

Edición semestral de ESEADE

# RIIM

Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

Nº 47 | Octubre 2007 | Año XXIV

**Número dedicado a las Instituciones y la Economía**

**Eduardo Stordeur (h), Enrique Gherzi Silva**

Presentación ..... 5

**Hugo Acciarri, Andrea Castellano y Andrea Barbero**

¿Tomar un préstamo o demorar un juicio?

Análisis económico de los efectos de la tasa

de interés sobre la demora judicial ..... 11

**Alfredo Bullard González**

De acuerdo en que no estamos de acuerdo:

Análisis Económico de la Interpretación Contractual ..... 35

**Enrique Gherzi Silva**

El carácter competitivo de las fuentes del derecho ..... 89

**Martín Krause**

Competencia institucional y control de los custodios ..... 111



**Eduardo Stordeur (h)**

Infracapitalización societaria, responsabilidad  
de los accionistas y capital social: un análisis económico . . . . . **165**

**Isabel Sanz Villarroya**

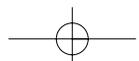
Libertad económica y convergencia en Argentina: 1875-2000 . . . . . **203**

**Carolina Leister**

Constitutional Process, Majority Rules and the Crisis in Bolivia . . . . **237**

**Juan Vicente Sola**

The Influence of Keynesian Economics in Judicial Decisions . . . . . **253**



# RIIM

## Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

### LIBERTAS NUEVA EPOCA

La revista tiene por finalidad la publicación de artículos académicos originales sobre temas de ciencias sociales en las áreas de economía, ciencia política, administración, filosofía social, historia y derecho, con especial énfasis en las reglas, ideas, tradiciones e instituciones que hacen posible el funcionamiento de una sociedad libre. Cuenta con un consejo editorial interdisciplinario de reconocidos especialistas acorde con la temática y finalidad del mismo y los trabajos están sujetos a la aprobación de un referato anónimo.

#### **RIIM: Consejo Editorial y de Referato**

Alejandra Salinas (Editora General), Enrique Aguilar, Ezequiel Gallo, José Ignacio García Hamilton, Juan José Gilli, Mariano Grondona, Martín Krause, Carlos Newland, Carlos Rodríguez Braun, Mario Serrafiero, Eduardo Stordeur, Gabriel Zanotti, Eduardo Zimmermann.

#### **ESEADE: Consejo Directivo**

Federico Zorraquín (Presidente), Enrique Duhau, Alfredo Irigoin, Oscar Secco, Santiago Bergadá, Gerardo Bongiovanni, Eduardo Bruchou, Emilio Cárdenas, Clarisa Estol, Alejandro Estrada, Mariano Grondona, Eduardo Marty, Enrique Zuleta Puceiro.

#### **ESEADE: Consejo Académico**

Carlos Newland (Rector), Alfredo Blousson, Martín Sisto, Alejandra Salinas, Leonardo Gargiulo, Martín Krause, Ricardo D. Bindi, George Thomas McCandless, Mariano Grondona, Francisco Cárrega, Juan José Gilli, Juan Carlos Cachanosky.

### **Edición impresa**

I.S.S.N. 0326-5552

Diseño de tapa a cargo de Libronauta

Diseño de interior a cargo de Karin Bremer | [info@karinbremer.com.ar](mailto:info@karinbremer.com.ar)

© 2007 by ESEADE

Uriarte 2472

C1425FNJ Buenos Aires, Argentina

[www.eseade.edu.ar](http://www.eseade.edu.ar)

### **Foto de tapa**

James Buchanan (Presidente del Consejo Consultivo de ESEADE y Premio Nobel de Economía) en la Colación de Grado 1999 de ESEADE.

### **Edición digital**

I.S.S.N. 1668-0693

Construcción a cargo de Libronauta

© 2007 by Libronauta

Perú 267

C1067AAE Buenos Aires, Argentina

Queda hecho el depósito de Ley 11.723

La presente obra puede ser adquirida en formato impreso y digital en [www.libronauta.com](http://www.libronauta.com)

© 2007 by ESEADE

## PRESENTACIÓN

*Eduardo Stordeur (h), Enrique Gherzi Silva*

Los economistas clásicos tenían bien presente la estrecha y fundamental relación entre instituciones y desempeño económico. Décadas después, consecuencia del desarrollo y creciente aceptación del modelo de competencia perfecta entre los economistas del siglo XX y la mayor especialización en la profesión académica, el legado clásico fue prácticamente olvidado. Los economistas centraron su atención en el examen de las propiedades de los mercados en equilibrio bajo supuestos tan abstractos y estrictos que virtualmente excluían a las instituciones, las que eran consideradas condiciones exógenas al modelo.

