

# EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DE LA ECONOMÍA

FELIPE MÁRQUEZ ROBLEDO

*“It is somewhat surprising that so conspicuous a truth as the interaction of economics and the law should have waited so long for recognition – a recognition by no means universal. Some of those who question it maintain the independence and self sufficiency of law, while others maintain that of economics.*

*In reality law and economics are ever and everywhere complementary and mutually determinative”.*

BEROLZHEIMER, 1912, pág. 23<sup>1</sup>

## **Sumario**

Aporte del derecho al sistema económico  
Derecho de propiedad  
La distribución de la renta  
Libertad contractual  
Régimen de responsabilidad

---

1 Cita tomada de *Economics and the law*, NICHOLAS MERCURO y STEVEN G., Medema. Princeton University Press, 1997.

Eficiencia de las normas de derecho  
El derecho como solución a los fallos de mercado  
Aporte del derecho a los fallos del mercado  
La competencia imperfecta  
Las externalidades  
La información imperfecta  
¿Qué es lo que falla?  
¿Cuándo regular?

Como fue mencionado en la parte introductoria, el derecho, entendido como un conjunto de normas que demarca los límites del comportamiento humano, también actúa en este mismo sentido para establecer la economía normativa. No podría ser de otra manera, más aún si concebimos la ciencia económica como el estudio de la acción humana que tiende a brindar métodos de actuación para la mejor distribución en una sociedad de los diferentes bienes que se encuentran en ella, sin olvidar, que dichos bienes no son infinitos; por el contrario son escasos.

El cómo se debe actuar para realizar una distribución óptima de estos bienes y servicios, puede ser objeto de estudio de ramas de la economía como la política económica, la macroeconomía y la microeconomía entre otras. En el presente escrito, pretendemos mostrar que se puede, y se debe, relacionar necesariamente el derecho y la economía antes de intervenir en cualquier mercado, sin importar si dicha intervención se hace como método de regulación económica, o de la política económica en general.

*“Against the idea that law can be understood only through the use of the traditional legal doctrinal concepts based on justice and fairness, economics counters that such understanding can be augmented (supplanted?) by economic concepts, including the criteria of economic efficiency. As such, the economics in Law and Economics is a body of literature that is comprised primarily ... of the concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics, where the operative organizing concepts are Pareto*

*efficiency in exchange, Pareto efficiency in production, and Kaldor-Hicks efficiency*"<sup>2</sup>.

### APORTE DEL DERECHO AL SISTEMA ECONÓMICO

Es de todos conocido que la economía como ciencia trata diversos temas, entre los que podemos mencionar:

- i) el modo de fijación de precios del trabajo, del capital y de la tierra como insumos requeridos para la producción;
- ii) el análisis de conducta de los mercados;
- iii) la distribución del ingreso;
- iv) el crecimiento económico, y cómo se ve influido éste por variables como el gasto público y los impuestos y
- v) el comercio internacional entre otros<sup>3</sup>.

Los doctrinantes económicos consideran que el objeto de estudio de los tópicos mencionados, es la correcta distribución de los escasos bienes y servicios existentes en una economía determinada. Lo anterior, independientemente del sistema político económico que se adopte, o del modelo económico preferido para alcanzar la meta enunciada.

En el desarrollo de sus tesis y en el debate posterior, los doctrinantes económicos parten de supuestos, que al ser interpretados por ellos, les permite alcanzar una predicción más o menos precisa sobre el futuro económico. La cercanía entre la realidad futura, ahora presente, y la

---

2 MERCURO NICHOLAS y MEDEMA STEVEN, *Economics and the Law*, Princeton University Press, 1997, pág. 13.

3 SAMUELSON PAUL, NORDHAUSS WILLIAM D., *Economía*, 16 edición, Editorial McGraw-Hill.

predicción realizada, es la que le brinda la condición de bueno o malo al modelo económico que se presentó cuando el presente aún era futuro. El economista, basándose en conocimientos científicos adquiridos en el desarrollo de su ciencia, y en algunos supuestos que plantea, pretende mostrarnos qué se debe hacer hoy para que el futuro sea como el presente que soñamos; claro está, en materia económica.

Así las cosas, quien pretende modelar en economía, nos muestra de manera inicial algunos supuestos que se deben considerar para que el modelo tenga concordancia con uno o más modelos matemáticos. Supuestos como: “No hay gobierno”, “el país no tiene comercio internacional”, o “este modelo no es dinámico en el tiempo, sino estático en él”, “existe la propiedad privada” o “hay libertad para contratar” son algunos de los primeros con los que todo economista se encuentra al inicio de sus estudios. Aun cuando algunos de estos supuestos parecen a primera mano absurdos —v.g. los primeros tres enunciados—, e ilógicos por carecer de toda realidad, son necesarios para conocer la relación causa-efecto de una determinada política económica sobre una variable que pretendemos afectar. Y más importante aún, sirven para que con ayuda del conocimiento matemático, el modelo tenga un sustento numérico.

