

DERECHO Y ECONOMÍA: RELACIONES

INTRODUCCIÓN A LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR*

Sumario

1. Preliminares
 - 1.1. Qué significa *derecho* en la frase “derecho y economía”
 - 1.2. Qué significa *economía* en la frase “derecho y economía”
2. La relación entre derecho y economía
3. ¿De dónde surge la necesidad de desarrollar normas (de contenido económico)?
4. Las fallas del mercado
 - 4.1. El poder de los agentes como falla del mercado
 - 4.1.1. El monopolio
 - 4.1.2. Externalidades y bienes públicos
 - 4.1.2.1. Externalidades negativas
 - 4.1.2.2. Los bienes públicos
 - 4.1.3. Incertidumbre, riesgo e información asimétrica
 - 4.1.3.1. Incertidumbre y riesgo
 - 4.1.3.2. Información asimétrica
5. Conclusiones

Bibliografía

* Abogado javeriano. Magíster en economía de la Pontificia Universidad Javeriana. Aspirante al título de pregrado en filosofía. Coordinador del Centro de Estudios en Derecho y Economía.

1. PRELIMINARES

¿Hay alguna relación entre el derecho y la economía? Esta es la pregunta que trataremos de resolver en estas páginas.

Pero, primero, debemos resolver una cuestión de tipo estrictamente analítico: es necesario establecer ¿en qué sentido es relevante aquella pregunta?¹. La respuesta, como la respuesta a cualquier cuestión filosófica (por el sentido de la pregunta), no es fácil. Para resolver la cuestión podemos tomar dos vías: primero, decir que es relevante preguntarse por la relación entre “el derecho” y “la economía” porque existe una preconcepción, no elaborada teóricamente, que indica que, el “derecho” influye en la “economía” y la “economía” en el “derecho”. Con todo, esta vía no es apta para determinar porqué tiene sentido preguntarse por la relación, si es que la hay, entre estas dos palabras. No es apta pues caeríamos en un círculo vicioso, ya que no es posible preguntarse por el sentido de la pregunta por la relación entre el derecho y la economía y responder diciendo que el sentido lo adquiere por una preocupación de tipo subjetivo que no afecta sino a aquellos que tienen una preconcepción de lo que es el “derecho” y lo que es la “economía”².

-
- 1 Quizá para algunos es irrelevante la cuestión por el sentido de una pregunta teórica, pero, respondemos esta objeción diciendo, que establecer las condiciones de posibilidad de una pregunta simplemente permite, desde un punto de vista metodológico, darle fuerza al argumento que se sigue de ellas. De un modo similar, aunque la comparación no es muy feliz, se inaugura con KANT en la *Crítica de la razón pura*. A su vez, PAUL RICOEUR en *Finitud y culpabilidad*, en un contexto teórico diferente, desde la perspectiva de la antropología filosófica, hace dicha pregunta como punto de partida metodológico que garantiza que aquello que sigue es una reflexión trascendental, es decir, una reflexión que se cuestiona por las condiciones de posibilidad. Así, nosotros no estamos interesados en una “filosofía trascendental del derecho” pero, estamos convencidos de que la pregunta por las condiciones de posibilidad de una pregunta teórica debe iniciar cualquier estudio de este tipo para con ello evitar objeciones a los presupuestos de la argumentación a desarrollar.
 - 2 Sin embargo, parece ser que incluso algunos que conocen el sentido de la palabra derecho y el sentido de la palabra economía, no pueden entrever la relación entre ellas dos, ni mucho menos la utilidad de preguntarse por las relación e importancia de la relación.

Por lo anterior, es necesario adoptar una segunda vía, una vía observable fundada en hechos. Ésta es quizá la vía más sencilla de todas, pues el sentido de la pregunta por “el derecho” y “la economía” se patentiza por hechos que indican que, desde la concepción misma del derecho, es necesario preguntarse por dicha relación³. Así, con hechos, se demuestra que adquiere sentido la pregunta pues han ocurrido algunos eventos que manifiestan un interés teórico por la pregunta por la relación o relaciones entre “el derecho” y “la economía”, los cuales demuestran que la pregunta adquiere sentido. Entonces, se constituyen en hechos que patentizan la relación:

1. la proliferación de publicaciones, revistas, libros y etcétera, desde 1958⁴ dedicadas al análisis económico del derecho y al derecho económico;
2. la gestación, a partir de la última década del siglo pasado, de múltiples programas dirigidos a la formación de abogados y economistas en el análisis económico del derecho y en el derecho económico;
3. un conjunto de concursos, becas y demás premios dirigidos a estimular en el país el desarrollo de todo tipo de escritos en análisis económico del derecho y en derecho económico⁵, y por último
4. el choque en los estrados y en la academia que han sostenido durante los últimos diez años abogados y economistas en los cuales, respectivamente, defienden la aplicación de ciertos principios de

3 De este modo lo señala CARNELUTTI en su monografía, *¿Cómo nace el derecho?*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.

4 Como veremos en la segunda parte de este libro, en el año 1958 se creó, por parte de AARON director, el *Journal of law and economics*, en la escuela de derecho de la Universidad de Chicago.

5 Por ejemplo, está el concurso JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ al mejor escrito y mejor revista en análisis económico del derecho y derecho económico, y la beca ENRIQUE LOW MURTRA, otorgada por el Banco de la República, para aspirantes a programas de maestría o doctorado en el exterior en análisis económico del derecho o derecho económico.

carácter jurídico sobre los principios económicos o respecto de la aplicación de principios de carácter económico sobre los principios jurídicos⁶.

Estos hechos, aunque parezcan superficiales, hacen patente que en la comunidad académica preguntarse por la relación de lo que entendemos por “el derecho” y “la economía” tiene sentido.

Así pues, podemos decir que ha sido la comunidad académica la que ha hecho patente una relación, sea cual sea, entre las palabras “derecho” y “economía”, la cual hace que tome sentido preguntarnos por esa relación. Claro está que, si somos estrictos, estos hechos en el ámbito mundial no son cosa de hoy, sino que hacen parte de la tradición jurídica y económica de algunos países desarrollados durante más de dos siglos⁷. Empero, no es cosa del pasado sino una preocupación que atañe nuestro presente, pues en nuestro país se ha escrito muy poco sobre el derecho económico y las investigaciones en análisis económico del derecho son mínimas, comparativamente hablando con lo que se ha desarrollado en otros países de habla hispana⁸, en Europa y América del Norte.

Ahora bien, sabemos que debido al conjunto de hechos presentados la pregunta por la relación de “el derecho” y “la economía” adquiere sentido y por ello es válido formularse la pregunta con que iniciamos este escrito, es decir, ¿hay alguna relación entre el derecho y la economía? Es necesario iniciar con un estudio analítico, es decir, observar cuáles son las posibilidades de relación entre estas dos palabras.

Antes de iniciar debemos estudiar cuál es el sentido o significado de dichas palabras, pues como bien dice ARISTÓTELES en el libro séptimo

6 Por ejemplo, las sentencias sobre salarios, emitida por la Corte Constitucional en 2001, 2002 y 2003 y la sentencia sobre el sistema de financiación de vivienda a través de UPAC de 1999, constituyen ejemplos de estos acalorados debates.

7 POSNER, RICHARD. *Foreword of the Encyclopedia of law and economics. Encyclopedia of law and economics*, en: <http://encyclo.findlaw.com/foreword.html>, febrero de 2004.

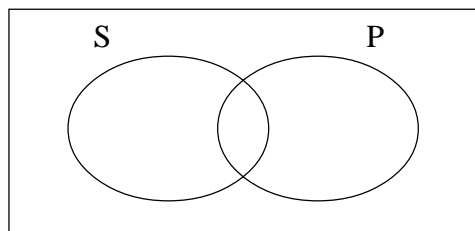
8 Véase: *Law & Economics in Mexico* by ANDRÉS ROEMER and JOSÉ DIEGO VALADÉS y *Law & Economics in Spain* by SANTOS PASTOR and JESSES PINTOS, en: <http://encyclo.findlaw.com/>, febrero de 2004.

de la *Metafísica*⁹, hay palabras de las que se dice de varias maneras. Algo similar sucede con las palabras *derecho* y *economía*, pues ellas se significan de varios modos¹⁰. Para develar esta pregunta de un modo completo, previamente debemos establecer cuál es el valor de la partícula “y” en la afirmación por la relación entre *el derecho* y la *economía*.

La partícula “y”, en la frase, representa un conector lógico-gramatical, es decir, es una partícula que enlaza y conecta dos o más palabras o dos o más enunciados en un argumento. Así, tiene dos funciones, la primera es ser conector lógico pues, desde dicha disciplina, es un elemento que se expresa como un componente que hace compuesto a un conjunto de enunciados que tienen cierto valor de verdad¹¹. Su segunda función es también lógica, pues permite determinar una relación entre enunciados simples¹². Es en esta función en la que nos concentraremos.

La relación que establece la partícula “y” es de conjunción, en términos de teoría de los conjuntos, implica determinar la intersección de dos conjuntos. Así decimos, la relación entre S y P se representa en primer lugar como lo grafica el diagrama 1.1. de VEHN:

DIAGRAMA 1.1.



9 ARISTÓTELES, *Metafísica*, Gredos, Madrid, 1994.

10 Por esta razón hasta el momento las palabras *derecho* y *economía* han aparecido entre comillas.

11 COPI, IRVING y COHEN, CARL. *Introducción a la lógica*, Limusa, Balderas, México, 2000. pág. 322 y sigs.

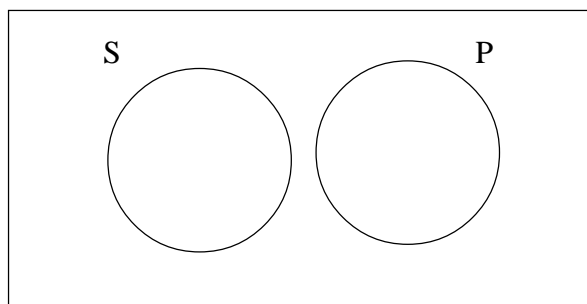
12 *Ibíd*em, pág. 324.

Así, vemos que S es un conjunto el cual no está totalmente contenido en P y P es un conjunto el cual no está totalmente contenido en S . Vemos que existe una primera clase de relación en la que hay una intersección entre los conjuntos definidos.

Si vamos más allá, pensando en la función que tiene la partícula “y” en la pregunta por la relación entre el derecho y la economía, más allá de la estricta intersección, podemos decir que al determinar las posibles relaciones, debemos tener en cuenta no sólo la intersección, sino también otras posibilidades de relación, que surgen entre el *derecho* y la *economía*. Así, la simple relación “y” de intersección se podría extender, según la respuesta, a otras posibles relaciones, entendiendo la palabra relación en sentido de conexión o correspondencia de alguna cosa con otra.

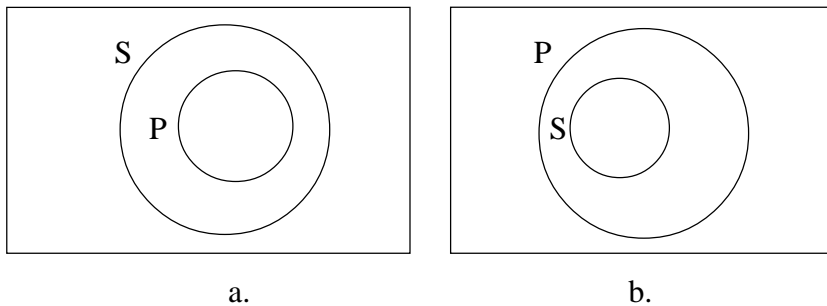
Por lo dicho, podemos decir que una de las posibles respuestas a la pregunta por la relación entre S “y” P es que entre los dos conjuntos no hay relación (aunque pueden ser parte de un mismo universo) o no existe, al menos, la intersección. En el diagrama de VEHN 1.2, la relación gráfica sería:

DIAGRAMA 1.2



Pero existen otras dos posibles respuestas a la pregunta por la relación en las que los elementos de un conjunto están completamente contenidos en otro conjunto, como lo muestra el diagrama 1.3.:

DIAGRAMA 1.3.



Podemos ver que en el diagrama 1.3.a. el conjunto S contiene totalmente al conjunto P, y que el conjunto P en el diagrama en el diagrama 1.3.b., contiene completamente al conjunto S.