Hasta finales de la década del cincuenta, de ese modo, la teoría económica convencional se ocupó fundamentalmente de las reglas que subyacen a procesos de distribución y producción de bienes escasos en mercados explícitos de bienes y servicios. Pocos, muy pocos autores y escuelas o corrientes de investigación, algunas de ellas relativamente marginales como la Escuela Austriaca de Economía o los institucionalistas americanos, se ocuparon de la incidencia de las instituciones en el proceso económico y sus relaciones.

Sobre finales de la década de los cincuenta y comienzos de los sesenta, sin embargo, muchos economistas ortodoxos comenzaron a aplicar teoría de precios a fenómenos extra mercantiles. Este proceso de extensión de la economía a ciencias sociales contiguas fue además acompañado de un creciente interés de los economistas por las instituciones, fenómeno que tuvo fundamental expresión en el enorme desarrollo de corrientes de investigación tan fundamentales al pensamiento social contemporáneo como la economía institucional, el análisis económico del derecho, la economía de la organización, la elección pública, la economía de los derechos de propiedad y otras disciplinas relacionadas. De ese modo la economía progresivamente se constituye en un método general, muy extendido, de investigación en ciencias sociales.

Este proceso tuvo claramente también su capítulo latinoamericano. Hoy, cada vez son más las instituciones educativas que en nuestra región han incorporado cursos, materias, contenidos y hasta programas de postgrado completos que incluyen algunas o varias de las variantes de investigación económica de las instituciones. ESEADE, probablemente por la enorme influencia de Escuela Austriaca de Economía en sus claustros, fue en este sentido probablemente uno de los pioneros en el mundo de habla hispana en introducir estas nuevas corrientes de investigación. Un simple examen de ediciones de la Revista Libertas (hoy RIIM) y los entonces novedosos contenidos de los programas Master muestran claramente una enorme presencia de autores y trabajos afiliados al enfoque económico de las instituciones, tanto en su variante tradicional como evolucionista, hoy tan a la vanguardia en la investigación social.

Este número de RIIM sobre “Instituciones y Economía” renueva una vez más ese enorme compromiso de ESEADE con el enfoque económico de las instituciones, poniendo a disposición de lector de habla hispana estudios completamente originales llevados adelante por destacados autores hispanoamericanos, especialistas en temas de economía e instituciones, elección pública y economía del derecho.

Inicialmente, en el campo del “Análisis Económico del Derecho”, Hugo Acciarri, Andrea Castellano y Andrea Barbero, del conocido equipo de la Universidad Nacional del Sur, presentan un original trabajo sobre economía de los procedimientos. Los procesos judiciales conllevan costos, tanto públicos como privados, los cuales razonablemente se incrementan cuando hay dilaciones innecesarias en los procesos. Los autores examinan la incidencia que tiene el nivel de la tasa de interés judicial respecto de los incentivos para demorar o dilatar innecesariamente el proceso. Una tasa judicial muy baja, por ejemplo, genera incentivos para dilaciones injustificadas en los procesos, en tanto estos son análogos a créditos a baja tasa de interés. En este novedoso trabajo, introduciendo una muy original modificación al modelo ortodoxo de economía de los procesos judiciales, muestran las muy estrictas condiciones que debe satisfacer una tasa de interés no distributiva o neutral que no genere incentivos

para demorar o dilatar innecesariamente los pleitos. Las conclusiones son variadas y muy interesantes, tanto como las recomendaciones normativas. Las dejamos al lector.