Cualquier modelo económico cuenta con restricciones y con variables que se consideran *ceteris paribus*, precisamente para poder aislar la variable que se pretende ver afectada por la política que se quiere adoptar. Estas restricciones, como todas las que modelan los economistas, así como sus supuestos básicos, no son más que aspiraciones que el doctrinante quisiera que se dieran en un determinado momento del tiempo, y en un lugar preciso. Es por esto, que una de las mayores críticas a la economía es la de la irrealidad en la aplicación de sus teorías. Para contrarrestar esta crítica aparece el aporte del derecho a la ciencia económica, cual es el de coaccionar a uno o más agentes a cumplir esos supuestos que antes sólo eran imaginarios. En esta tarea el derecho no viene solo, sino por el contrario, es precedido por la política, más precisamente para el caso en mención, por la política económica que un determinado gobierno en un determinado Estado pretende adoptar.

*“Thus, the law —its principles and doctrines— provide the basis that serves to legitimate (1) the structure of a nation’s political and legal institutions (2) their respective choice making processes, and ultimately (3) their final decisions. Consequently, it is from the combined political —legal structure and consequent administrative— legislative-judicial behavior that the law emerges”<sup>4</sup>.*

Así las cosas, una política económica debe basarse en un modelo que debe ser aplicado a la realidad con la ayuda del derecho.

*“Altering the Law, that is, changing the legal relations governing society in any one or all of the tour sectors, or changing the working rules, will ultimately alter economic performance”<sup>5</sup>.*

La ayuda del derecho no consistirá solamente en coaccionar a uno o más agentes a cumplir los supuestos, sino que deberá informar a quien pretende plantear la política a seguir, sobre la legalidad y/o constitucionalidad de la aplicación del modelo respectivo, toda vez que la inconstitucionalidad o ilegalidad por inconmensurabilidad de modelos económicos está sancionada con la desaparición del acto inferior que contraría al superior<sup>6</sup>.

En este capítulo pretenderemos analizar unos casos particulares en los que el derecho aporta de manera esencial al sistema económico.

## EL DERECHO DE PROPIEDAD

La existencia de la institución del derecho de propiedad es uno de los supuestos esenciales para que exista el intercambio, y con éste, los

---

4 MERCURO NICHOLAS y MEDEMA STEVEN, *Economics and the Law*, Princeton University Press, 1997, pág. 22.

5 *Ibíd.*

6 Para mayor información sobre este tema, aconsejamos consultar un artículo del profesor CARLOS PABLO MÁRQUEZ ESCOBAR titulado “Inconstitucionalidad por inconmensurabilidad de modelos económicos: el caso de las tasas retributivas por contaminación de recursos hídricos”, publicado en la revista *Vniversitas*, n° 103, de junio de 2002.

mercados dentro de las economías capitalistas. La existencia de títulos y modos mediante los cuales se puede transferir la propiedad de manera voluntaria o involuntaria, y las normas jurídicas que protegen en su totalidad el derecho real de dominio, son requisitos esenciales para la existencia de mercado. Por esa misma necesidad, el derecho real de dominio permite el desarrollo de la institución de la propiedad privada que se encuentra plasmada dentro de nuestra Constitución principalmente en el artículo 58.

“Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Ésta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”.

Como todos los derechos que consagra nuestra Carta política, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, y por lo tanto, la propiedad privada en beneficio particular debe ceder ante el interés público o social. Asimismo la propiedad privada trae consigo ciertas obligaciones como la función ecológica.

La transacción con el derecho de propiedad tiene ciertos costos intrínsecos a ella, que hace que las asignaciones de estos bienes se encuentren en manos de aquellas personas que están dispuestas a pagar por dichos costos, y que por tanto son quienes más aprecian el poder

tener propiedad privada sobre estos bienes. Todo lo anterior hace que la propiedad tenga un precio, un valor, que será el que marque la pauta para que el propietario actual venda a un comprador interesado el derecho real de dominio que se tenga sobre el bien determinado. Así el mercado, mediante la libre oferta y demanda de bienes optimizará la asignación de éstos entre las personas, y hacemos énfasis en la palabra optimizar, que en ningún momento implica una repartición igualitaria en materia cuantitativa.

La propiedad privada también puede cambiar de manos sin la voluntad del propietario, y por mandato de la ley, como en los casos de responsabilidad civil y expropiación en beneficio del interés público o social. En estos casos la reasignación de bienes no la hace el mercado, sino la hace el propio Estado en virtud de la potestad que tiene del manejo de la política económica, especialmente en la búsqueda de un beneficio mayor de la colectividad, toda vez que los actores del mercado se encuentran constantemente buscando su beneficio particular. Este beneficio particular, sumado, debe en teoría ser igual al beneficio colectivo. Una vez más hacemos énfasis en la importancia de la política económica como el primer elemento constitutivo de la relación real del derecho y la economía.

Partiendo de la base que cada individuo es libre de elegir una combinación determinada de canasta de bienes y servicios la cual le brinde el mayor bienestar posible, podríamos llegar a concluir que si las sumamos tendríamos la preferencia social por bienes y servicios.

Para poder acumular estas preferencias, se requiere de una serie de condiciones que permitan su acumulación, como lo serían:

- i) que cada una de las preferencias se escoja completamente sobre la otra y no de forma parcial,
- ii) que las preferencias escogidas sean reflexivas y transitivas matemáticamente hablando,
- iii) que si de manera unánime la población escoge un bien sobre el otro, el agregado colectivo debe seguir esa misma orientación de preferencia y

- iv) las preferencias entre un bien y otro sólo dependen de la forma en que los individuos ordenan esas opciones y no de la forma a como ordenan otras<sup>7</sup>.