En conclusión, podemos decir que se presentan tres tipos de respuesta a la pregunta por las posibles relaciones que se ven en la letra “y”. La primera es de intersección, cuando no todos los elementos de los conjuntos relacionados se encuentran en otro de los conjuntos. La segunda es de contención, es decir aquella que se presenta cuando los elementos de uno o más conjuntos están totalmente contenidos en otro conjunto. Y la tercera posible respuesta a la pregunta por la relación, que no es estrictamente una relación, es aquella en la que los conjuntos no presentan elementos comunes, aun cuando pertenezcan al mismo universo.

Ahora vamos a centrar nuestro estudio a las palabras que estamos discutiendo. Pero primero debemos definir cuáles son los elementos de los conjuntos que pretendemos relacionar. En términos analíticos, los elementos de los conjuntos dependen de la definición que demos de cada conjunto y dicha definición depende de las creencias políticas, los gustos, deseos y pareceres personales de quien define. Por ello, como la elaboración de un libro de cualquier materia es un ejercicio teórico de argumentación, vamos a desarrollar, desde nuestra perspectiva, cuál es la definición y el contenido de la palabra “economía” y cuál la definición y contenido de la palabra “derecho”. En lo que sigue vamos a estudiar qué significa *derecho* en la frase “derecho y

economía” y qué significa *economía* en la frase “derecho y economía”¹³.

1.1. QUÉ SIGNIFICA *DERECHO* EN LA FRASE “DERECHO Y ECONOMÍA”

La palabra “derecho” según la Real Academia Española de la Lengua se entiende de varios modos¹⁴. Vamos a estudiar sólo cuatro de ellos: Primero, se dice del derecho como disciplina o ciencia; segundo, se entiende derecho como institución; tercero, como simple norma que garantiza una facultad de acción; y cuarto, como adjetivo, se dice de lo recto, lo justo y lo directo. Los sentidos que nos importan acá son duales, el derecho como disciplina y como institución. Estos sentidos, son muy habituales y sobre todo conexos en el desarrollo de la filosofía del derecho de los últimos tres siglos. Pero, como el propósito de este estudio no es hacer una historia de la filosofía del derecho, vamos a desarrollar una referencia corta a lo que nos interesa determinar, es decir, qué se puede entender por el vocablo “derecho”.

La pregunta por el significado de la palabra derecho, ha constituido desde hace más de tres siglos el eje de los debates de teoría jurídica. En estos tres siglos se han presentado tres corrientes que interactúan entre sí intermitentemente. Éstas pueden ser denominadas el naturalismo o antiformalismo jurídico, el positivismo o formalismo jurídico y el realismo jurídico.

La primera de estas escuelas tiene dos vertientes principales. La primera llamada escuela del derecho natural clásica, parte de la consideración del derecho como un simple conjunto de principios

13 Este tipo de análisis lo hacen NICHOLAS MERCURO y STEVEN MEDENA en su libro *Economics and the law*. Con todo, la relación que ellos hacen es un poco limitada pues no cuestionan los variados sentidos que pueden tener las palabras derecho y economía.

14 Tiene 28 acepciones para ser exactos.

formados espontáneamente por los individuos, los cuales no necesitan estar escritos para ser aplicados y protegidos¹⁵. Otros miembros de esta escuela, toman al derecho natural como ese derecho emanado de la naturaleza humana, y por ello, común a todos los hombres¹⁶. También está la nueva escuela del derecho natural, la cual se percibe como un resurgimiento de las teorías del derecho natural en las que se defiende, como principal característica del derecho, los valores tradicionales postulados por el *ius naturalismo* clásico, como lo son la justicia, la equidad, la seguridad y el bien común.

En segundo lugar está el positivismo o formalismo jurídico, el cual surge por un conjunto de acontecimientos, como por ejemplo la elaboración de los Códigos napoleónicos¹⁷ y el surgimiento y la divulgación del método de las ciencias naturales como “único” método científico válido. Estos hechos llevaron a un desarrollo del derecho como una disciplina de tipo científico, la cual toma el orden legal existente y de él desarrolla, por medio del método inductivo, un grupo de nociones, conceptos y distinciones teóricas¹⁸. Este positivismo se centró en la norma como objeto de estudio y en los metalenguajes que podían surgir de ella a partir del análisis lógico de las interrelaciones entre proposiciones legales¹⁹. Por esto, fue posible el desarrollo de teorías puras del derecho, pues se tenía la creencia de que el derecho es una ciencia pura e independiente, cuyos datos se constituían en simples colecciones de casos²⁰.

15 Cfr. BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, Fondo de la Cultura Económica, México, 1997.

16 NOGUERA LABORDE, RODRIGO, *Introducción al derecho*, vol. 1, Universidad Sergio Arboleda, 1994, pág. 135.

17 BOBBIO, NORBERTO, *Positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993..

18 BODENHEIMER, *op. cit.*

19 MERCURO, NICHOLAS y MEDENA, STEVEN, *Economics and the law*, Princeton University Press, Princeton, 1999, pág. 6.

20 *Ibidem*, pág. 7.

Luego, con LLEWELING²¹ y otros filósofos del derecho surge una crítica al sistema positivista del derecho, esta es la escuela del realismo jurídico de la cual se desarrollan las escuelas de estudios críticos del derecho. Éstos hacen una crítica al sistema positivista de derecho pues consideran que el hombre no puede ser imparcial cuando juzga, pues siempre está influido por preconceptos políticos, por intuiciones y por sus gustos, deseos y pareceres, los cuales influyen de modo directo la decisión o valoración judicial. Además, estos estudios parten de un conjunto de categorías marxistas para justificar que el derecho es, al final de cuentas, una expresión de los intereses de las clases dominantes en la sociedad²². Esto último, lo podemos ratificar en palabras de FOUCAULT²³ quien dice que el derecho es sólo un elemento de la trilogía de lo que conforma al poder, es decir, el poder, el derecho y la verdad. El poder se ejerce produciendo verdad. La verdad, presente en el discurso, produce a su vez la ley, que se transfigura en derecho²⁴. Así, surge una escuela diferente que da cuenta del discurso de la filosofía contemporánea y define al derecho en torno a un conjunto de categorías sociológicas, económicas, psicológicas y etc., las cuales permiten ver que el derecho no es un problema de simples normas, sean escritas o no. El derecho va más allá, es una expresión normativa de las prácticas del ser humano, y por ello, en todos sus sentidos filosófico-jurídicos el vocablo derecho, es una conjunción de disciplinas que permiten definir unas relaciones de poder que termina con el desarrollo de leyes²⁵.

21 El artículo que más conviene a nuestro propósito, es: LLEWELING, KART, “*The effect of legal institutions upon economics*”, *American Economic Review*, vol. 15, December, 1925.

22 MERCURO y MEDENA, *op. cit.*, pág. 9.

23 FOUCAULT, MICHEL, *La genealogía del racismo*, La piqueta ediciones, Madrid, 1992. También véase, del mismo autor: *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1992.

24 *Ibidem*, pág. 33.

25 El concepto de ley es el más amplio posible, es decir, es ley, por el contrario de lo dicho por HART, incluso la que impone un ladrón que con su arma obliga a un tercero a entregarle cierta cantidad de dinero. MURRAY ROTHBARD en *The anatomy of the State*, hace un análisis comparativo del origen del Estado con el modo de imposición que tiene una banda de forajidos.

1.2. QUÉ SIGNIFICA *ECONOMÍA* EN LA FRASE “DERECHO Y ECONOMÍA”

Ahora veamos cuál es el sentido de la palabra *economía*. La palabra *economía* en la relación entre derecho y economía puede tener dos sentidos. El primero entiende a la *economía* como ciencia y el segundo la *economía* como una relación de espacio-tiempo en la que concurren agentes, bienes y servicios, y precios.

Como ciencia, hablamos de “la economía”, que es una ciencia social que estudia la acción humana deliberada²⁶. Esta es la definición que adoptamos de economía en este estudio, pues, en términos de la economía neoclásica, la economía es el estudio de la interacción de la acción de los agentes y de los modos de controlar dicha acción para lograr una asignación óptima o eficiente de los recursos escasos, la cual restringe el ámbito de aplicación de la economía. Pero, vamos a dar por sentado que aquella es la definición de economía que deseamos trabajar pues no estamos acá para hacer un estudio de la historia de la filosofía de la economía.

Como fenómeno espacio-temporal, se habla de “una economía” y nos referimos a un espacio y un tiempo en el cual concurren agentes, es decir: firmas y familias, bienes y servicios, producidos y prestados por la cooperación de firmas y familias, y, debido a la existencia de los mercados, se presentan los precios²⁷. A este fenómeno llamaremos el sentido de la economía

¿Cuál es el sentido de la palabra economía que pretendemos trabajar acá? Son los dos. La economía como ciencia, permite establecer un conjunto de herramientas de tipo científico y discursivo que llevan a entender el desarrollo de la acción humana, y la economía, como “espacio-tiempo”, o como institución si se nos permite llamarla de ese

26 HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión editorial, Madrid, 1999. También en: <http://www.huertadesoto.com>.

27 Para una visión completa del sentido de la palabra economía, véanse: MASS COLELL, ANDREA, WINSTON, MICHAEL, y GREEN, JERRY, *Microeconomic theory*, OUP, Oxford, 2001.

modo, la cual se remite al conjunto de interacciones que podemos desarrollar por la cooperación entre agentes.

2. LA RELACIÓN ENTRE *DERECHO* Y *ECONOMÍA*

Volvamos a la pregunta original: ¿hay alguna relación entre el derecho y la economía? Ya sabemos que las posibles respuestas a la pregunta por la relación son de tres tipos y que estas relaciones dependen del concepto que delimite los conjuntos a relacionar.

En primer lugar, los conjuntos que relacionaremos son el conjunto del derecho como disciplina o ciencia y el conjunto de la economía en su primer sentido, es decir, como ciencia social. Respecto de esta relación podemos decir que, entre el derecho como disciplina teórica y la economía como ciencia social, existe una relación de contención, pues, la economía es la ciencia que estudia la acción humana y el derecho tiene como objeto, en todos sus sentidos, el estudio de normas y principios jurídicos. Así, la existencia de normas simplemente indica que hay unos límites artificiales (sean consensuales o dictatoriales) a la acción humana deliberada y que, dentro del conjunto de acciones posibles, hay unas limitadas por las normas, que emanan de un poder, las cuales son estudiadas por el derecho. En este sentido, el derecho estudia un subconjunto de acciones humanas y, por ello, está contenido en la economía. Esto nos indica que, en primer lugar, cuando hablamos de la relación entre derecho y economía, hablamos de una relación entre dos ciencias sociales que tienen como objeto de estudio la acción humana. Así, la acción humana que estudia la economía es género y la acción humana limitada, que estudia el derecho, es especie. De esta relación se ocupa el análisis económico de la teoría jurídica, pues se presentan como análisis lógico de la acción²⁸.

28 Para ampliar el concepto recomendamos: LONG, ROEDERIK T., Wittgenstein, austrian economics and the logic of action. Working paper, en: <http://www.mises.org/journals/scholar/long.pdf>.

En segundo lugar, puede haber otro tipo de relaciones. La relación entre la economía como ciencia y el derecho como institución, la relación entre la economía y el derecho como instituciones, y la relación entre el derecho como ciencia y la economía como institución. Así, la relación entre la economía como ciencia y el derecho como institución lleva a una relación entre las leyes y principios de la acción humana deliberada frente al conjunto de normas que compone al derecho. De esta relación puede surgir una subdisciplina llamada análisis económico del derecho, pues ésta busca que, a partir de categorías de tipo económico sean éstas de economía positivista o no, se desarrollen un conjunto de teorías respecto del derecho como institución.

La relación entre la economía y el derecho como instituciones nos lleva a desarrollar todas aquellas correlaciones entre el mercado, principal componente de la economía como institución y las normas que lo regulan.

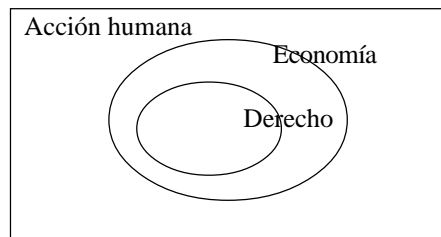
Y la relación entre el derecho como ciencia y la economía como institución pretende dar cuenta del estudio de la acción del hombre que se desarrolla en la economía como institución (en el mercado). De estas dos relaciones surge, a nuestro parecer, el derecho económico, pues se desarrolla el estudio científico de un conjunto de normas —institución jurídica— que regulan la actividad económica. Para algunos, con los que nos identificamos, todo el derecho es económico y por ello no es necesario hacer distinciones²⁹. Si embargo, la doctrina colombiana y extranjera, sobre todo la francesa, insisten en establecer

29 La razón parece obvia, si la economía como institución se refiere a agentes, bienes y servicios, y precios. El derecho, desde cualquier perspectiva, es un análisis de normas que se aplica a agentes, los cuales ven limitadas sus posibilidades de acción con el derecho. De esta manera, estudiar esta relación implica estudiar todo el derecho, pues éste impone todo tipo de límites a la acción de los agentes, a la asignación de bienes y servicios, y a la normal definición de precios en el mercado. Un corto análisis de esta ambigüedad conceptual, con un perfil defensor de la perspectiva contraria, se puede encontrar en: GUTIÉRREZ P, HERNANDO, “Hacia un derecho económico sostenible”, *Universitas*, Ciencias Jurídicas, N° 96, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.

que existe un conjunto de normas denominadas de derecho económico o normas con contenido económico³⁰.