Del derecho de los procedimientos pasamos al derecho de los contratos, una de las áreas del sistema legal donde con mayor éxito fue empleada inicialmente la teoría económica. La jurisprudencia y la doctrina han empleado diversas reglas acumuladas por la experiencia para resolver problemas de interpretación. Alfredo Bullard González, apelando a herramientas de análisis económico examina en este novedoso trabajo el complejo problema de la interpretación contractual. El autor ofrece un replanteo conceptual del problema de la interpretación de los contratos y un marco aproximativo para resolver eficazmente el problema de la interpretación, apelando al modelo tradicional de la economía de los contratos.

De los contratos, pasamos a la economía de las decisiones colectivas, con el trabajo de Martín Krause, Director General del CIIMA- ESEADE, quien se ha ocupado largamente de temas de economía e instituciones. El autor observa que para muchos las instituciones liberales concebidas para limitar el poder han fracasado, a la luz del notable incremento de las atribuciones y tamaño del Estado durante el siglo XX. Además, que en parte, los mismos problemas que hacen difícil a los mercados producir bienes públicos afectan el cálculo económico e incentivos para producirlos eficientemente en el sector público o estatal. A diferencia de los procesos de mercado, además, en las decisiones colectivas, quienes toman las decisiones no se hacen cargo de los costos y beneficios de éstas, entre otros problemas. Los consumidores – ciudadanos, no tienen modo de revelar preferencias y los oferentes políticos, aun si contaran con la información, tampoco tienen incentivos para limitar el poder y orientar mejor la oferta de bienes públicos. El autor examina críticamente la literatura más avanzada sobre el problema, en sus más diversas vertientes, y centra su atención en los incentivos derivados de la competencia institucional entre los diversos gobiernos en el contexto de mayor competitividad que permite la globalización. Culmina mostrando los índices más relevantes de calidad institucional, con especial énfasis en Argentina.

También en el ámbito de las decisiones colectivas, Carolina Leister, de la Fundación Getulio Vargas, nos trae una interesante aplicación de los modelos de A. Downs y G. Tullock al acuciante problema constitucional boliviano. La lectura del problema por medio de estos dos conocidos modelos permite una mirada profunda y comprensiva de los incentivos que subyacen a las diversas opciones institucionales respecto del tipo de regla de toma de decisiones a adoptarse. Asumiendo la idea de Buchanan de que la adopción de una regla de mayoría determina de modo endógeno los resultados, la autora examina críticamente las consecuencias de la adopción de una regla de mayoría simple y una de mayoría calificada de tres cuartos. Las consecuencias son muy diversas y críticas para el complejo problema institucional que enfrenta Bolivia.

En “Libertad Económica y convergencia en Argentina: 1875 – 2000”, Isabel Sanz Villaroya examina un tema que ha dejado perplejos a muchos investigadores sociales, en los mas diversos ámbitos de especialidad y que tiene enorme relevancia para la economía institucional: las causas de la impresionante declinación Argentina. Tomando como base países de la OCDE y empleando un índice de libertad económica, la autora evalúa el impacto de las instituciones en el (mal) desempeño argentino. La autora muestra estadísticamente que la relación entre libertad económica y la evolución de la serie relativa de PBI per cápita de Argentina respecto de los países de la OCDE son similares, mostrando la relación entre ambas variables. La autora ilustra, en suma, la incidencia de las instituciones que hacen posible la libertad en las transacciones en el crecimiento económico. Si bien la idea tiene larga data, el presente trabajo constituye una impresionante demostración analítica para el caso de la Argentina.

Pero las relaciones entre economía e instituciones admiten varias formas. No sólo las instituciones establecen las “reglas del juego” que especifican el tipo de intercambios que “da forma” a la economía. Además, cambios en precios relativos, costos de transacción, tecnologías e “ideas económicas”, pueden tener impacto sobre las instituciones. Esto último es el tema de investigación del constitucionalista y economista del derecho, Juan V. Sola. El autor examina en su trabajo críticamente las ideas Keyne-

sianas y su impacto institucional, en particular la enorme influencia que éstas tuvieron en la universalmente influyente jurisprudencia americana, una poderosa ilustración del impacto del “mercado de las ideas económicas” en el campo de la jurisprudencia.

