inicial de los derechos de propiedad tendrá fundamental incidencia en la distribución de los recursos en el conjunto. Esta simple observación permite comprender la importancia de las normas legales, a partir de las cuales se asignan los derechos de propiedad, para el funcionamiento del sistema económico.

EL ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO EN LAS DIVERSAS RAMAS DEL DERECHO

En los párrafos anteriores nos hemos asomado a los conceptos fundamentales del Análisis Económico del Derecho. En esta sección haremos una breve y somera descripción del abordaje que hace la disciplina en algunas de las ramas del derecho.

Derechos de propiedad: se utiliza la economía para responder algunos interrogantes fundamentales como ¿cómo se establecen los derechos de propiedad?, ¿qué puede ser objeto de la propiedad privada? ¿qué pueden hacer los dueños con su propiedad?, ¿qué remedios existen para la violación de los derechos de propiedad? Se abordan temas como el surgimiento de los derechos de propiedad, la división de los derechos, la propiedad pública, limitaciones a la transferencia de los derechos de propiedad, el tratamiento de las externalidades, los derechos de propiedad sobre la información, etc. (Polinsky y Shavell, 2005).

Responsabilidad civil: incentivos para la prevención, tipos de prevención, niveles de actividad y accidentes, responsabilidad por productos elaborados, asignación de riesgos y seguros, costos del sistema de la responsabilidad civil.

Contratos: el Análisis Económico del Derecho de los contratos pone énfasis en las funciones económicas y el derecho contractual, en las consecuencias sociales del cumplimiento y el incumplimiento, en los efectos de los contratos y en como el diseño adecuado de las normas jurídicas puede contribuir a la eficiencia. Las preguntas más importantes son: ¿cuándo el sistema jurídico debe promover que se celebre contratos?, ¿por qué los contratos deben ser vinculantes para las partes?, ¿cuándo debe asegurarse la eficacia en la contratación?, ¿siempre se debe garantizar el cumplimiento?, etc. (Tolosa, Pamela en Acciarri, 2019, pág. 71).

³ "The Problem of Social Cost", publicado en Journal of Law and Economics, 3, pp. 1-44. (1960)

⁴ La expresión "derecho de propiedad" se utiliza aquí en un sentido económico, equivalente a la capacidad de decisión que una persona tiene sobre un bien. Es una concepción más aproximada al concepto constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional) que a la noción del derecho real de dominio en el derecho civil.

Derecho de sociedades: se analizan fundamentalmente las funciones económicas de la sociedad, en particular como un entramado contractual que organiza las actividades económicas y productivas. La sociedad aparece como un factor concentrador de un cúmulo de vínculos contractuales, en los que actúan agentes internos como los accionistas y directores, o externos, como los proveedores y clientes.

Derecho concursal: la ley de concursos y quiebras se aplica a las personas humanas y jurídicas que se encuentran en situación de cesación de pagos. Representando esto la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones con su patrimonio, siendo necesario entonces un acuerdo entre el deudor con sus acreedores. El fundamento económico de la participación del Estado en estos casos encuentra sentido en la necesidad de resolver dos problemas básicos de eficiencia: el problema del oportunismo de los acreedores que intentan cobrar sus créditos con anticipación al resto y el problema del riesgo moral del concursado que, conociendo el valor esperado de su patrimonio, carece de incentivos para administrarlo de eficaz y efectiva.

El Análisis Económico del Derecho se extiende por prácticamente todas las ramas del derecho, aplicando su particular perspectiva para extraer conclusiones muchas veces novedosas y sorprendentes sobre las instituciones jurídicas tradicionales.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos presentado el Análisis Económico del Derecho con una doble finalidad, por un lado exponer de manera sintética los principales aportes que la teoría económica ha hecho al campo del análisis del derecho, y por otro lado la necesidad de profundizar la investigación en el análisis económico del derecho vigente en la Argentina como una línea nueva de desarrollo.

De la mencionada presentación podemos destacar los siguientes aspectos relevantes del tema:

El análisis económico del derecho procura identificar los efectos de las normas jurídicas sobre los individuos que son afectados por su aplicación y si esos efectos son socialmente deseables. Siguiendo a Acciarri (2019) puede decirse de un modo muy general que la disciplina consiste en aplicar una rama del conocimiento, la Economía, a otra, el Derecho.

Podemos decir desde ésta perspectiva que el Análisis Económico del Derecho se ocupa de las consecuencias de la norma, su interpretación y aplicación. Para descubrir y analizar estas consecuencias el Derecho utiliza el instrumental metodológico de la Economía que, en este sentido, ha desarrollado una teoría del comportamiento humano basado en el individuo racional que maximiza sus beneficios.

Podemos decir que las normas jurídicas contienen, siempre, un sistema de “premios y castigos” que operan como incentivos en los comportamientos de las sujetos alcanzados en su aplicación (Rojas, Schenone y Stordeur (h), 2012), quienes no son indiferentes las consecuencias que esas normas sobre su bienestar producen.

Podemos concluir que de algún modo la Economía viene a intentar en el Análisis Económico del Derecho establecer un puente para vincular el universo del “deber ser” de la norma jurídica con el “ser” de esas mismas reglas en su aplicación en la comunidad.

El Análisis Económico del Derecho se extiende por prácticamente todas las ramas del derecho, aplicando su particular perspectiva para extraer conclusiones muchas veces novedosas y sorpresivas sobre las instituciones jurídicas tradicionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ACCIARRI, Hugo (Director). 2019. *“Derecho, Economía y Ciencias del Comportamiento”*. Programa de formación en áreas de vacancia de la abogacía. Programa Justicia 2020. Editado por Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

BOUR, A. Enrique. 2012. *“Derecho y Economía. Lecturas de grandes contribuciones”*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. <http://www.ebour.com.ar> (último acceso: 23/11/2019)

COLOMA, Germán. 2001. *“Las Funciones Económicas del Derecho”*. En *“Problemas del Desarrollo”*, Vol. 32, núm. 126, México, IIEEc – UNAM, julio – septiembre de 2001, págs. 125-147

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. 1998. *“Derecho y Economía”*. Fondo de Cultura Económica. México.

DAGNINO PASTORE, José María. 2008. *“Una visión económica de las leyes”*. El Dial.com. Suplemento de Derecho Económico. 16 de mayo de 2008.

KERKMEESTER, Heico. 1999. *“Methodology: General”* En Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 1094 p. ISBN 1 85898 984 1, págs. 383-401.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. 2005. *“Economic Analysis of Law”*. Stanford Law School. John M. Olin Program in Law and Economics. Working Paper No. 36. <http://ssrn.com/abstract=859406> (ultimo acceso 22/11/2019).

ROJAS, Ricardo M.; SCHENONE, Osvaldo y STORDEUR (h), Eduardo. 2012. *“Nociones de Análisis Económico del Derecho Privado”*. 1ª Edición, Octubre de 2012. Universidad Francisco Marroquín, Guatemala.

ULEN, Thomas S. 1999. *“Rational Choice Theory in Law and Economics”*. En Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 1094 p. ISBN 1 85898 984 1, págs. 790-818