En términos gráficos o de diagramas de VEHN, las relaciones entre el derecho y la economía se pueden representar así: primero, al decir que la economía es una ciencia cuyo objeto de estudio es la acción humana frente a los recursos escasos y que el derecho también tiene un objeto de estudio similar pero un poco más restringido, diríamos que la relación del derecho y la economía se puede ver en el diagrama 1.4.:

DIAGRAMA 1.4.



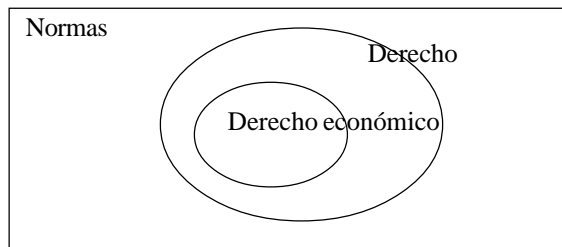
Vemos en el diagrama 1.4. que dentro del universo de la acción humana, una ciencia llamada economía estudia una parte de tales acciones y dentro de ese subconjunto de acciones analizadas por la economía está otro subconjunto de acciones que estudia o hacen parte del objeto de estudio del derecho.

Segundo, en lo respectivo a la relación entre derecho como ciencia y la economía como institución, podríamos establecer la relación que suponen la mayoría de los tratadistas del derecho económico, en la cual existe un conjunto de normas, llamado “derecho económico”, que

30 Mucho se ha dicho sobre el derecho económico en nuestro país y en otros países de Europa, pero infortunadamente para los tratadistas del tema hay muy pocas revistas especializadas dedicadas al derecho económico, lo cual deja ver el poco interés por dicha disciplina. Una extensa bibliografía colombiana y francesa sobre el tema aplicable a este tema se encuentra en: BORDA RIDAO, ROBERTO, *Introducción al derecho económico*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.

se ocupa de las actividades de mercado y de la asignación óptima de recursos escasos. Pero ese conjunto normativo no agota todo el espectro del derecho (en nuestro parecer, tampoco agota el espectro de la economía por eso los conjuntos se confundirían en uno). Así, la relación gráfica se representa en el diagrama 1.5.

DIAGRAMA 1.5.



Vemos en el diagrama 1.5. que dentro del universo de las normas, existe un conjunto de aquéllas llamadas con un contenido estrictamente jurídico debido a la coerción presente en ellas, a las cuales se identifican con el derecho. Dentro de éstas, existe un subconjunto de normas jurídicas cuyo objeto es la regulación de actividades de mercado y la asignación óptima de recursos escasos, a éstas las identifica la doctrina con el derecho económico³¹.

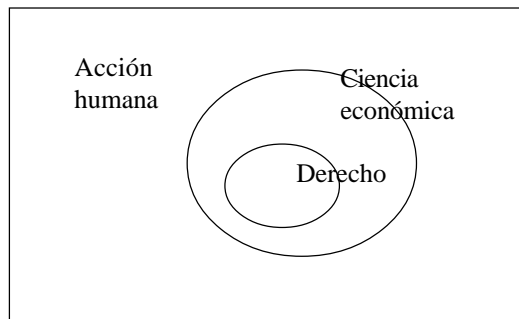
A pesar de lo dicho, algunos dicen que, teniendo en cuenta el amplio espectro de lo económico, debido a que es mucho más que simple asignación de recursos, el calificativo de económico de alguna rama del derecho sobra, pues todo el derecho es económico. Con esta posición nos identificamos pero ello no se constituye en un límite al desarrollo de un análisis de las posiciones que se han tenido con respecto a lo que se ha llamado derecho económico.

Tercero, en lo que respecta a la relación entre la economía como ciencia y el derecho como institución, la relación es muy simple. La

31 Véase: BORDA RIDAO, *op. cit.*

economía como ciencia, social o positiva, está dotada de un conjunto de herramientas de análisis de la acción humana deliberada, como dijimos, la acción humana deliberada comprende la acción humana que estudia el derecho, es decir, la acción humana limitada por normas con respaldo coercitivo, por ello, la otra posible relación entre el derecho y la economía se representa del siguiente modo:

DIAGRAMA 1.6.



Así, vemos que dentro del espectro de análisis de la acción humana está la ciencia económica y que ella, entre otras cosas se ocupa del derecho pues éste es también parte de la acción humana. Esta relación da origen, sin importar si entendemos la economía como una ciencia positiva o como una ciencia social, al análisis económico del derecho. Este es pues un mecanismo de argumentación el cual a partir de herramientas de análisis desarrolladas por la economía pretende dar cuenta del derecho, de un modo descriptivo o valorativo.

Como podemos ver, las relaciones antes descritas tienen su origen en los distintos modos de comprender las palabras “derecho” y “economía”. Por ello, cuando se hace derecho económico, que es la resultante de un tipo de relación entre el derecho y la economía, no se está haciendo análisis económico del derecho. Por lo mismo, cuando se hace análisis económico del derecho no se hace derecho económico. Son disciplinas distintas, con objetivos y modos de comprender el derecho y la economía distintos.

3. ¿DE DÓNDE SURGE LA NECESIDAD DE DESARROLLAR NORMAS?

Hasta el momento hemos determinado que es posible hallar una relación entre el derecho y la economía, que dicha relación depende de la perspectiva con que abordemos las palabras “derecho” y “economía” y que de dichas relaciones se hacen patentes las disciplinas objeto de análisis de este curso, es decir, el análisis económico del derecho y el derecho económico (y marginalmente el análisis económico de la constitución y el derecho económico constitucional). Ahora vamos a hacer un estudio que nos recuerde cómo y porqué en la evolución de las instituciones jurídicas surgió la preocupación por el desarrollo de normas que permitieran la intervención del Estado en la economía, teniendo como instrumento el derecho positivo. Para desarrollar este aparte, debemos volver brevemente a la historia del análisis económico.

Tal como lo señala FOUCAULT en *Las palabras y las cosas*³², en la época clásica “la economía” no era más que el estudio de la riqueza. En ese entonces, surge una agenda de investigación que se monta sobre un *episteme* cuyo objeto exclusivo es el análisis de la riqueza. Podemos decir que de los estudios de los economistas clásicos, desde finales del siglo XVII hasta finales del siglo XIX, surge el desarrollo de la idea que dará fuerza a la economía posterior, esta es la idea de un sistema de mercado. Los economistas clásicos parten de los estudios de la filosofía del siglo XVII cuya preocupación fundamental era la ética. Sus estudios tenían un corte estrictamente filosófico y su único objetivo era desarrollar una filosofía práctica respecto del valor y la riqueza³³. Con todo, el eje ético de dichas ideas es la libertad³⁴. Así, los “fisiócratas”, fundados en el ideal naturalista de LOCKE, desarrollaron un sistema de pensamiento en el cual la libertad, estrictamente la libertad

32 FOUCAULT, MICHEL, *Las palabras y las cosas*, Editorial Siglo XXI, México, 1999. pág. 164 y sigs.

33 *Ibidem*.

34 Cfr. MISES, LUDWING VON, *Sobre liberalismo y capitalismo*, Folio, Bogotá, 2000.

económica, es fundamento ético de la no intervención del Estado en los asuntos empresariales. Por ello decían que:

«El equilibrio económico lo rigen las leyes naturales y no la voluntad de los gobiernos. El orden económico natural va de acuerdo con los derechos naturales del hombre e implica su respeto. El orden natural implica el respeto de los derechos naturales: Entre los derechos naturales del hombre figuran la propiedad individual, la libertad económica, persecución del interés personal... respetar esos derechos supone la abstención económica del Estado. Para realizar el orden natural, es necesario liberar la economía en general, y la agricultura en particular, por medio de la libre circulación de granos, con una política de libre producción y a «buen precio», es decir al precio del mercado y no al que impongan las autoridades»³⁵.

Como podemos ver, se establecen varios principios entre ellos, el respeto de la propiedad privada que se constituye como uno de los principios para el “armonioso” funcionamiento del sistema de mercado³⁶.

Posteriormente se desarrollan los estudios del mal llamado padre de la economía³⁷, ADAM SMITH. SMITH fue un filósofo escocés dedicado al estudio de la ética, por ello sus postulados parecen más los provenientes de una investigación sobre la moral que los que propiamente pueden llamarse económicos. Así, consideró en su estudio sobre la naturaleza humana que todo individuo tiene como único móvil la propia ganancia y por ello es conducido por una “mano

35 MINH. pág. 30.

36 HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo, op. cit.*, pág. 73.

37 Los orígenes de los que nosotros llamamos economía se remontan incluso a la escuela escolástica y al pensamiento de los filósofos naturalistas de la escuela de Salamanca. Así, el primer tratado general de economía, antes de ser la riqueza de las naciones de SMITH, fue el texto, *Essay on the Nature of Commerce*, escrito en 1730 por RICHARD CANTILLÓN. Él identificó, que la economía, es un área independiente de pensamiento ético, la cual permite la explicación de la formación de los precios, por medio de la “experimentación mental”. Entendió que los mercados eran un proceso empresarial y mostró que el dinero entra a la economía en un proceso paso a paso, distorsionando los precios en el camino. Para una cita más amplia véase: *What is Austrian Economics?* en: <http://www.mises.org/austrian.asp>, febrero, 2004.

invisible”³⁸ a desarrollar un fin que forma parte de su plan de vida. Así pues, la competencia es un problema de simple consecución de fines. Quien produce, produce en desarrollo de su fin, quien consume también lo hace en la búsqueda de su fin, por ello, dice SMITH,

“no es de la benevolencia del carnicero, ni de la del vendedor de cervezas o del panadero, de la que esperamos nuestra comida, sino de su consideración del interés propio. No apelamos a su filantropía sino a su egoísmo personal, y no les hablamos de nuestras necesidades sino de sus ganancias»³⁹.

Estas reflexiones nos hacen ver la idea fundamental de la economía clásica, la idea del orden espontáneo del sistema de mercado. La mano invisible no es más que una apelación de tipo pedagógico que permite entender al mercado y la espontaneidad de las relaciones presentes en él, como un resultado del “egoísmo” presente en todos los hombres⁴⁰. Por ello es necesaria *la libertad*, pues ella permite el desarrollo de las actividades y la búsqueda y consecución de los fines individuales. Estos fines individuales dependen del mercado y es él el que pone las condiciones a que los individuos actúen por motivos no altruistas. Tales relaciones y el mismo egoísmo presente en el desarrollo del sistema de mercado terminan en la cooperación de los agentes. La información que revela el precio y la que se hace presente en cada transacción permite que las fuerzas en pugna en el mercado se coordinen y lleven al orden sin que ningún ente central y organizador (el Estado) necesite de intervenir⁴¹.

38 La mano invisible es un simple instrumento pedagógico que usa SMITH en el desarrollo de sus textos. Infortunadamente fue modificado su sentido llevando a una mala interpretación del fenómeno que realmente quería SMITH resaltar, es decir, el orden espontáneo de las relaciones económicas humanas.

39 SPENCER, M.H., *Economía contemporánea*, 2ª edición, Editorial Resente, S.A., Barcelona 1983. Aunque confirmamos la referencia llegamos a ella por cita de: BORDA R, ROBERTO, *Introducción al derecho económico*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, 1999.

40 HEILBRONER, ROBERT, *Historia del pensamiento económico*, Aguilar, Madrid, 1968.

41 BORDA, R., *op. cit.*, pág. 26.

Según el fundamento ético expuesto, el papel que se le debía asignar al Estado, según SMITH:

“correspondía única y exclusivamente al cumplimiento de tres obligaciones a saber: la primera, consistente en proteger a la sociedad de los violentos y de las agresiones que otros estados pudieran cometer; la segunda, velar por una exacta administración de justicia; y la tercera, la realización y conservación de determinadas obras públicas y determinadas instituciones públicas, cuya producción no es rentable económicamente a los particulares”⁴².