Finalmente llegamos a los trabajos de quienes editamos este número. Enrique Ghersi Silva se ocupa de dotar de contenido sustantivo a una conocida metáfora hidráulica que ilustra el origen del derecho, apelando a la idea de competencia entre “las fuentes del derecho”. De ese modo muestra la naturaleza eminentemente evolutiva, cultural y económica de la ley, en contraposición a la clásica visión racionalista del sistema legal.

Por último, el trabajo de Eduardo Stordeur pretende mostrar que la actual exigencia de adecuar el capital social al objeto social en el derecho de las sociedades, “perfectamente aplicada”, llevaría a una extraña paradoja: debería eliminar cualquier noción plausible de la función empresarial y por lo tanto, al mismo tiempo, aquellos proyectos precisamente más eficientes. Intenta mostrar, que además de “irracional” desde el punto de vista de los incentivos, la misma lleva a resultados ineficientes.

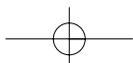
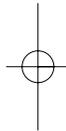
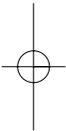
Esperamos que el presente número de RIIM sea de utilidad para todos aquellos interesados en la relación entre la economía y las instituciones, y en especial para aquellos interesados en la economía del derecho, de la constitución y de las decisiones colectivas.

*Enrique Ghersi Silva*

Profesor Titular de la Universidad de Lima  
Académico Adjunto del CATO INSTITUTE

*Eduardo Stordeur*

Investigador de Fundación Hayek  
Profesor titular de ESEADE  
Profesor de Posgrado UBA



## ¿TOMAR UN PRÉSTAMO O DEMORAR EL JUICIO? ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS EFECTOS DE LA TASA DE INTERÉS SOBRE LA DEMORA JUDICIAL

*Hugo Acciarri\**

*Andrea Castellano\*\**

*Andrea Barbero\*\*\**

### Resumen

La demora injustificada en los procesos y el consiguiente incremento de costos que genera es un problema que ocupa frecuentemente a la literatura del análisis económico de ese campo del derecho y a la doctrina jurídica tradicional. No obstante, algunos factores no han sido suficientemente analizados al respecto. En consecuencia, el objetivo de este trabajo se concentra en analizar los incentivos de las partes para demorar el proceso en relación con la tasa de interés aplicable en los mismos. Para ello se desarrolla un modelo de incentivos para la demora, consistente con el modelo estándar de análisis económico del proceso judicial (differing perceptions model).

### Abstract

Mainstream economic analysis of litigation and classical legal scholarship frequently deal with the unjustified delay in legal process and its related increase of cost. However, there are some factors usually disregarded by that literature which influence the outcomes. Accordingly, the aim of this

---

\* Profesor Titular, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur.  
acciarri@satlink.com

\*\* Profesora Asociada, Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur.  
acastell@uns.edu.ar

\*\*\* Profesora Adjunta, Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur.  
abarbero@uns.edu.ar

paper focuses on the agent's incentives to delay in relation to the interest rate applied to lawsuits. For this purpose, a model of incentives to delay is developed, consistent with the standard economic analysis of litigation (differing perceptions model).

### **Introducción: tasas judiciales y demora en los procesos**

El análisis económico del proceso judicial tiene como objetivo general encontrar vías de reducción de los costos sociales de operación del sistema de resolución de disputas. Este costo tiene un componente público, derivado del funcionamiento del sistema judicial y otro privado, integrado por los gastos en servicios profesionales, inversión de tiempo y otros costos explícitos e implícitos en que incurren las partes involucradas.

Uno de los problemas tratados con frecuencia en la literatura del análisis económico del proceso judicial (y también en la doctrina jurídica tradicional) es la demora injustificada de los procesos, que desde esta perspectiva, se revela como una fuente de costos. Además del aumento en los costos explícitos –aquellos más aparentes–, la demora impropia en el proceso puede provocar otros efectos. Por ejemplo, que la víctima no reciba la compensación oportunamente, o producir el deterioro y pérdida de los elementos de prueba de que intenten valerse las partes, o desalentar que los justiciables reclamen cuando sufren un perjuicio. Todas estas circunstancias, aunque a simple vista puedan parecer ajenas a la materia, desde el punto de vista económico resultan fuentes de generación de costos sociales.