De acuerdo con KENNETH ARROW, si un mecanismo de decisión social satisface las propiedades anteriores, es porque tal sistema es una dictadura, siendo las ordenaciones de las preferencias sociales las ordenaciones de un solo individuo.

“El teorema de la imposibilidad de ARROW es bastante sorprendente. Muestra que las tres características mencionadas de un mecanismo de decisión social, que son plausibles y deseables, son, sin embargo, incompatibles con la democracia: no existe ningún sistema “perfecto” para tomar decisiones sociales. No existe ningún mecanismo perfecto para “sumar” las preferencias de los individuos y hallar la preferencia social. Si queremos encontrar uno, tenemos que renunciar a una de las propiedades de los mecanismos de decisión social descritos en el teorema de ARROW”<sup>8</sup>.

La definición de los derechos de propiedad de manera estricta, permite que los bienes tengan un mayor valor de mercado, así como también permite la disminución de los costos de transacción.

## LA DISTRIBUCIÓN DE LA RENTA

La curva de LORENZ es una de las formas gráficas de indicar la manera como se distribuye la renta en una población, país o sector de él. Dentro de la gráfica se muestran las cantidades en porcentaje de la población comparados con los de la renta.

En la gráfica mostramos dos países señalizados con colores diferentes. Uno está con color azul y el otro se encuentra en rojo. La distribución de la renta en el país azul tiene mayor desigualdad que

---

7 VARIAN HAL R., *Microeconomía intermedia*, Editorial Antoni Bosch, 4ª edición, pág. 567.

8 Ídem, pág. 568.

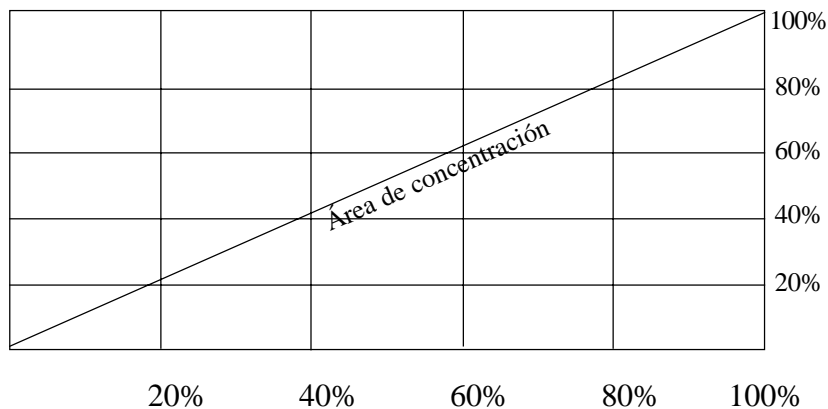
aquella del país en rojo. En el caso del país azul, el cuarenta por ciento más pobre de la población recibe una renta inferior al veinte por ciento del total del país. En cambio, en el país rojo, el cuarenta por ciento más pobre recibe más del veinte por ciento de la renta.

La línea diagonal en un ángulo de cuarenta y cinco grados muestra la situación de un país en el que todos y cada uno de los individuos obtuviesen exactamente la misma renta y que demarcaría una equidad absoluta.

Otra forma de observar la curva de LORENZ es estimando el área de la superficie que se encuentra entre la curva y la diagonal. Esa superficie se llama área de concentración. Cuanto mayor sea esta área más concentrada estará la riqueza; cuanto más pequeña sea esta área, más equitativa será la distribución de la renta del país representado.

El coeficiente de GINI es un número, un índice de concentración de la riqueza, que equivale al doble del área de concentración. Su valor debe oscilar entre cero y uno. Cuanto más próximo a uno sea el índice GINI, mayor será la concentración de la riqueza; cuanto más próximo a cero, más equitativa es la distribución de la renta en ese país.

#### Curva de LORENZ



## LIBERTAD CONTRACTUAL

Otro de los supuestos para modelar en economía, o al menos en la economía capitalista, es el de la libertad contractual. Una vez más el derecho, con su poder coactivo, y en virtud de una decisión política estatal, garantiza el cumplimiento de este principio.

Son el artículo 333 de nuestra Constitución Política<sup>9</sup>, y el artículo 1494 del Código Civil<sup>10</sup> los que presentan, entre otros, esa libertad contractual que tiene cada agente en el mercado para negociar libremente.

La libertad contractual permite la participación de los agentes en el mercado y en conjunto con los derechos de propiedad privada permiten crear un mercado, en donde existan oferta, demanda y equilibrio en precios. De no ser así, la propiedad sólo podría ser transferida por mandato legal, y por ende, con un precio fijado centralmente por el Estado.

Este mercado en principio debe ser libre, salvo que los agentes del mercado logren crear una falla que “obligue” la intervención del Estado para corregirla. Las reglas generales de contratación de un Estado procuran que las reglas de juego —instituciones— sean claras y transparentes desde un principio en pro de la libertad mercantil. Cuando

---

9 La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación.

10 Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

estas reglas se vuelven obsoletas o no son respetadas por los partícipes —aun por el Estado mismo— los costos de transacción se aumentan, en procura de mayor información por ejemplo, alterando la optimización de las asignaciones. En este momento el mercado debe ser intervenido.

## RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

El régimen de responsabilidad en pro de la libertad de mercados, implica que los actores se deben comportar de cierta manera, para que el óptimo en las asignaciones pueda ser alcanzado de manera más pronta. Algunas instituciones de este régimen fueron tratadas en el acápite dedicado a la propiedad privada, y otros pueden ser las reglas de la competencia desleal, la libre competencia económica, ley contractual y las prácticas restrictivas de la competencia entre otros.

Las normas en materia contractual buscan suplir la carencia de información completa que pueden tener dos personas al momento de realizar una transacción. Como la información sobre el negocio no puede ser completa —o de serlo resultaría en un costo excesivo— las partes deciden establecer ciertas reglas —algunas están dadas por el legislador— para así poder resolver ciertas disputas que se puedan presentar al menor costo posible. Finalmente, la persona responsable del daño, deberá resarcir los perjuicios que su conducta causó, de no hacerlo, nuevamente será la obligación del Estado la de intervenir para regular los inconvenientes a través de su sistema judicial.

*“If the basic purpose of tort law is to promote economic efficiency, a defendant’s conduct will be deemed the cause of an injury when making him liable for the consequences of the injury would promote an efficient allocation of safety and care; and when it would not promote efficiency for the defendant to have behaved differently, then the cause of the accident will be ascribed to an “act of God” or some other force on which liability cannot rest. In this view, the injurer causes the injury when he is the cheaper cost avoider; not otherwise”<sup>11</sup>.*

---

11 POSNER, RICHARD and LANDES WILLIAM, “Causation in tort law. An economic approach”, *Journal of legal studies* 12, January, 1983.

Consideramos oportuno resaltar, que las normas deben ser mínimas, claras, precisas y de fácil conocimiento para poder disminuir los costos de transacción. Algunas normas que pueden ayudarlos a ilustrar lo mencionado son los artículos 1546<sup>12</sup> y 2341<sup>13</sup> del Código Civil colombiano.

Es importante resaltar cómo la teoría de análisis económico del derecho, nos muestra una aproximación diferente en la que el juez en materia de responsabilidad civil debe hacer la aproximación al caso bajo estudio. No sólo debe pensar en la norma, en la existencia del daño, en la causa de éste y en el vínculo entre causa y daño —nexo causal—, sino además deberá observar las razones económicas que motivaron el comportamiento por parte del agente. Como lo mencionan POSNER y LANDEN en el texto citado anteriormente, el objetivo de la normatividad en materia de responsabilidad es mantener la eficiencia económica. Por tal razón, es imprescindible que en el análisis de la motivación del agente para realizar la acción u omisión se tenga en cuenta su raciocinio económico, y en caso en que el juez encuentre que la acción cometida era la única manera de mantener la eficiencia en cabeza del infractor, y que era la persona que podía eludir el mayor costo con su acción, infringiendo así el menor costo combinado posible a la víctima.

Para analizar este último punto podemos recordar el teorema de COASE que dice:

“Si las transacciones pueden realizarse sin ningún coste y los derechos de apropiación están claramente establecidos, sea cual sea la asignación inicial de esos derechos, se producirá una redistribución cuyo resultado será el de máxima eficiencia”.

---

12 “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

13 “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Derechos de apropiación es la traducción de la expresión inglesa *property rights* y tiene un significado más general que “derechos de propiedad”. Por ejemplo, si se autoriza a una empresa a verter sus residuos a un río, no se le está concediendo un derecho de propiedad sobre el río pero sí un derecho de apropiación.

Supongamos que una fábrica de papel vierte sus residuos en un río en el que, cauce abajo, hay instalada una piscifactoría. Los procesos productivos de ambas empresas requieren la utilización del río, pero una de ellas lo utilizará de forma más eficaz que la otra o, lo que es lo mismo, el rendimiento del río será mayor en alguna de las dos empresas.

Como el vertido de residuos por la papelera impide la utilización del río por la piscifactoría, los derechos de apropiación estarán claramente establecidos si no hay lagunas ni contradicciones jurídicas, es decir, si una y sólo una de las dos empresas es titular de los derechos.

#### ILUSTRACIÓN DEL TEOREMA DE COASE

	El derecho lo tiene la Piscifactoría papelera		
	Situación 1 <sup>a</sup>	Situación	2 <sup>a</sup>
piscifactoría	Eficiente	Ineficiente	
	No requiere transacción	La papelera venderá el derecho	
La más eficiente es la	Situación 3 <sup>a</sup>	Situación	4 <sup>a</sup>
	Ineficiente	Eficiente	
papelera	La papelera comprará el derecho	No requiere transacción	

Las cuatro situaciones posibles pueden ordenarse como se muestra en el cuadro. En la situación 1<sup>a</sup> la piscifactoría es la más eficiente en el uso del río, tiene derecho a recibir el agua limpia, por lo que obligará a la papelera a cerrar o a que resuelva de otra forma el problema de sus vertidos. En la situación 4<sup>a</sup> es la papelera la eficiente y la titular del derecho por lo que podrá continuar con los vertidos.