Estas obligaciones del Estado son un reflejo del querer ético de la época, pues reflejan los valores a proteger según las adjudicaciones propias del derecho natural, es decir, garantizar la seguridad, la justicia, la equidad y el bien común.

Estas ideas expuestas serían el sustento y fundamento de la ciencia, llamada actualmente, *economía*. Está economía clásica ha sido clasificada como la economía del sistema de mercado o economía de mercado, pues se dio gran preponderancia a la libre iniciativa de los individuos en el desarrollo de sus empresas y se evitó al máximo la intervención estatal. Así, se supone que el móvil de toda acción de los individuos estaba dado por el fin que éstos perseguían. Y la consecución de fines está en función de los beneficios y de la utilidad. Por esto, en la simple economía de mercado todos los individuos pretenden lo mismo, esto es, la maximización de la utilidad y del beneficio. Ello se logra porque todos y cada uno de los individuos se impelen en vista del interés propio. El interés propio y la envidia, dan pie al desarrollo de la competencia. La palabra competencia viene de la acepción latina *competitum*⁴³, que significa la búsqueda común de la misma petición por un bien. La búsqueda de un fin por parte de cada individuo y la búsqueda de la satisfacción del propio interés llevan a que muchos concurren en la búsqueda de lo mismo y, por ello, compitan por el

42 Ibídem, pág. 27, citado por BORDA, R., *op. cit.*, pág. 19. Ésta es una clara expresión de la línea de pensamiento del liberalismo clásico expuesto por HOBBS y LOCKE.

43 HUERTA DE SOTO, *op. cit.*, pág. 77.

lucro que ello les proporciona. Esto puede ser consumiendo o produciendo. Así el sistema de cooperación permite que se den las condiciones para que se produzcan y consuman los bienes y servicios producidos. Con todo, hay una condición previa, este sistema sólo funciona si hay escasez⁴⁴. Se entiende por escasez como la insuficiencia, falta o carencia de recursos, para que ellos sean asignados a los agentes que los necesitan. La razón del fundamento de las ideas económicas en la escasez salta de bulto, pues de no haber escasez ¿para qué producir?, ¿para qué competir?

Como vemos, esta escuela desarrolló, a partir de un cierto concepto del proceso de volición del hombre, toda una teoría respecto del comportamiento de éste en sus relaciones de mercado. Esta teoría, funda sus apreciaciones en la racionalidad del hombre al desarrollar en acciones sus preferencias y, por ello, en el desarrollo de sus empresas⁴⁵. La *racionalidad* no implica que el hombre sea infalible en el cálculo del costo-beneficio de sus acciones, sino que el hombre, por ser un individuo que maximiza, sujeta su proceso de maximización a sus preferencias, las cuales son puramente subjetivas. Las preferencias, deben cumplir cierto tipo de estructura para que puedan ser consideradas como provenientes de un ser racional, de modo que deben ser transitivas y completas⁴⁶. Así, la racionalidad se expresa por estas dos características de las preferencias. Como vemos, este concepto de hombre llevó a la teoría a plantear un modelo sin fallas, es decir, un modelo que se adecua ante cualquier situación teórica y práctica debido a que, el hombre está preparado para asumir cualquier tipo de decisión.

44 Ibídem. El autor cita como fuente de autoridad de su conclusión el fabuloso libro de LUDWIG VON MISES, *Human, action*, en: <http://www.mises.org>. La versión española es publicada por Unión Editorial, Madrid, 2000.

45 Empresa entendida en el sentido de emprender, no de firma.

46 MASS COLELL, ANDREA, *et. al. Microeconomic theory*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pág. 7. Que las preferencias sean transitivas implica que el agente no puede afrontar sus preferencias al modo de un ciclo, es decir, si prefiere al bien A sobre el bien B, y el bien B sobre el bien C, entonces no puede preferir C sobre A, debe preferir A sobre C. Que las preferencias sean completas implica que el individuo tiene bien definida la preferencia entre dos posibles alternativas.

Así pues, posteriormente, con la caída del individualismo, la crisis de las ciencias y el colapso de la burguesía victoriana, estas ideas dejaron de ser útiles para aquellos que, dentro de la retícula del poder estaban alzándose en el dominio de la verdad y el derecho. Además, con las profundas depresiones y crisis de las economías desarrolladas, la idea que tomó el ambiente de la época propendía por el fortalecimiento del Estado. Se decía que de no acabarse con el régimen anárquico de la libertad, de no darse al Estado la facultad de disponer, reglamentar, limitar e intervenir en la libertad, las consecuencias de ella, serían el abuso del poder económico, la manipulación de aquellos que como único medio de producción tienen el trabajo y la concentración en manos de pocos de los medio de producción⁴⁷.

Por lo dicho se desarrollaron al interior de las escuelas de economía, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, teorías distintas que justifican el desarrollo de un intervencionismo de Estado en las acciones de los agentes. A las dos principales se les llama, a la primera teoría o modelo de la falla de mercado, a la segunda se le llamó teoría o modelo de la cooperación.

El modelo de la falla del mercado surge como una nueva interpretación de aquellas razones por las cuales el modelo de competencia perfecta o modelo general competitivo walrasiano⁴⁸ presenta distorsiones. Quizás el principal representante de estos nuevos desarrollos fue PIGOU. PIGOU en su libro *Economía del bienestar*⁴⁹, estableció que era posible eliminar las externalidades como falla del mercado mediante la imposición de una señal al mercado que internalizará a la acción la falla del mercado, como por ejemplo, un impuesto o un subsidio.

Ahora bien, el modelo de la cooperación desarrolló otro modo de entender y aproximarse a las imprecisiones de la economía de mercado

47 La pregunta que surge es: ¿si este era el fin de la intervención económica, porque aún hoy, donde la intervención está en sus niveles máximos, los problemas resaltados son incluso más graves?

48 WALRRAS, LEÓN, *Elementos de una teoría pura de la economía*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

49 PIGOU, A., *Economics of wealth fare*, McMillan, Londres, 1920.

planteada por los clásicos. Quien desarrolló *grosso modo* esta teoría fue el neoinstitucionalismo, encabezado con RONALD COASE⁵⁰. El modelo de la cooperación simplemente indica que, desde el punto de vista económico, es más efectivo que la intervención estatal directa, mirar al consumidor, a la firma, al mercado y a la ley, como diferentes vías de tipo institucional, las cuales permitirán afrontar de un mejor modo cualquier problema de la organización económica⁵¹ reflejados en los costos de transacción y el oportunismo de los agentes.

Como podemos apreciar, entre otras, se han postulado dos justificaciones del porqué debe existir intervencionismo legal en las actividades que tradicionalmente llamamos económicas. Éstas tienen en común que suponen la existencia de mecanismos o instrumentos que permitirán la solución de dichas fallas. Pero, difieren en que el primero supone que la economía presenta un conjunto de herramientas que llevan a una nueva asignación de recursos eficiente, mientras que el segundo modelo piensa que el problema está dado, no tiene solución inmediata, sino que es necesario estudiar la organización y los costos de transacción de las mismas para desarrollar una teoría de la aplicación del derecho en la economía.

Ahora vamos a estudiar más profundamente el modelo de la falla de mercado pues este es quizás el referente directo en el desarrollo de las políticas públicas en lo que se cree constituye una falla del mercado.

4. LAS FALLAS DEL MERCADO

Como dijimos el modelo de las fallas del mercado parte del concepto del mercado competitivo desarrollado por LEON WALRRAS⁵². Para este

50 También veremos este tema en la segunda parte de este libro.

51 GUTIÉRREZ P, HERNANDO, “El análisis económico del derecho: perspectivas para el desarrollo del derecho económico”, revista *Universitas*, Ciencias Jurídicas, vol. 100, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000, pág. 35 y sigs.

52 Cfr. WALRAS, LEÓN, *op. cit.*

autor los mercados perfectamente competitivos se caracterizan por varios supuestos, es decir:

- 1) Muchos compradores motivados por el interés propio y actuando para maximizar su utilidad;
- 2) Muchos vendedores también motivados por el interés propio y actuando para maximizar sus beneficios;
- 3) Tanto compradores como vendedores no tienen la capacidad de generar ningún tipo de control sobre los precios del mercado y por ello son tomadores de precios;
- 4) El precio que surge de las presiones de demandantes y oferentes sirve como una guía para los agentes comunicando la escasez del bien, servicio o factor tranzado;
- 5) Los productos están estandarizados, es decir, son homogéneos, en cada mercado;
- 6) No hay barreras de entrada o salida del mercado, entonces consumidores y productores son libres de entrar o dejar el mercado de productos y factores;
- 7) Tanto compradores como vendedores están completamente informados en lo que respecta a las transacciones de mercado y, por ello, poseen previsión perfecta de las transacciones de mercado;
- 8) Todos los bienes y servicios del mercado son mantenidos en propiedad privada estando todos ellos bien definidos y asignados; y
- 9) Las leyes de contratación, los derechos de propiedad y las normas de responsabilidad civil son completamente garantizadas por parte del Estado⁵³.

53 Estos puntos son enumerados de una manera más extensa por: MERCURO y MEDENA, *op. cit.*, pág. 13 y sigs.

Ahora bien, estos nueve puntos pueden ser reagrupados en tres características de los mercados de competencia perfecta las cuales permitan determinar que, dada una falla en cualquiera de estas características, se genera una falla en el mercado⁵⁴. Estas características son:

1. Los agentes del mercado maximizan, son tomadores de precios y no hay barreras de entrada o salida del mercado. Esto quiere decir que ninguno de ellos tiene la capacidad o el poder de, por sí sólo, influenciar los precios del mercado sea por intermedio de las cantidades producidas o de la variación del número de agentes.

54 En términos de las condiciones matemáticas del equilibrio general competitivo, para que haya equilibrio, es necesario que el beneficio marginal social (BMS) sea igual al costo marginal social (CMS). Para llegar a esta condición, previamente debemos establecer otras condiciones de equilibrio. Así, el BMS debe ser igual al beneficio marginal privado (BMP), esto quiere decir que un incremento en el beneficio de la sociedad por una transacción no es diferente del incremento en el beneficio privado de una transacción. Así, no hay externalidades positivas o negativas en el consumo. Este BMP debe ser igual al precio del producto (P), es decir, que el precio que un individuo paga por una cierta cantidad de un bien específico es exactamente igual al beneficio marginal de la última unidad adquirida. La siguiente condición dice que P es igual al costo marginal privado (CMP), es decir, que el precio de mercado es igual al costo marginal privado de producir dicho bien. Por último, la condición que equilibra el sistema dice que, el CMP es igual al CMS, de manera que un incremento en el costo privado de una firma en la producción de un producto no es en nada diferente del incremento en el costo que incurre la sociedad. Así, no hay externalidades negativas en la producción.

La satisfacción de estas cuatro condiciones asegurará que el CMS sea igual al BMS. El siguiente cuadro resume las condiciones planteadas:

Condiciones de equilibrio*

- | | |
|----|-----------|
| a) | BMS = BMP |
| b) | BMP = P |
| c) | P = CMP |
| d) | CMS = CMS |

Entonces, BMS = CMS lleva a
una asignación de recursos
paretoeficiente.

*Cuadro extractado de MERCURO & MEDENA, *op. cit.*, pág. 16.

2. Los bienes y servicios transados en el mercado son homogéneos, están en cabeza de propiedad privada y los derechos de propiedad son garantizados por el Estado. Cuando se dice que el bien es homogéneo se busca analizar los bienes de un mercado particular para que puedan ser sujetos a adición como lo que son. Así pues, aun cuando sean sustitutas, no es posible sumar peras con manzanas a menos que estemos mirando el mercado agregado de las frutas. Los derechos de propiedad y su garantía permiten que la asignación de bienes y servicios en el mercado se maneje de forma eficiente.

3. La información de los participantes en el mercado es simétrica y completa y, por ello, cada uno de los agentes posee previsión perfecta. Esto quiere decir que, en el mercado, ninguno de los agentes tiene más información que otro, de manera tal que cada uno conoce lo que los demás saben y los demás saben que cada uno de los participantes conoce lo que los demás saben, de modo que todos saben que cada uno conoce lo que los demás saben. Teniendo claro que nadie tiene ventajas en la información, podemos deducir que todos tienen la capacidad de prever perfectamente el comportamiento de los demás, de manera tal que es posible determinar para todos previamente cuál será el efecto de la acción de cada agente.