Existe una abundante literatura que estudia el tema de la demora en el proceso, desde puntos de vista diferentes. Algunos trabajos se ocupan, por ejemplo, de la asignación de recursos a la administración de justicia o de la variabilidad innecesaria de las sentencias (Pintos Ager, 2000). No obstante, la influencia de otros factores, aparentemente *naturales* a los procesos, y –quizás por eso– considerados inocuos a este respecto, ha pasado casi desapercibida.

La tasa de interés judicial, en este contexto, no fue uno de aquellos factores tradicionalmente percibidos como problemáticos en cuanto a su influencia sobre el problema de la demora. No obstante, la coyuntura histórica puso de relieve, en Argentina, un aspecto del problema.<sup>1</sup> En este sentido, se atribuyó a las tasas judiciales demasiado bajas algún efecto en el alargamiento impropio de los juicios. El razonamiento implícito es muy sencillo: si suponemos que la parte demandada puede de algún modo influir en la duración del proceso (para demorarlo o no), sin que esto le acarree otras consecuencias que el devengamiento de intereses,<sup>2</sup> al correr los mismos a tasa pasiva, se incrementarán las probabilidades de que haga lo posible por demorarlo. Demorar, aquí, significa algo semejante a tomar un préstamo a muy bajo interés.

Este problema se hace particularmente notorio en el campo de los juicios por daños no contractuales. Cuando las controversias versan sobre contratos, las partes tienen la posibilidad de pactar de forma anticipada la tasa que regiría en caso de mora, y frecuentemente lo hacen. En cambio, cuando se trata de litigios sobre indemnizaciones por daños extracontractuales, no existe –por definición– entre los litigantes pacto alguno, previo al hecho, que prevea la tasa a aplicar. Se presenta en este caso un ámbito de discrecionalidad para el Juez, que le permite escoger entre distintas posibilidades. Llamaremos *tasa judicial*, a la tasa de interés que decida aplicar el Juez en estas condiciones.

Cuando la tasa judicial es igual a la tasa pasiva de los bancos oficiales, esa conclusión antes expuesta –que la vincula a la demora de los procesos– puede parecer evidente. No obstante, una opinión así constituye más bien un parecer circunstancial, más o menos acertado, que una conclusión basada en una teoría suficientemente explicativa del problema. La intención de las líneas que siguen, en consecuencia, es construir un marco teórico general que permita analizar el problema de modo orgánico.

Para comenzar, partiremos de suponer que la duración excesiva de los procesos es indeseable desde el punto de vista normativo. Entendemos que existe una duración óptima de los procesos, y llamaremos “demora” a su duración por encima de ese punto óptimo. Sentado este primer

supuesto, pueden formularse dos preguntas que guían el estudio:

- a) ¿Qué factores deben tomarse en cuenta para estudiar los incentivos que una determinada tasa de interés crea respecto de la demora judicial?
- b) Luego, asumiendo que la demora es indeseable, ¿Puede encontrarse una única tasa, aplicable a toda clase de juicios que constituya un incentivo o desincentivo general a las partes para demorar los procesos?

Dijimos, no obstante, que la intención es inscribir el análisis de este aspecto particular en un marco más general que lo incluya. En consecuencia, expondremos a continuación, y para comenzar, el modelo estándar de análisis económico del proceso judicial. A continuación haremos referencia a la relación existente entre la demora de los procesos y el incremento de costos sociales. Luego, delinearemos las pautas que permitirán construir un modelo consistente e inscribible en ese más general, y que sirva para explicar el aspecto particular que nos ocupa. Finalmente, extractaremos algunas conclusiones básicas derivadas del análisis.

### **El análisis económico del proceso judicial por daños**

Señala Miceli (1997) que el interés de la economía en el proceso judicial se debe, en principio, a tres razones. La primera se refiere al costo de operación del sistema judicial y al efecto que tiene sobre éste, la forma en que son resueltos los procesos. La segunda obedece a que la teoría económica es útil para explicar y predecir cómo litigantes racionales pueden resolver las disputas y ofrecer entonces sugerencias para reducir el costo de los procesos. Considera, por último, que la forma de resolución de las disputas tiene implicancias en la estructura de las reglas, y afecta a su vez las inversiones futuras.