Veamos más despacio la situación 2<sup>a</sup>. El titular del derecho es la papelera. La piscifactoría utiliza el río de forma más eficiente: su beneficio es de 10 mientras que el beneficio de la papelera es 8. La piscifactoría comprará a la papelera su derecho por un precio entre 8 y 10. Ambas empresas saldrán ganando con la transacción: la papelera obtendrá, sin producir, un beneficio superior al que tenía antes de la transacción; la piscifactoría, que no tenía derecho al uso del río y por lo tanto no podía conseguir al principio ningún beneficio, podrá llevar a cabo su actividad quedándose con un beneficio positivo aunque menor que 2.

La situación 3<sup>a</sup> es simétrica de la anterior. La papelera, al ser ahora la más eficiente, podrá comprar a la piscifactoría su derecho sobre el río.

Resumiendo. Sea cual sea la asignación inicial del derecho, la empresa que funcionará será la que lo utilice de forma más eficiente.

Si las transacciones implican costes que impiden la redistribución de derechos, habrá sólo una asignación inicial de los mismos que permita la máxima eficiencia.

La compra de derechos ajenos, es decir, cualquier transacción económica, puede tener unos costes tan elevados que absorban completamente los beneficios derivados del intercambio. Supongamos que la papelera es más eficiente pero no tiene el derecho y que en vez de negociar con una piscifactoría, tiene que ponerse de acuerdo con los pescadores de caña que acostumbran a instalarse en las orillas de ese río. ¿Cómo podrá identificar a todos y cada uno de los pescadores y ponerse de acuerdo con cada uno de ellos en la cuantía de la indemnización? Siempre aparecerán nuevos individuos afirmando que tenían la intención de ir a pescar a ese río y que por tanto quieren una indemnización. Siempre habrá alguno que, consciente de que puede impedir por sí solo que la papelera entre en funcionamiento, pedirá para sí una indemnización excesiva. En el ejemplo anterior suponíamos una diferencia entre los beneficios de ambas empresas de  $10 - 8 = 2$ . Si los costes de la transacción superan esa diferencia el intercambio no podrá llevarse a cabo.

En el mundo real son desgraciadamente frecuentes las situaciones en las que la negociación entre las partes no puede conducir a un

resultado económicamente aceptable. Muchas empresas contaminantes están perjudicando a un número de personas muy elevado y además de una forma muy poco eficiente ya que la suma del valor de los perjuicios causados es muy superior al ahorro que consiguen emitiendo sus contaminantes sin filtrarlos previamente. La frecuencia de ese caso se debe tanto a la ausencia de criterios judiciales de eficacia en la asignación de los derechos como a que los costes de la transacción necesaria para corregir esas situaciones son terriblemente altos. Imagínese la cuenta de gastos que podría presentar el tesorero de una “Asociación de damnificados por la papelera”: publicidad del proyecto para identificación de los damnificados, elaboración de los estatutos de la asociación, inscripción en el registro, elección de portavoces, negociaciones con la papelera, elaboración del contrato, establecimiento de un sistema de vigilancia del cumplimiento del contrato, asesoramiento jurídico en caso de incumplimiento. Obsérvese (por favor, abogados, sin alegrarse de ello) que gran parte de esos gastos tienen una relación más o menos directa con los profesionales del derecho.

Del teorema de COASE se deduce que el derecho tiene varias funciones de capital importancia en la consecución de la eficiencia económica.

Primera. La eficiencia requiere en cualquier caso que los derechos estén establecidos con claridad, sin lagunas ni contradicciones.

Segunda. Si los costes de transacción van a impedir los intercambios es posible establecer una asignación inicial de derechos que garantice la máxima eficiencia. (La expresión “es posible” es deliberadamente ambigua; también es posible utilizar otros criterios en la asignación de derechos, por ejemplo, el criterio de equidad, aunque estén en contradicción con el de eficiencia; sin embargo la eficiencia debe ser, al menos, considerada).

Tercera. El derecho puede aumentar la eficiencia global del sistema reduciendo los costes de transacción. Y los costes de transacción más altos derivan precisamente de la falta de seguridad jurídica, de la necesidad de prevenir y desalentar el incumplimiento de los contratos.

En muchas ocasiones es posible un acuerdo contractual que beneficie a las partes contratantes pero cuyo incumplimiento beneficiaría notablemente a una de ellas. Si el sistema jurídico no ofrece garantías

suficientes de que el quebrantamiento del contrato será detectado, perseguido y penalizado a un coste bajo, en un plazo de tiempo corto y con mucha probabilidad, se estará desalentando ese acuerdo<sup>14</sup>.

Es importante tener en cuenta en todos los contratos los costos de transacción, en el entendido que éste es el valor que se paga por la realización de la acción más importante para el estudio económico. La teoría neoclásica indica que los contratos entre agentes están perfectamente definidos, son de ejecución instantánea siempre, y son vinculantes por medio de la fuerza judicial del Estado en caso que uno de los agentes no quiera cumplir con lo prometido. Derivado de esto, es verdaderamente irrelevante el conocimiento real del agente con el que estamos contratando, toda vez que el contrato se cumplirá de uno u otro modo. Sin embargo, el ejercicio profesional para los abogados nos demuestra otra cosa generalmente. Nos indica que la mayoría de los contratos son incompletos pues no están perfectamente definidos, son de tracto sucesivo, y que el poder judicial del Estado no es del todo eficiente. Derivado de esta variación conceptual, vemos cómo el derecho ayuda a la economía dándole un apoyo para la solución de sus problemas, que para el caso planteado serían los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, las normas legales de carácter supletivo que busca regular situaciones comunes que no siempre son consideradas por los agentes en sus contratos, y la permanencia y manejo de una relación contractual a través del tiempo<sup>15</sup>.