Así pues, teniendo en cuenta estos supuestos, podemos decir que las fallas del mercado se presentan cuando no funciona o se genera alguna ineficiencia en el desarrollo de alguno de estos supuestos. Entonces, podemos identificar fallas del mercado en relación con los agentes, los precios, los bienes y servicios, y la información del mercado. Vamos a analizar estas fallas del mercado y las soluciones que los economistas han dado a las ineficiencias presentadas en ellas para tener un mejor espectro de lo que los tratadistas del enfoque de la falla de mercado tienen en mente al decir que la presencia de aquéllas es la justificación de la intervención o regulación en la economía.

4.1. EL PODER DE LOS AGENTES COMO FALLA DEL MERCADO

Tal como lo indicamos previamente, en el modelo de mercado competitivo, tanto consumidores como productores se asume que actúan como precio aceptantes. Sin embargo, existen mercados en los que algunos agentes poseen poder de mercado, es decir, estos agentes por ser pocos a un lado del mercado (consumidores o productores) tendrán la capacidad de cambiar los precios lejos del nivel de mercado competitivo. Así, nos referimos a aquellas situaciones en las que la ineficiencia del mercado competitivo se determina porque algún o algunos de los agentes tienen la capacidad de afectar el mercado de tal forma que llegan a eliminar su calidad de precio aceptantes, para ser precio decisores.

Las formas de poder de mercado, entonces, se dividen según el lado en el cual se presenta el número reducido de agentes que pueden decidir sobre el precio. Así, del lado de la demanda la doctrina económica ha dicho que existen tres fenómenos de poder de mercado: si hay un único consumidor habrá monopsonio; si hay dos consumidores habrá duopsonio y; si hay más de tres consumidores que no son precio aceptantes habrá oligopsonio. Por el lado de la oferta, los posibles fenómenos son: el monopolio si sólo hay un oferente; el duopolio si hay dos oferentes y; el oligopolio si hay más de dos oferentes y éstos no son precio aceptantes.

El fenómeno de poder de mercado cuyo análisis es más común es el monopolio. Éste se presenta cuando existe un único productor. Debido a su importancia para el análisis económico de casos en el derecho de la competencia, vamos a hacer un repaso rápido por la teoría del monopolio.

4.1.1. El monopolio

Tal como lo dijimos, es una de las posibles estructuras del mercado en la que, a diferencia de la estructura competitiva, sólo se presenta un

productor el cual tiene un derecho exclusivo de venta⁵⁵. El productor, al igual que cualquier otro productor en la estructura competitiva, tiene como único problema maximizar sus beneficios pero a diferencia de ésta, el productor no es *precio aceptante*, sino *precio decisor*. Así, el problema del monopolista es

$$\begin{aligned} \text{Max } \Pi &= I(y) - C(y) \\ & p, y \\ \text{s.a. } D(p) &\geq y \end{aligned} \quad (1)$$

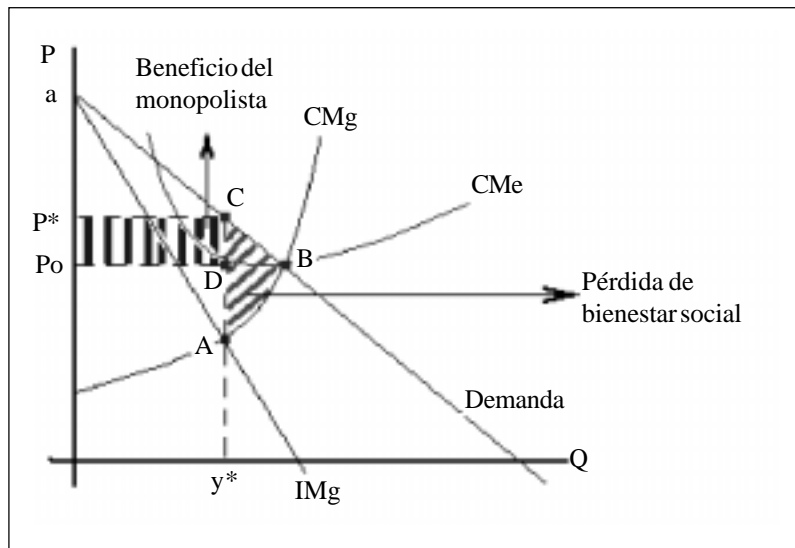
El problema se dice que es, entonces, que el monopolista debe maximizar sus beneficios teniendo en cuenta las variables objetivo, estas son la producción, y , y el precio, p . La solución del problema está sujeta a una restricción dada por la demanda, $D(p)$, que es una función del precio, y la cual debe ser mayor o igual a la producción⁵⁶.

La solución a este problema del productor es: $I'(y)=C'(y)$, es decir, que el ingreso marginal sea igual al costo marginal. Como vemos esta es la misma condición de maximización que se presenta en los mercados de competencia perfecta, la diferencia ésta en que, en competencia perfecta, la igualdad incluye el precio, así: $I'(y)=C'(y)=p$. Entonces, podemos ver que no necesariamente el monopolista debe hacer igual su precio al costo marginal y al ingreso marginal, sino que el monopolista puede maximizar incluso si el precio es diferente del costo marginal y el ingreso marginal. Así, la característica de ineficiencia del monopolio, o lo que hace al monopolio ineficiente es que el productor tiene la capacidad de maximizar sus beneficios observando la función de demanda así puede modificar el precio del producto y las cantidades producidas, por ello se presentan unas cantidades ofrecidas reducidas y por ello unos precios altos. Lo anterior lo podemos ver en el gráfico 1, así:

55 VARIAN, HAL, *Análisis macroeconómico*, Anthony Bosch, Barcelona, 1998, pág. 252 y sigs.

56 *Ibidem*, pág. 254.

GRÁFICO 1



Podemos ver que en el punto A, el costo marginal, CMg , es igual al ingreso marginal, IMg . Así pues, en relación con las cantidades, en el punto A, el monopolista maximizará su beneficio en y^* , donde y^* representa la cantidad producida que maximiza el beneficio. En el punto B, el CMg es igual al costo medio, CMe , y a la demanda. En el punto C, se representa el precio en el que el monopolista maximiza su beneficio, al precio P^* .

Además de lo dicho, hay dos áreas que debemos resaltar de este análisis gráfico. La primera es la que determina el beneficio adicional del monopolista. Esta es el área cuyas esquinas son los puntos Po , P^* , C y D. Esta es la ganancia adicional que puede percibir el monopolista debido a su poder de mercado. Esto se debe a que el monopolista escoge el precio al que maximiza su beneficio y como él observa la pendiente negativa de la demanda, para poder determinar un precio alto, simplemente reduce las cantidades ofrecidas en el mercado y resulta entonces una pérdida de eficiencia por una ganancia del monopolista.

Otra área que debemos resaltar es la que define sus contornos por los puntos C, A y B. Ésta, define la pérdida social que genera el

monopolio. Estas pérdidas equivalen al sacrificio social por la presencia del monopolio y es este sacrificio o costo externo el que “justifica” la intervención estatal del monopolio por medio de regulación⁵⁷.

Otra de las características del poder de mercado que confiere el monopolio al monopolista es la capacidad de generar procesos de discriminación de precios los cuales le permitan maximizar. *Discriminar precios* significa, en términos generales, vender las unidades del mismo bien a precios distintos a diferentes demandantes⁵⁸. Esta es una estrategia viable si el monopolista puede clasificar los consumidores y controlar la reventa del producto. Si posee esta información o según el grado de conocimiento de esta información el monopolista puede generar tres tipos de discriminación de precios. Según el ya estudiado PIGOU⁵⁹, hay tres tipos de discriminación de precios:

“1) La discriminación de precios de primer grado o perfecta; En este tipo de discriminación el vendedor cobra un precio diferente por cada unidad del bien de manera tal que el precio que cobra por cada unidad es igual a la disposición a pagar del consumidor por dicha unidad.

2) La discriminación de precios de segundo grado o fijación no lineal de precios, se presenta cuando los precios difieren según el número de unidades del bien que se compran pero no de unos consumidores a otros. Así, cada consumidor se enfrenta al mismo vector de precios, pero éstos dependen de las cantidades adquiridas por los consumidores, y

3) La discriminación de precios de tercer grado, es aquella en la que se cobran precios distintos a los diferentes compradores, pero cada uno de ellos paga una cantidad constante por cada una de las unidades que compra del bien”⁶⁰.

57 Este “justifica” está entre comillas pues los costos externos no son justificación de intervención, de ser así, toda transacción justificaría intervención pues en toda transacción hay ganadores y perdedores, y es un sin sentido suponer que cada vez que alguien pierda se genere un proceso de intervención del Estado.

58 MAS COLELL, *et. al.*, *op. cit.*

59 Cfr. PIGOU, A., *op. cit.*

60 VARIAN, *op. cit.*, pág. 284 y sigs.

4.1.2. Externalidades y bienes públicos

Los bienes en la economía deben tener unas características tales que permitan cumplir con las condiciones de maximización del beneficio y la utilidad previamente planteadas. Así, hay un conjunto de bienes que por no cumplir dichas características generan ineficiencias en la asignación y maximización del beneficio.

Las externalidades son uno de los principales problemas de ineficiencia en el desarrollo de mercados competitivos. Esto es, porque ellas se refieren a un bien que un agente económico suministra a otro sin que exista ningún tipo de transacción económica directa entre dichos agentes y la cual afecta positiva o negativamente su función de benéfico o utilidad, positiva o negativamente⁶¹. Entonces, una externalidad está presente cuando las acciones de un agente económico afectan el entorno de otro agente⁶², de manera tal que las externalidades pueden ser clasificadas según si afectan el consumo o si afectan la producción. Hay *externalidad en el consumo* cuando las acciones de un agente (productor o consumidor) afectan el entorno de utilidad de un consumidor. Por otro lado, hay *externalidad en la producción* cuando las acciones de un agente (productor o consumidor) afectan la frontera de posibilidades de producción de un productor. En conclusión, la externalidad indica una relación de no mercado en la que un agente no puede elegir el bien o servicio que desea incluir en su canasta de bienes o en su función de producción⁶³.

Cuando decimos afecta, los decimos en dos sentidos, en sentido positivo, cuando las acciones del tercero conceden un beneficio adicional en la producción o una utilidad mayor en el consumo. Se entiende que las acciones del tercero ofrecen una externalidad en sentido negativo cuando la acción del agente afecta las posibilidades de producción del

61 SPULBER, DANIEL, *Regulation and markets*. Cambridge, Massachusetts: The MIT, 1989.

62 VARIAN, HAL, *op. cit.*, pág. 507.

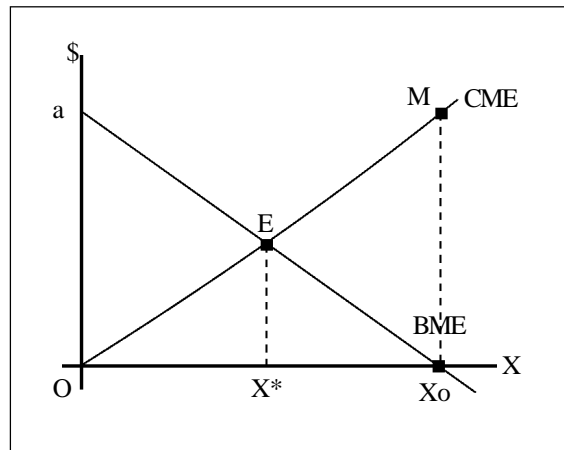
63 VARIAN, HAL, *Microeconomía intermedia*, Anthoni Bosch, 2001, pág. 579 y sigs.

agente pues las reduce o las hace más costosas o porque disminuye la utilidad del agente que recibe dicha externalidad. A las externalidades en sentido positivo, generalmente se les clasifica como bienes públicos, a las externalidades en sentido negativo se les llama externalidades negativas. Vamos a estudiar cada una de ellas para entender el entorno y la ineficiencia que ellas crean.

4.1.3. Externalidades negativas

Para explicar las externalidades negativas vamos a analizar las generadas por la contaminación ambiental. En términos estrictos, vamos a analizar el caso en que una empresa produce contaminación y ésta afecta tanto a los productores aledaños como a los consumidores. De este modo, el productor emite una contaminación x , la cual le permite maximizar sus beneficios pues no incurre en costos para reducir la cantidad de contaminación que desecha en el medio natural. Por otro lado, los consumidores y los otros productores que se ven afectados por la acción del productor que contamina ya que deben asumir unos costos adicionales por la acción del agente. En el gráfico 2 podemos ver los efectos de estas acciones así:

GRÁFICO 2



En el punto X_0 , la contaminación es máxima y el beneficio del productor por contaminar es máximo, tal como lo indica la función de beneficios marginales por contaminar o beneficios marginales de la externalidad, BME, es igual a cero en X_0 ⁶⁴. Por otro lado, vemos que el costo de la contaminación con la emisión X_0 , es igual al área OMX_0 , la cual es máxima dado el nivel de emisiones X_0 . Como vemos, hay una desproporción entre los beneficios de la contaminación y los costos sociales de la misma, los cuales generan un desequilibrio el cual termina por ser causado por la ineficiencia en la asignación de recursos.