El objetivo general que se plantea el análisis económico del proceso judicial es la minimización de costos, cuya expresión más simple combina costos administrativos<sup>3</sup> (costos directos del proceso que surgen de la utilización de distintos instrumentos) y costos de decisiones judiciales erróneas (en la aplicación del derecho sustantivo). Este modo de analizar el pro-

blema parte de la hipótesis de la existencia de un *derecho sustantivo* “perfecto”. Esto es, en términos económicos, un sistema de normas tal que tienda, en el campo sustancial del que se trate (daños, contratos, propiedad, etc.) a la mejor relación posible entre costos y beneficios sociales. Si el sistema procesal (*derecho adjetivo*, en términos jurídicos) lleva a decisiones incorrectas, por no ajustarse al derecho sustancial, entonces esa relación de costos y beneficios sociales sufrirá distorsiones que se traducen en costos sociales. Ese es el significado de los denominados “costos de error”.

En cuanto a la relación entre costos de error y costos administrativos, puede esperarse que a medida que se invierte más en el proceso y aumentan los costos administrativos (hasta un cierto punto), se reduzca la probabilidad de adoptar una decisión judicial errónea. Se desprende de estas ideas, entonces, la existencia de un óptimo que admitirá algún valor positivo de costos administrativos y de costos de error.

Una cuestión esencial a atender a la luz de este objetivo, es explicar por qué una determinada proporción de las disputas se resuelve mediante un acuerdo extrajudicial mientras que las restantes controversias se dirimen a través de un juicio. Los modelos más simples que tratan esta cuestión muestran que si las partes actúan racionalmente y con información perfecta, establecerán un acuerdo y no llegarán en ningún caso a juicio. Para explicar la existencia de procesos judiciales sin invocar irracionalidad por parte de los agentes, es necesario relajar el supuesto de información perfecta y asumir la incorporación de costos de transacción positivos.

La intención de lograr un mejor ajuste con la evidencia empírica ha llevado a desarrollar modelos más sofisticados que tratan de explicar el rol de la instancia judicial en la resolución de una disputa. En la literatura respectiva se pueden distinguir dos enfoques: uno basado en las diferencias de percepción de los agentes (*differing perceptions model*), que establece que se alcanza la instancia judicial cuando ambas partes son optimistas acerca de su posición respecto al caso, y otro basado en la existencia de información asimétrica (*asymmetric information model*), que explica la vía judicial en el hecho de que el demandado no tiene la misma información que el actor.

En concreto, la asimetría de información es el elemento que provee una explicación alternativa a las diferencias de percepción de los agentes.

La versión más simple de estos modelos<sup>4</sup> considera la existencia de dos agentes que actúan racionalmente: el actor (a) y el demandado (d). El primero reclama al segundo una compensación por daños que invoca haber sufrido. En principio las partes inician una negociación esperando arribar a un acuerdo que produzca un pago  $S \geq 0$  para el actor. Si esta instancia fracasa la resolución de la disputa es llevada a juicio. Aquí entonces se introduce la diferencia de percepción que tienen las partes sobre el resultado del juicio, definido por la probabilidad de ganar del actor y el monto de la indemnización correspondiente que tiene cada uno de los agentes; formalmente:

$P_a$  = probabilidad de ganar que percibe el actor;

$J_a$  = percepción de la indemnización a cobrar del actor;

$P_d$  = probabilidad de ganar del actor que percibe el demandado;

$J_d$  = percepción de la indemnización a pagar del demandado;

Adicionalmente, se define el costo administrativo del juicio y del arreglo extrajudicial para ambas partes; formalmente:

$C_a$  y  $C_d$  representan el costo administrativo del proceso judicial para el actor y el demandado respectivamente;

$R_a$  y  $R_d$  representan el costo administrativo del arreglo extrajudicial para cada una de las partes. Se supone que  $C_j \geq R_j \quad j = a, d$ , debido a que el costo del juicio incluye el costo de la negociación previa;