## EFICIENCIA DE LAS NORMAS DE DERECHO

Este acápite busca ante todo advertir al legislador, y a los jueces, de la importancia que sus decisiones tienen en materia económica en un

---

14 Texto y ejemplos tomados de:

<http://www.eumed.net/cursecon/9/E1%20teorema%20de%20Coase.htm>

15 HART, OLIVER D., “Los contratos incompletos y la teoría de la empresa”, articulado compilado en *La naturaleza de la empresa*, compiladores Oliver E. Williamson y Sydney G. Winter, Editorial Fondo de Cultura Económica 1996.

determinado territorio. Por tal razón, la ley —en el sentido general y entre la que incluimos la jurisprudencia por supuesto— debe procurar ante todo el cumplimiento de los objetivos inicialmente tratados al formular la política económica del Estado.

Las leyes deben buscar atacar la falla del mercado en su origen, o deben propender por la consecución del óptimo económico en la asignación de recursos. Si en algún momento no se logra uno de estos dos objetivos, que verdaderamente es uno solo —maximizar el bienestar público— la ley es obsoleta.

*“A second meaning of justice and the most common I would argue is simple efficiency. When we describe as unjust convicting a person without a trial, taking property without a just compensation, or failing to require a negligent automobile driver to answer in damages to the victim of his carelessness, we can be interpreted as meaning simply that the conduct of practice in question wastes resources”<sup>16</sup>.*

En la creación de la norma jurídica económica, el jurista debe dejar por un instante su idea de buscar exclusivamente la justicia y la equidad, replazándolos por optimalidad y eficiencia. De lograr alcanzar estos dos objetivos, se estaría indirectamente llegando a la justicia y a la equidad<sup>17</sup>.

#### EL DERECHO COMO SOLUCIÓN A LOS FALLOS DE MERCADO.

Veníamos diciendo que el derecho ayuda a la economía para poder implementar sus teorías idealistas en un mundo material como el nuestro, al mismo tiempo en que manifestamos que la norma jurídica no debe ser expedida sin el previo análisis económico de sus consecuencias. Así mismo concluimos el capítulo anterior manifestando que el legislador, al momento de crear una norma de carácter económico, debe intentar

---

16 POSNER, RICHARD, “*The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective*,” 1975, pág. 777.

17 ULLEN, THOMAS; COOTER, ROBERT, *Law and economics*, págs. 13, 21-24.

reemplazar los ideales de equidad y de justicia, por los ideales de optimalidad y eficiencia. Si así lo hace, la norma que está creando llevará a que el mercado de manera independiente consiga para la sociedad la justicia y equidad buscada.

Podría pensarse que el enfoque que estamos presentando corresponde a un modelo económico clásico, al estilo de ADAM SMITH, donde el Estado no debe intervenir en los mercados, permitiendo que la “mano invisible” los estabilice. Pensaríamos, que el carnicero, el panadero y el cervecero que menciona SMITH<sup>18</sup> al actuar de manera egoísta, buscando alcanzar sus propios objetivos personales lograrían alcanzar el objetivo final de equidad e igualdad para la sociedad. Sí. ¿Pero qué pasaría si el carnicero de SMITH dejase de ser un simple carnicero de tienda, para convertirse en el único proveedor de carnes frías de un país? ¿O si el cervecero se convierte en un emporio cervecero que domine completamente un mercado determinado? ¿Tendrá que permitir la sociedad que estas personas sigan buscando su propio interés personal, para así agregarlo al mío y obtener el interés colectivo? ¡No!

Con mercados más desarrollados como los de nuestra época, el ingreso *per cápita* no puede ser un método de análisis exclusivo del crecimiento del bienestar en una sociedad como lo habría sugerido ADAM SMITH. Debido a la posibilidad de un agente económico de alterar las condiciones del mercado, el derecho vuelve a jugar un papel fundamental para restablecer el orden; corregir las fallas del mercado y propender por la optimalidad y la eficiencia de éste. Así, se alcanzará la equidad y la justicia en una sociedad a través de la correcta distribución de los bienes escasos de una sociedad.

#### APORTE DEL DERECHO A LOS FALLOS DEL MERCADO

La competencia imperfecta, las externalidades y la información imperfecta son los principales fallos del mercado que estudiaremos, para intentar explicar cuál puede ser el aporte del derecho a su corrección.

---

18 SMITH ADAM, Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, edición de Edwin Cannan; traducción de GABRIEL FRANCO.

## LA COMPETENCIA IMPERFECTA

La competencia imperfecta se presenta cuando uno o más de los agentes de un determinado mercado, y debido a su gran capacidad adquisitiva, logra obtener un poder de mercado que lo ubica por encima de sus competidores en la toma de decisiones generales, especialmente en la influencia del precio de venta. Este tipo de situaciones se puede presentar con la existencia de un monopolio, que debido a su situación en el mercado, tiene la posibilidad de elevar el precio de venta con relación a su costo marginal disminuyendo así el nivel de satisfacción de sus clientes, por cuanto se ven obligados —debido al precio monopolístico— a consumir menos de lo que harían en una situación de competencia perfecta donde el mercado haría reducir los precios.