Con todo, el gráfico nos muestra que existe un punto, E , en el cual es posible lograr un equilibrio económico, con eficiencia paretiana. Este punto indica que existe una contaminación X^* la cual permite alcanzar un beneficio marginal de la externalidad igual al costo marginal de la misma. Con todo, es necesario hacer que el sistema de mercado desarrolle una solución basada en la simple acción de los agentes. Así, las posibles soluciones son:

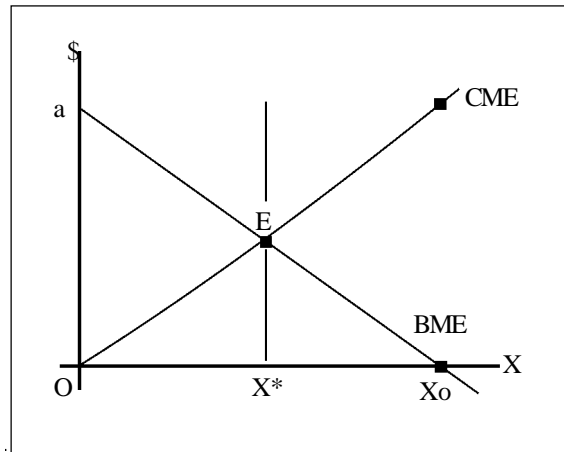
4.1.3.1. Soluciones de comando y control

La solución de comando y control es la más sencilla de las soluciones a la contaminación pero la que más problemas causa. En ésta la autoridad ambiental establece una meta de contaminación que debe ser igual al monto de contaminación óptima. Si un productor excede dicha meta, se expone a las sanciones por contaminar, los cuales deben ser mayores que los beneficios de contaminar.

Así, gráficamente la solución es la siguiente:

64 Debemos recordar la condición de maximización según la cual el beneficio es máximo cuando el beneficio marginal es igual a cero, 0.

GRÁFICO 3.



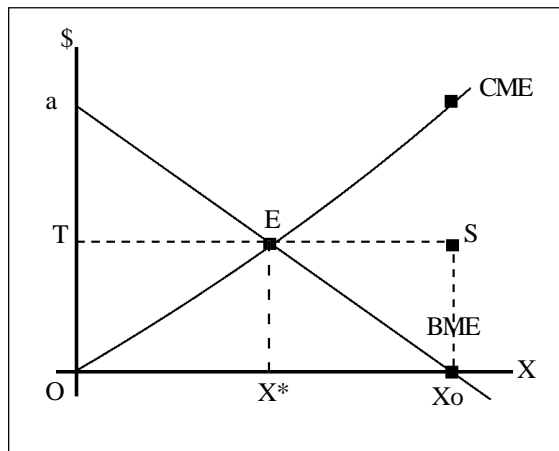
Así, como vemos en el gráfico 3 se llega a la solución óptima por imposición directa, hecha por la autoridad ambiental. El problema de esta solución es que no tiene en cuenta que adquirir la información necesaria para determinar cual es la contaminación óptima es muy costosa y casi imposible de lograr pues es necesario conocer el costo marginal en que incurre cada uno de los afectados con la contaminación y los beneficios marginales de la contaminación.

4.1.3.2. Soluciones impositivas

Las soluciones impositivas buscan hacer que, con la inclusión de un impuesto, la firma misma internalice en su función de beneficios de la externalidad los costos por contaminar que se le causan a la sociedad. Así, la firma al resolver su problema de maximización incluirá como un *ítem* dentro de sus costos un impuesto por unidad de contaminación, llamado impuesto pigouviano, el cual es igual a los costos sociales de la externalidad. La solución a este problema es emitir unidades de contaminación hasta el punto en que la contaminación genera unos beneficios marginales iguales a los costos marginales de la contaminación.

Así, se llega al punto E, donde BME es igual a TX^* que es igual a CME. Gráficamente las soluciones:

GRÁFICO 4.



Podemos ver que, dada la emisión de contaminación X_0 , la firma debe pagar al fisco el área $OTSX_0$, pero como el productor maximiza, sabe que esa área es mayor que la presente debajo de la función de BME, por ello reduce su contaminación hasta que los BME sea iguales a los pagos al fisco, esto es en el punto E, con una emisión X^* , es decir un área de costos OEX^* y un área de beneficios $OaEX^*$, en la que es igual el CME y el BME.

4.1.3.3. Los derechos de propiedad

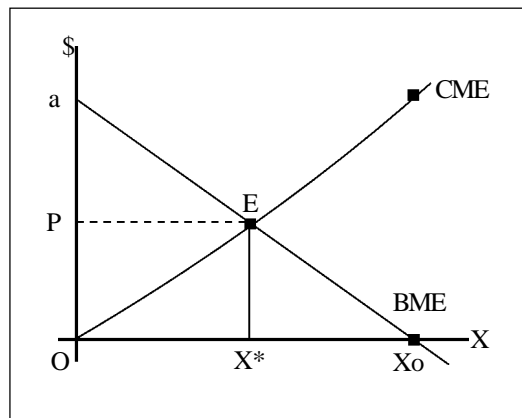
Otra solución a los problemas de externalidades es determinada por la correcta y garantizable (enforceable) asignación de los derechos de propiedad. Esta solución se fundamenta en el teorema de Coase, según el cual, sin importar a quien se le asignen los derechos de propiedad sobre determinado recurso, si los derechos de propiedad sobre el

mismo son claros, son garantizados y los costos de transacción son cero, siempre se llegará a una transacción óptima de dichos derechos⁶⁵.

En términos estrictos se supone que las transacciones llevarán al equilibrio del mercado puesto que quien sufre el daño por la contaminación, o quien no puede contaminar, pagará hasta que el beneficio de reducir la contaminación o el beneficio de contaminar sea igual al costo marginal de la contaminación. Así, se llegará a una asignación eficiente de recursos. El único problema que surge de esta solución es de tipo ético, debido a que la asignación de los derechos en cabeza de uno u otro grupo dará al grupo beneficiado una mayor riqueza pues afecta positivamente la restricción presupuestaria de aquel al que se le asignaron los derechos de propiedad, suponiendo que la asignación fue gratuita.

Esta solución se representa en el gráfico 5. Así:

GRÁFICO 5.



Suponemos que el productor que produce contaminación tiene el derecho a contaminar pues el lugar en el que expulsa sus desechos son bienes de uso público, y por ello la asignación del derecho fue ejecutada

65 MAS COLELL, *op. cit.*

en cabeza de ellos. Los demás deben adquirir o negociar con el productor el derecho que éste tiene de contaminar. Entonces, se debe pagar un precio por cada unidad de contaminación que deje de emitir. La transacción llega a su óptimo en el punto *E*, donde el productor que contamina iguala los beneficios por contaminar con el costo de los demás por la contaminación.

4.1.4. Los bienes públicos

Primero, debemos definir qué se entiende por bien público. Para ello debemos aclarar que no nos vamos a centrar en la clasificación de los bienes según su efecto precio, es decir, las variaciones de la demanda del bien debido a cambios en el precio, o en su efecto renta, es decir, las variaciones en la demanda de un bien debido a cambios en la renta del consumidor. Nuestro objetivo, es explorar las clasificaciones de los bienes según las características estáticas del uso, esto es, la “rivalidad” y la “exclusibilidad” de los bienes con respecto al consumo.

Entremos en materia. Un bien es *rival* si su consumo por parte de un individuo reduce la cantidad de dicho bien que pueden disponer los demás consumidores. A su vez, es *no rival* si su consumo por parte de un individuo *no* reduce la cantidad de que pueden disponer los demás. Por otro lado, un bien es *excluíble* si es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona. Asimismo, es *no excluíble* si no es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona⁶⁶.

Tomando estos elementos, la doctrina económica ha distinguido los bienes públicos de los bienes privados. Es un bien público aquel que es *no excluíble* y *no rival*, es decir, su consumo por parte de un individuo *no* reduce la cantidad de que pueden disponer los demás y, además, *no* es posible excluir de su consumo por lo menos a una persona. Un ejemplo simple de un bien público es el “alumbrado público”, pues “la cantidad de farolas que hay en una determinada área es fija”, así

66 VARIAN HAL, *Análisis...*, *op. cit.*, pág. 507 y sigs.

“cualquier persona puede consumir la misma cantidad que otra y la cantidad que consume una de ellas no afecta a la cantidad de la que puede disponer la otra”⁶⁷, lo que hace al bien *no rival*. Asimismo, “el hecho de que alguna persona consuma este bien no excluye de su consumo a la otra”⁶⁸, pues el uso de la “luz” generada por cada farola no acaba o extingue el bien, de modo que puede ser usada dicha “luz” por cualquier otra persona. Otros ejemplos de este tipo de bienes son la policía, las carreteras, el sol⁶⁹, el aire, el mar, etc.

Los bienes privados puros, por su parte, son aquellos que son rivales y excluibles, como por ejemplo: una manzana, pues su consumo por parte de un individuo reduce la cantidad de que pueden disponer los demás y, además, el consumo hace fungible el bien, de manera que se excluye de su consumo por lo menos a una persona. Aun así, existen otros bienes denominados privados intermedios, denominación con la que no estamos de acuerdo, ya que creemos que deben ser denominados públicos intermedios, pues pueden ser no rivales pero son excluyentes, como la televisión privada o por cable, dado que su consumo no reduce el consumo de los demás pero sólo puede consumirlo aquel que tenga acceso al pago de la renta por el decodificador⁷⁰. A su vez, el bien puede ser rival pero no excluyente, es decir, su consumo reduce el consumo de los demás pero puede consumirlo cualquiera, pues su uso por parte de uno no acaba con la potencialidad de uso por parte de otros. Como ejemplo, puede ser una piscina, ésta no se extingue por el uso de mucha gente, pero puede llegar un punto en que esté tan abarrotada de personas que nadie más pueda usarla en ese momento.

67 *Ibidem*.

68 *Ibidem*.

69 Con todo, la empresa y el ingenio humano con el desarrollo de nuevas tecnologías podrían generar mecanismos de exclusión en este tipo de bienes. Por ejemplo, en el programa de televisión “Los Simpsons”, el señor Berns para monopolizar el manejo de la energía en Springfield, construyó una máquina que permitía bloquear la llegada de luz solar al pueblo. De este modo hizo excluible un bien que parecía tener naturaleza no excluyente y no rival.

70 *The Economist*, “*Markets for ideas*”, April 14th 2001, pág. 72.

Una vez hemos aclarado la naturaleza de los bienes públicos, nos podemos preguntar ¿es eficiente producir de modo privado un bien público? La respuesta es no. No es eficiente puesto que se presenta el fenómeno del *free rider*. Un *free rider* es un agente oportunista que observa que otro agente adquiere el bien público y debido a que dicho bien es no excluyente y no rival, no asume ningún costo para adquirirlo.

La solución a la ineficiencia que genera la externalidad positiva de los bienes públicos es determinada por un subsidio. Como el productor sabe que no va a ser demandado del mismo modo que un bien privado el bien público, la mejor forma de incentivar su producción es dándole al productor un subsidio que compense las pérdidas de ingresos debidas a la naturaleza del bien.

4.2. INCERTIDUMBRE Y RIESGO E INFORMACIÓN ASIMÉTRICA

Tal como lo mencionamos en el aparte anterior, el riesgo y la información asimétrica se constituyen en otros modos de ineficiencias en el desarrollo de las transacciones de mercado y del logro del equilibrio general competitivo. El riesgo muestra la falta de información de los agentes o la imposibilidad de la previsión perfecta. La información asimétrica indica que es imposible que los agentes tengan la misma información en el desarrollo de sus transacciones de mercado.