Otro caso de competencia imperfecta se puede evidenciar cuando un monopolio natural<sup>19</sup> se genera en una sociedad debido a uno de varios factores, o varios en conjunto, como costos elevados que no permiten una eficiente producción que garantice una rentabilidad que compense el capital invertido, o la imposibilidad de acceder a una determinada tecnología —como cuando hay protección a la propiedad industrial (patentes, por ejemplo)— o cuando simplemente el mercado tiene una demanda tan limitada que no hay espacio para más de un oferente en condiciones que le propendan utilidades.

¿Que debe hacer el Estado en estos casos? ¿Deberá a toda costa intentar erradicar el monopolio? ¿El oligopolio? La decisión debe ser tomada en el mismo orden que hemos manifestado a lo largo de este escrito. Primero mediante un análisis económico político que permite conocer las razones del nacimiento del monopolio, los pros y contras de mantenerlo, y la necesidad de mantenerlo o erradicarlo. Una vez la política se haya creado, deberá procederse a la elaboración de un modelo económico que permita plasmar esa teoría política, para analizar

---

19 Según SPULBER, el monopolio natural se refiere a aquella situación en la que un solo agente atiende un respectivo mercado, a un menor costo de lo que lo pueden hacer dos o más agentes, en muchas ocasiones debido a la tenencia de tecnología protegida por los derechos de propiedad industrial.

los efectos que puede tener una determinada política económica. Finalmente, deberá expedirse una norma de derecho económico que intente corregir el fallo del mercado.

Muy importante resulta resaltar que la regulación económica se realiza sobre los mercados y no sobre los agentes que intervienen en él. Esto debe ser así por cuanto la regulación, entendida como un método de intervención, afecta tanto a los oferentes como a los demandantes como un todo que compone el mercado. La fijación de un precio máximo de venta, lo es también como un precio máximo de compra, o como lo dice SPULBER, la restricción en las cantidades de la oferta es a su vez una restricción en las cantidades de compra. La intervención del Estado en el mecanismo de equilibrio de un mercado puede alterar la producción, consumo, y distribución de bienes y servicios. La promulgación y cumplimiento de reglas de mercado alteran el equilibrio de la oferta y las decisiones de compra<sup>20</sup>.

Uno de los errores más comunes que cometen los reguladores en presencia de competencia imperfecta que distorsiona el mercado, es querer regular el precio de los bienes que se están negociando. Al hacer este tipo de intervención, por cierto bastante compleja económicamente, se puede llegar a una alteración de mercado aún mayor, como quizá lo podría ser la disminución de la calidad de los bienes y servicios, la detención del proceso de innovación o quizá la disminución de la productividad empresarial en un determinado sector. Como alternativa a este tipo de intervención sobre los precios, existe el concurso por servir el mercado del cual hablan PANZAR y WILLIG (1977) BAUMOL BAILEY y WILLIG (1977) BAUMOL PANZAR y WILLIG (1982) y SPULBER en su libro *Regulación y mercados*. En mercados que se caracterizan por ser monopolios naturales, el regulador debe generar un sistema de subasta del mercado, donde una o algunas pocas firmas se ganen el derecho de atender el mercado, con el riesgo de perderlo si no funcionan eficientemente, alcanzando un punto de equilibrio cercano al que se espera en competencia perfecta, o al menos, un

---

20 SPULBER DANIEL F., *Regulation and markets*, Editorial MIT, pág. 1.

equilibrio secundario cercano al Óptimo de Pareto seleccionado por el regulador.

## LAS EXTERNALIDADES

Se entiende por externalidad la falencia de incluir en el precio de mercado los efectos posteriores y secundarios con respecto a la acción de producir o consumir. Las externalidades pueden ser positivas o negativas dependiendo de cómo afecten a la sociedad.

Las externalidades requieren la atención inmediata del ente encargado de regular la política económica, puesto que su desatención podría significar la alteración de los mercados. Además de la alteración, las externalidades, si son desatendidas, pueden causar graves problemas sociales a una comunidad, como la grave contaminación del medio ambiente, la proliferación de enfermedades o la desatención de ciertos bienes productivos.

Algunos ejemplos clásicos de externalidad negativa son la contaminación que produce una fábrica o el consumo de cigarrillos. De externalidad positiva, el descubrimiento de tecnología o el desarrollo de medicamentos de consumo masivo para contrarrestar enfermedades.

Consideramos que no requiere mucha explicación este capítulo, en cuanto a resaltar la importancia del derecho en la regulación de estas externalidades en beneficio de la sociedad. Lo anterior, por considerar que para el lector es evidente dicha necesidad.

## LA INFORMACIÓN IMPERFECTA

Debido a que la información completa y veraz es la herramienta más apetecida para la correcta toma de decisiones, la ausencia de esta completitud de la información se convierte en un fallo del mercado. Nuevamente es tarea del derecho entrar a solucionar la presencia de este fallo, procurando que los mercados puedan seguir funcionando de manera autónoma, es decir, sin intervención estatal.

Así las cosas, podemos ver cómo el derecho vuelve a jugar un papel importante, coaccionando a algunos partícipes del mercado a revelar cierta información que se considera vital para la toma de decisiones

El caso de la obligatoriedad de presentar balances de las sociedades e informes de los administradores a sus asambleas de accionistas para que un partícipe del mercado bursátil pueda conocer el estado real de una sociedad antes de invertir en la compra de sus acciones, es un claro ejemplo de lo anterior.

Otro ejemplo, y que quizá no parece tan obvio, es la intervención jurídica para la obtención de información veraz, como cuando se regula, castigando la publicidad engañosa.

Muchos de los negocios que se realizan en el mundo capitalista, se consuman tras el llamamiento que recibe el demandante en el mercado de una oferta interesante por parte del oferente de bienes o servicios. Este llamado, usualmente realizado a través de ofertas públicas e indeterminadas, es la única información que se tiene para tomar decisiones, razón por la cual es de vital importancia para la seguridad de los mercados que sea regulada, ya que obtener toda la información posible tendrá un costo, que en la mayoría de los casos no se está dispuesto a pagar. Como el mercado debe propender a ser sencillo, para promover la agilidad en los negocios, el derecho interviene nuevamente brindando esa seguridad, obligando a que ciertos oferentes entreguen la información requerida ordinariamente por un comprador y castigando la falsedad, en cualquiera de sus grados, de la información enviada al mercado.

### ¿QUÉ ES LO QUE FALLA?

Habiendo ya analizado los fallos del mercado, es importante hacerse una pregunta básica. ¿Qué es lo que falla? Para poder contestar esta pregunta debemos conocer los dos teoremas fundamentales del bienestar, los cuales explicaremos más adelante, y entenderemos por qué razón la respuesta al interrogante que nos formulábamos es la violación de los supuestos de los dos teoremas fundamentales del bienestar.

Los supuestos del primer teorema son:

- i) *Los mercados son completos*, es decir, que entre agentes y precios hay una correspondencia de uno a uno (1:1) para poder facilitar el intercambio, y todos los agentes conocen toda la información posible acerca de los precios y
- ii) *todos los agentes son tomadores de precios*, es decir, no existe poder de mercado en manos de un agente.

Dados los anteriores supuestos, podemos concluir que toda asignación que se haga de un bien en el mercado se encuentra en equilibrio y a su vez es un Óptimo de Pareto. (Primer teorema del bienestar). En este caso se presenta una maximización automática de los beneficios en el mercado, por lo cual una política social y jurídica no es requerida, toda vez que los mercados funcionan a la perfección. Esta es la expresión básica de la teoría de ADAM SMITH de la mano invisible, donde no se requiere la intervención estatal para alcanzar el Óptimo de Pareto.

Los supuestos del segundo teorema son los mismos dos enunciados para el primer teorema —mercados completos y todos los agentes son tomadores de precios— más dos adicionales que indican que:

- i) debe haber convexidad entre preferencias y costos de producción y
- ii) deber existir la posibilidad de hacer transferencias entre individuos que finalicen en suma cero, es decir, que sean redistributivos de riqueza.

El segundo teorema reza que una asignación que es Óptimo de Pareto puede ser alcanzada mediante el equilibrio. Este teorema se realiza principalmente mediante el uso de un mercado como el que conocemos en el sistema capitalista.

La falla verdadera de los mercados, se da en que cuando llegan al equilibrio, éste no es un Óptimo de Pareto. ¿Pero será siempre necesario intentar obtener el Óptimo de Pareto? Habrá que estudiar para contestar esta pregunta lo relacionado con la distribución del bienestar una vez la asignación se encuentre ubicada en un punto de equilibrio, que además sea Óptimo de Pareto. Esto, toda vez, que una sociedad con coeficiente Gini<sup>21</sup> de 1.0 puede resultar en sus asignaciones estando en un Óptimo de Pareto, pero con una distribución de riqueza totalmente inequitativa.

### ¿CUÁNDO REGULAR?

Como hemos venido diciendo, la decisión de regular se debe tomar basándose en los conceptos de objetivo político, método económico y herramienta jurídica. En algunos casos la regulación se hará alejando el equilibrio del mercado del Óptimo de Pareto, simplemente porque dicha desviación obedezca a presiones políticas o a decisiones políticas de un determinado gobierno, como podría ser la redistribución de las tierras dentro de un Estado.

Sin embargo, el momento de regular puede conocerse mediante un *test* que desarrollo SPULBER, y que cuenta con tres pasos a saber:

1. Debe establecerse la ocurrencia de una falla de mercado de acuerdo con lo estudiado anteriormente.
2. Debe establecerse si la falla del mercado, entendida como una desviación del equilibrio general sobre el punto determinado como Óptimo de Pareto en el mercado bajo estudio, puede ser aliviada

---

21 El coeficiente Gini es una cifra entre cero y un guarismo que mide el grado de desigualdad en la distribución de ingresos en una sociedad dada. El coeficiente registrará cero desigualdad (0,0 = desigualdad mínima) para una sociedad en la cual cada miembro recibiría exactamente el mismo ingreso y registraría un coeficiente de uno (1,0 = desigualdad máxima) si un miembro recibió todos los ingresos y los otros nada.

mediante la intervención del Estado, teniendo en cuenta las mismas restricciones de tecnología, información y regulación jurídica, bien sea porque corrige la distribución de los recursos, o bien sea porque corrige la falla en sí misma.

3. Finalmente se debe demostrar que los beneficios obtenidos debido a la regulación, superan los costos de intervención, y los costos del equilibrio inducido por fuera del equilibrio natural.