4.2.1. Incertidumbre y riesgo

Tal como lo señala COLOMA⁷¹, existen numerosas situaciones en las que los agentes económicos deben tomar decisiones sin poder tener presente

71 Cfr. COLOMA, GERMÁN, *Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino*, Universidad CEMA, en: <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>. Este acápite lo hemos fundamentado en el texto de COLOMA debido a la sencillez explicativa que éste utiliza para desarrollar un tema tan complejo como lo es la aversión al riesgo.

los efectos exactos de sus acciones. Esto se presenta por varios motivos, pero el principal es que los agentes no conocen cuáles son las variables de decisión involucradas o no conocen el efecto de las mismas. A las situaciones en que un agente no tiene ningún tipo de información respecto de la situación a la que se enfrenta y por tanto una previsión nula de los posibles efectos de su acción se dice que este agente está en incertidumbre. La incertidumbre implica, cierta inseguridad o dudas sobre el resultado futuro de una acción o de un acontecimiento. A diferencia de las situaciones de riesgo, en la incertidumbre no se conoce la *probabilidad* de que ocurra el posible efecto de la acción o acontecimiento. La incertidumbre es entonces la situación de extrema ignorancia en que se encuentra un agente económico, ante una acción que requiere deliberación, y en la que por la falta total de información no puede determinar el resultado de su acción o de la acción de los demás agentes⁷².

Ahora bien, para los economistas, la incertidumbre se elimina con información que permita la asignación de cierta probabilidad a la ocurrencia de los hechos posibles anticipados por el agente económico. Así, el agente sabe que existe una probabilidad de ocurrencia del hecho, de manera que puede intuir que el riesgo en el ejercicio de su acción. Al no conocer el efecto exacto, al no tener perfecta previsión del efecto de su acción, supone una duda respecto de la posible ganancia o pérdida al ejercerla. La falta de previsión que origina el riesgo puede ser exógena cuando tiene fuentes externas al mercado y, por ello, las acciones de los agentes no afectan el riesgo de mercado, y fuentes endógenas en las que los hechos causantes de la imprevisibilidad son internos al mercado y, por ello, las acciones de los agentes le imprimen incertidumbre al mercado⁷³.

72 La incertidumbre o la aceptación de la incertidumbre en las ciencias parte de los estudios de HEISENBERG, según los cuales no es posible idear una metodología para localizar la posición de la partícula subatómica siempre que no estemos dispuestos a aceptar la incertidumbre absoluta respecto a su posición exacta. Ello implica un reconocimiento de la ignorancia para iniciar el proceso de racionalización de la probabilidad. Para una referencia más amplia: Cfr. TREFIL, J., *De los átomos a los quarks*, Salvat Editores, Barcelona.

73 VARIAN, *Microeconomía...*, *op. cit.*

Según lo dicho, el riesgo depende entonces del valor asignado a las variables que presentan ausencia de información sobre su comportamiento. Estas variables representan la “posible” ocurrencia de un hecho. A este hecho, por ser incierto, se le asigna cierta probabilidad de ocurrencia. Esta probabilidad puede ser modelada de modo que dependa su valor de otro conjunto de hechos ciertos, de manera tal que, aunque no se tenga certeza sobre el hecho incierto, si se tenga certeza sobre el valor de su probabilidad de ocurrencia. Las variables que forman esta probabilidad pueden ser objetivas, de modo que son conocidas por todos los agentes del mercado, o pueden ser subjetivas, de modo que dependen de las creencias o intuiciones que los agentes asignan a las situaciones alternativas.

El ejemplo más sencillo de asignación de probabilidad es el del juego “cara y sello”. Cuando se arroja la moneda al aire, la probabilidad que ésta caiga en su “cara” es del 50% y que ésta caiga en “sello” es también del 50%. Esta probabilidad se asigna objetivamente pues se supone que sólo hay dos hechos de posible ocurrencia, sea que caiga en “cara” o en “sello”. También es posible asignar una probabilidad 60% a “cara” y 40% a “sello”, esto teniendo en cuenta que es posible que la moneda tenga un peso adicional cargado a la “cara” por su mayor volumen, en este sentido la probabilidad de ocurrencia del hecho no sólo depende de las posibilidades sino del peso. Así, asigna subjetivamente la probabilidad pues determina la posibilidad de ocurrencia por cierto conocimiento teórico —que el desequilibrio en peso de cada cara afecta la trayectoria de la moneda. También, subjetivamente, un agente puede asignarle 100% a “cara” y 0% a “sello” pues siempre que ha jugado “cara” ha ganado. Así, asigna subjetivamente, independiente de las posibilidades o hechos externos, una probabilidad a cierta opción por puros elementos místicos⁷⁴.

En términos económicos, se usa el concepto de valor esperado o utilidad esperada para determinar cuál será la decisión óptima de un agente en ausencia de información. Ésta surge del cálculo del promedio

74 Para un análisis más profundo de este juego: cfr. GIBBONS, ANTHONY. *Introducción a la teoría de los juegos*, Anthony Bosch, Madrid, 1999.

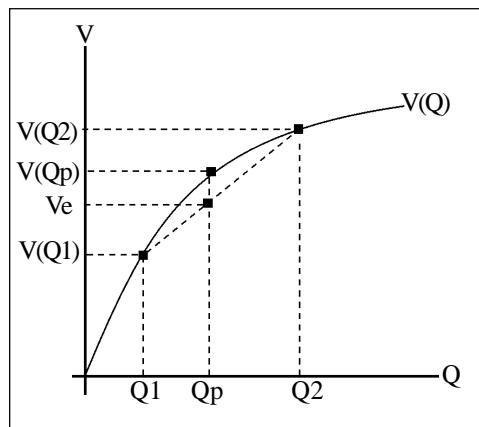
de la utilidad o el valor esperado de cada una de las opciones. Así, en el caso de un consumidor, si el agente tiene dos opciones, el agente asigna una probabilidad π a la posibilidad de consumir la cantidad Q_1 de un bien y le asigna la probabilidad $(1-\pi)$ a la posibilidad de consumir la cantidad Q_2 del mismo bien. Así, el cálculo de la utilidad esperada se determina por la siguiente fórmula:

$$Ve = \pi V(Q_1) + (1-\pi) V(Q_2) \quad (2)$$

Donde v es una función que asigna un valor al consumo de Q . Esta función v es creciente con respecto a la cantidad, es decir, a mayores cantidades consumidas mayor valor —utilidad— le asigna el consumidor, con todo ese mayor valor es siempre decreciente, es decir, que si a la cantidad uno le asigna un valor de 5 para la cantidad dos el valor es de 9, de modo que mientras que por la primera unidad el valor por unidad es 5 en la cantidad dos el valor por unidad es de 4.

Así, a esa propiedad de asignar un valor promedio a las opciones (Q_1, Q_2) , se le llama “aversión al riesgo”⁷⁵, pues la persona prefiere la combinación de acciones promedio ponderadas por π , en vez de optar por una única acción.

GRÁFICO 6.



75 COLOMA, *op. cit.*, pág. 21.

En este gráfico vemos cómo la función de asignación de valor “ V ” de una persona adversa al riesgo, en la cual las probabilidades π y $(1 - \pi)$, son iguales a 50%. Así, se le asigna valores diferentes a cantidades diferentes, Q_1 y Q_2 y a la cantidad promedio entre ambas. El valor esperado, V_e , de consumir Q_1 con probabilidad δ y consumir Q_2 con probabilidad $(1-\pi)$, *no es otra cosa que consumir el promedio entre Q_1 y Q_2* . Como la función es cóncava con respecto al origen, el valor V_e es menor que el valor asignado al promedio, $V(Q_p)$. Esta es una de las consecuencias de la concavidad de la función, pues si ésta fuera lineal el valor V_e sería idéntico al valor $V(Q_p)$.

Ahora debemos responder cuál es la importancia de este análisis. A primera vista parece que no tiene nada que ver con los problemas jurídicos esta situación, pero, dado que la aversión al riesgo de cada agente es diferente, la creatividad empresarial ha llevado a que los agentes quieran negociar entre sí respecto de la ocurrencia, con mayor o menor probabilidad, de uno u otro suceso. Así, surge el mercado de seguros, en el cual un agente poco adverso al riesgo presta un servicio a otro agente, muy adverso al riesgo, que desea realizar cierta actividad o estar protegido de las acciones de otros. Se busca entonces que la contingencia que presenta la incertidumbre se reduzca pagando por ello cierto precio a ciertas condiciones.

4.2.2. Información asimétrica

Hay información asimétrica cuando algún agente posee más información que otro agente presente en el mercado, sea porque éste no puede conocer todo lo que el otro agente conoce o porque, dada la relación de mercado a éste le es muy costoso conocer lo que el otro conoce. Es claro que en la situación anterior, se hace presente una falla estructural del mercado que afecta la eficiencia y teoría que fundamenta el sistema del mercado general competitivo, pues todos los agentes, siempre tendrán baches de información, ya que no son omniscientes y, por ello, son limitados racionalmente.

La principal característica de los mercados que presentan fallas de información está dada porque uno de los agentes conoce o posee más

información que el resto respecto de las características del bien que se comercia en el mercado. Entonces, uno de los agentes tiene un conocimiento oculto que genera que dicho agente actúe en un contexto de menor incertidumbre que los demás agentes y que, tal interacción, determina divergencias entre los valores de lo que se comercia.

El primero en desarrollar una teoría sobre la información asimétrica fue GEORGE AKERLOF quien se hace merecedor del premio Nobel debido a sus trabajos en información asimétrica, representados principalmente por el artículo “*The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism*”⁷⁶. En este ensayo AKERLOF muestra cómo la calidad de un bien puede entenderse como un problema de incertidumbre y de información asimétrica. Esto debido a que existe un conjunto de bienes que pueden ser jerarquizados según su calidad. Así, la incertidumbre del consumidor respecto de las diferencias entre productos en su calidad lleva a problemas de eficiencia del mercado determinados por la información asimétrica.

En muchos mercados, los compradores usan información proveniente de estadísticas respecto de la calidad de las compras a realizar. En este caso, hay un incentivo a los vendedores para que bajen la calidad de las mercancías ya que lo que se recibe por mantener la buena calidad lo recibe el grupo entero de vendedores y la venta de mala calidad de uno solo de los vendedores también es absorbida por el grupo entero. Así, hay una tendencia a reducir la calidad de los bienes producidos y en el tamaño del mercado.

El mejor de los modos de explicar este mercado es con el mercado de los automóviles. En este mercado la gente siempre se ha preguntado porqué es diferente el precio de un automóvil en la vitrina al de un automóvil fuera de la vitrina. Normalmente la gente dice que es por la satisfacción que trae consigo el sacar dicho automóvil del concesionario. Pero esta explicación dista mucho de la realidad. Por ejemplo, si suponemos que existen cuatro tipos de carros, los nuevos, los viejos, los buenos y los limones o, en nuestro contexto, las carcachas (malos).

76 AKERLOF, GEORGE, *The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism*. The quarterly journal of economics, 1970, n° 84.

Precisamente, un carro nuevo puede ser un buen carro o un *limón*. Lo mismo para los carros usados. El comprador en el mercado de los carros nuevos adquiere un automóvil sin saber si es un carro bueno o un limón. Con todo, todos los compradores saben que hay la probabilidad de que dicho automóvil sea un *limón* por la información que le suministran otros consumidores.

Después de usar un automóvil durante un período, el dueño del carro puede considerar dicho automóvil como bueno o como un *limón*. Igualmente, en el período siguiente asigna una nueva probabilidad a que dicho automóvil sea bueno o un *limón*. Esta nueva estimación es más precisa que la primera estimación. La asimetría en la información disponible se ha formado ya que los vendedores siempre tendrán mejor información sobre la calidad que los compradores, y con todo, el precio de los buenos carros y de los *limones* sigue siendo el mismo aunque ellos son diferenciables en la calidad puesto que es imposible para el comprador saber si un carro es bueno o malo. Aparentemente un carro usado no puede tener el mismo valor que un carro nuevo, puesto que sería más fácil de comerciar limones al precio de nuevos, por lo tanto, el dueño de una buena máquina estaría atrapado en ella y sería para él imposible venderla al precio de un buen carro.

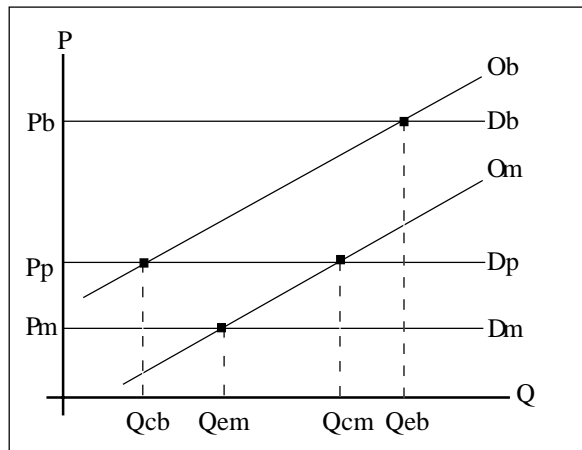
En este sentido es posible concluir que los carros malos sacan del mercado a los buenos ya que, sin importar la calidad, ellos se venden al precio de carros buenos. Este mismo análisis se puede hacer respecto del dinero ya que el dinero malo desplaza al dinero bueno debido a la tasa de cambio⁷⁷.

La información asimétrica se presenta como una falla del mercado ya que los carros buenos pueden salir del mercado debido a los *limones*. Este mismo análisis lo podemos hacer de un modo gráfico más formal, tal como lo muestra el gráfico 7.

Vemos que existen dos funciones de oferta de vehículos que dependen de la calidad, una de vehículos buenos, O_b , y otra de vehículos malos, O_m . Además, hay tres funciones de demanda que

77 *Ibidem*.

GRÁFICO 7



depende de la calidad, una demanda de vehículos malos, D_m , otra de vehículos buenos, D_b , y una demanda promedio por valor esperado, D_p . Esta demanda promedio por valor esperado está dada por la fórmula:

$$Ve(V) = (J * p(BC) + (1 - J) * p(MC)) \quad (3)$$

dónde $Ve(V)$ es el valor esperado del vehículo, J es la probabilidad de obtener un vehículo de buena calidad y $(1 - J)$ es la probabilidad de obtener un vehículo de mala calidad, $p(BC)$ es el precio de un automóvil de buena calidad y $p(MC)$ es el precio de un automóvil de mala calidad.

Teniendo en cuenta las funciones de oferta y demanda encontramos cuatro equilibrios de mercado, uno en que la cantidad eficiente de autos buenos es Q_{eb} y otra en que la cantidad eficiente de autos malos es Q_{em} . La información asimétrica hace que el equilibrio del mercado se presente cuando la función de demanda D_p , se iguale a O_m y O_b . De ese modo, los equilibrios con información asimétrica son Q_{cb} y Q_{cm} , de manera que el equilibrio con información asimétrica lleva a que la cantidad de autos buenos comerciada sea menor que la cantidad comerciada sin información asimétrica, de modo que $Q_{cb} > Q_{eb}$. A su

vez, la cantidad comerciada de autos malos es mayor que la que se presentaría sin información asimétrica, así $Q_{em} < Q_{cm}$.

Vemos un problema de *selección adversa*, en el que se termina comerciando una cantidad mayor a la eficiente de bienes de mala calidad y una cantidad menor de la eficiente en bienes de buena calidad. El efecto de esta acción en el mercado de los *limones* es una disminución en el precio de los automóviles de buena calidad y un aumento en el precio de los automóviles de mala calidad.

¿Cómo solucionar la ineficiencia? El mejor modo de solucionar la ineficiencia, tal como lo dijimos, es enviar una señal al mercado por parte de los dueños de automóviles de buena calidad, en la cual den una garantía de calidad. Esta garantía le indica al consumidor que el bien es de buena calidad y que el oferente está dispuesto a asumir el costo de ofrecer un bien de mala calidad.

Otro tipo de mercado en el que se presenta información asimétrica, es el mercado de trabajo. MICHAEL SPENCE, también galardonado con el Nobel, en su artículo "*Job market signaling*"⁷⁸, hace un estudio del mercado del trabajo y, sobre todo, de la relación y la información que interactúa en el proceso de contratación. Según SPENCE, en la mayoría de los mercados del trabajo el empleador no puede estar seguro de la productividad laboral de quienes contrata (calidad de los trabajadores), pero puede hacerse a la idea de cuál es la productividad laboral que algún individuo tiene. Entonces, el empleador requiere cierta información sobre la productividad y el individuo se la transmite, y es esta información la que constituye los parámetros del riesgo en la contratación.

Según el autor, el empleador, la información que se hace el empleador sobre los individuos a contratar está fundada en señales e índices. Las señales son aquellos atributos del individuo que pueden ser manipulados por el individuo y los índices son aquellos atributos inalterables en cada individuo como la raza, el género, etc. Una vez contratado el individuo el empleador puede hacer una correlación de su productividad frente a los índices y señales. Con esta correlación, el empleador determinará

78 SPENCE, MICHAEL, *Job market signaling*, vol. 87, n° 3, Massachusetts, MIT press, 1973, pág. 355 y sigs.

su experiencia previa en el mercado y con base en ella podrá cuando vuelva a contratar determinar una nueva probabilidad que le permita disminuir el riesgo de contratar individuos con la productividad que desea. Así, el empleador ante ciertas señales o índices pagará cierto salario según la probabilidad que dichos parámetros le establezcan.

En lo que respecta al individuo, éste tiene la capacidad de decidir si cambia algunas de sus señales o si las deja estables. Esta decisión depende de los costos que tengan el cambiar las señales frente al beneficio de dicho proceso. En este sentido, la educación presenta para el individuo una de las señales más fuertes frente al empleador. El individuo tomará la decisión de educarse y de aportar tales señales siempre y cuando el costo marginal de educarse sea menor o igual al ingreso marginal recibido con tal educación. En este sentido, los individuos seleccionarán aquellas señales que les permita maximizar sus beneficios futuros.

Ahora bien, no es difícil entender que no toda señal efectivamente llevará a distinguir a un individuo de otro, a menos que exista una correlación negativa entre el bajo costo de enviar señales y la productividad. Pero, dada esta correlación y el ciclo de retroalimentación de señales e índices, es posible llegar a un equilibrio. Éste es definido por SPENCE del siguiente modo:

“Equilibrium is a set of components in the cycle that regenerate themselves”⁷⁹.

Entonces, podemos decir que en equilibrio los empleadores confirman sus predicciones respecto de la información dada por los individuos. De manera que puede entenderse el equilibrio en este modelo como:

“a set of employer beliefs that generate offered wage schedules, applicant signaling decisions, hiring, and ultimately new market data over time that are consistent with the initial beliefs”⁸⁰.

79 Ibidem.

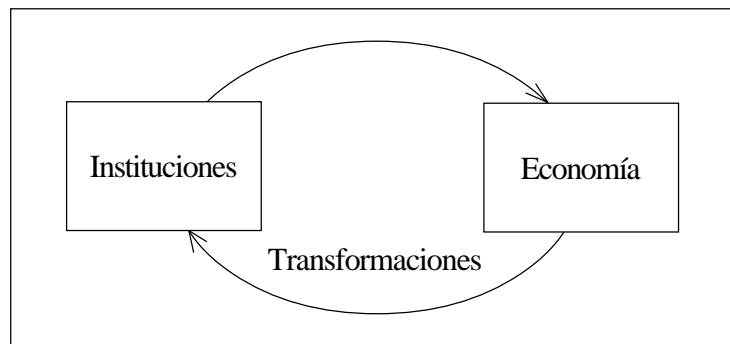
80 Ibidem.

5. CONCLUSIONES

Tal como lo dijimos, el derecho influencia a la economía del mismo modo que la economía al derecho. No podemos afirmar que la relación es de una sola vía, sin embargo, los modos de análisis dependen directamente de la relación a analizar.

Vimos entonces que el comportamiento económico está fuertemente condicionado por el “ambiente institucional” en el que la actividad económica se lleva a cabo. Dicho ambiente institucional define al derecho y por ello define las instituciones jurídicas que surgen de una constante tensión entre agentes. Simultáneamente, el ambiente institucional y con él el derecho está condicionado directamente por el comportamiento económico de los agentes, así:

GRÁFICO 8



De este modo vemos que la mutua interacción entre instituciones y el comportamiento económico de los agentes es un proceso que permite diferentes tipos de análisis dependiendo de la ciencia que interviene en el análisis, de modo que, en el momento en que interviene el derecho en el análisis de fenómenos económicos regulados por él, la ciencia y sus herramientas llamadas al desarrollo del análisis se llama ciencia jurídica y a la disciplina y conjunto de normas al interior de ella se le llama derecho económico. Por otro lado, la economía, por intermedio

de sus herramientas permite desarrollar el estudio positivo y normativo del derecho, sea de mercado explícitos o no. A esta disciplina, cuyo objeto es muy particular en la ciencia económica se le llama análisis económico del derecho.

En síntesis, las relaciones antes descritas tienen su origen en los distintos modos de comprender las palabras “derecho” y “economía”. Por ello, cuando se hace derecho económico, que es la resultante de un tipo de relación entre el derecho y la economía, no se está haciendo análisis económico del derecho. Por lo mismo, cuando se hace análisis económico del derecho no se hace derecho económico. Son disciplinas distintas, con objetivos y modos de comprender el derecho y la economía distintos.

BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOF, GEORGE, “*The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism*”, *The quarterly journal of economics*, n° 84, 1970.
- ARISTÓTELES, *Metafísica*, Gredos, Madrid, 1994.
- BOBBIO, NORBERTO, *Positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993.
- BODENHEIMER, EDGAR, *Teoría del derecho*, Fondo de la Cultura Económica, México, 1997.
- BORDA RIDAO, ROBERTO, *Introducción al derecho económico*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.
- CARNELUTTI, F., *¿Cómo nace el derecho?*, Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- COLOMA, GERMÁN, *Apuntes para el análisis económico del derecho privado argentino*, Universidad CEMA, en: <http://www.cema.edu.ar/publicaciones/download/documentos/156.pdf>.
- COPI, IRVING y COHEN, CARL, *Introducción a la lógica*, Limusa: Balderas, México, 2000.
- FOUCAULT, MICHEL, *La genealogía del racismo*, La piqueta ediciones, Madrid, 1992.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1992.
- GIBBONS, ANTHONY, *Introducción a la teoría de los juegos*, Anthony Bosch, Madrid, 1999.
- GUTIÉRREZ P., HERNANDO, “Hacia un derecho económico sostenible”, *Vniversitas Ciencias Jurídicas*, n° 96, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999.

- GUTIÉRREZ P., HERNANDO, “El análisis económico del derecho: perspectivas para el desarrollo del derecho económico”, revista *Vniversitas Ciencias Jurídicas*, vol. 100, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2000.
- HEILBRONER, ROBERT, *Historia del pensamiento económico*, Aguilar, Madrid, 1968.
- HUERTA DE SOTO, JESÚS, *Socialismo, cálculo económico y función empresarial*, Unión editorial, Madrid, 1999. También en: <http://www.huertadesoto.com>.
- LLEWELLING, KART, “*The effect of legal institutions upon economics*”, *American Economic Review*, vol. 15, December, 1925.
- LONG, ROEDERIK T., *Witgenstein, austrian economics and the logic of action. Working paper*, en: <http://www.mises.org/journals/scholar/long.pdf>.
- MASS COLELL, ANDREA; WINSTON, MICHAEL, y GREEN, JERRY, *Microeconomic theory*. Oxford: OUP, 2001.
- MERCURO, NICHOLAS y MEDENA, STEVEN, *Economics and the law*, Princeton University Press, Princeton, 1999.
- MISES, LUDWING VON, *Human action*, en: <http://www.mises.org>. La versión española es publicada por Unión Editorial, Madrid, 2000.
- MISES, LUDWING VON, *Sobre liberalismo y capitalismo*, Folio, Bogotá: 2000.
- NOGUERA LABORDE, RODRIGO, *Introducción al derecho*, vol. 1, Universidad Sergio Arboleda, 1994.
- PIGOU, A. *Economics of wealthfare*, McMillan, Londres, 1920.
- POSNER, RICHARD, *Foreword of the Encyclopedia of law and economics. Encyclopedia of law and economics*, en: <http://encyclo.findlaw.com/foreword.html>, febrero de 2004.
- SPENCE, MICHAEL, *Job market signaling*, vol. 87, n° 3, MIT press, Massachusetts, 1973.
- SPENCER, M.H. *Economía contemporánea*, 2ª edición, Editorial Resente, S.A., Barcelona, 1983.
- SPULBER, DANIEL, *Regulation and markets*, Cambridge, Massachusetts: The MIT, 1989.
- The Economist*, “*Markets for ideas*”, April 14th 2001.
- TREFIL, J., *De los átomos a los quarks*, Salvat Editores, Barcelona.
- VARIAN, HAL, *Análisis macroeconómico*, Anthony Bosch, Barcelona: 1998.
- VARIAN, HAL, *Microeconomía intermedia* Anthony Bosch, Barcelona: 1998.
- WALRRAS, LEON, *Elementos de una teoría pura de la economía*, Alianza Editorial, Madrid: 1989.