Se supone que los agentes son neutrales frente al riesgo y que procuran maximizar su riqueza esperada. El valor esperado del juicio para el actor es:

$$VEJ_a = P_a J_a - C_a$$

mientras que el valor del acuerdo es:

$$VA_a = S - R_a$$

El actor estará dispuesto a aceptar el arreglo si:

$$\begin{aligned} S - R_a &\geq P_a J_a - C_a \quad \text{o} \quad \text{sí} \\ S &\geq P_a J_a - (C_a - R_a) \end{aligned} \quad (1)$$

Análogamente el demandado calculará el costo esperado del juicio:

$$VEJ_d = P_d J_d + C_d$$

y el costo del arreglo:

$$VA_d = S + R_d$$

y le convendrá establecer un acuerdo extrajudicial si:

$$\begin{aligned} S + R_d &\leq P_d J_d + C_d \quad \text{o} \quad \text{sí} \\ S &\leq P_d J_d + (C_d - R_d) \end{aligned} \quad (2)$$

Combinando las inecuaciones (1) y (2) se puede concluir que se alcanzará un arreglo si se cumple que:

$$P_a J_a - P_d J_d \leq (C_a - R_a) + (C_d - R_d) \quad (3)$$

Claramente se puede observar que si  $P_a = P_d$  y  $J_a = J_d$  siempre es posible establecer un acuerdo. Es decir que, si las partes coinciden en el valor esperado del juicio, siempre es posible lograr un arreglo debido a que el costo del juicio es mayor que el del arreglo. Si en cambio existen diferencias de percepción por parte de los agentes, sólo será posible alcanzar un acuerdo cuando la diferencia entre los valores esperados del juicio

para el actor y el demandado sean menores que la suma del diferencial de costos entre juicio y arreglo de ambos.

Una perspectiva analítica complementaria se presenta con los modelos que explican la existencia de procesos judiciales en base a la existencia de información asimétrica de los agentes.<sup>5</sup> Este tipo de análisis se diferencia del modelo precedente en que provee un fundamento a las diferencias de percepción de las partes involucradas. Se supone que los demandantes poseen información privada acerca de la probabilidad de ganar el juicio, y que pueden existir dos tipos de demandantes, unos con alta probabilidad de ganar y otros con baja probabilidad. Los demandados por su parte no pueden observar el tipo de demandante al que se enfrentan, pero conocen qué fracción de la población corresponde a cada tipo. Así se pueden establecer diferentes estrategias por parte del demandado (“*pooling strategy*” y “*separating strategy*”) que conducen a resultados que difieren levemente de los alcanzados en el modelo presentado mas arriba.

### **La demora de los procesos y sus costos sociales**

El modelo precedente sitúa el centro de gravedad de su preocupación en la decisión individual de los agentes de emprender un juicio o concretar un arreglo voluntario. Desde el punto de vista del costo social, una visión ingenua de este problema general podría hacer pensar que *siempre* es indeseable la existencia de juicios, o –en otras palabras– que la litigiosidad es siempre, en sí, un dispendio social.

No obstante, como en otras áreas del análisis económico del derecho, se observa muy fácilmente que la alternativa a ese presunto dispendio no es gratuita. Cuando se asume la existencia de costos de transacción, llegar a arreglos extrajudiciales demanda, en algunos casos, costos prohibitivos o al menos superiores a los que insume el mejor proceso posible, que defina la misma controversia. Por eso, como parece fácil de entender, se trata siempre de una opción entre escenarios imperfectos.

La alineación óptima de incentivos, en consecuencia, requeriría que los

incentivos privados de los potenciales litigantes confluyan a fin de llevar adelante un juicio sólo en tanto y en cuanto el costo social del proceso sea inferior a su beneficio social, y cuando, también, ese costo sea inferior al que insuma un arreglo alternativo asimilable.

Si asumimos, en consecuencia, que pueden existir juicios socialmente preferibles a arreglos voluntarios equiparables, de esto se infiere que es deseable que la comparación que determine su preferibilidad se haga entre los *mejores (menos costosos) juicios* posibles y los *mejores arreglos* que puedan celebrarse, entendidos estos conceptos computando costos de transacción y en términos de costo social. Si, en cambio, algún factor adicional (y evitable) incrementara el costo de los juicios por encima del costo social de los “*mejores juicios posibles*”, entonces al menos en un campo, se producirían ineficiencias evitables. Esto es, en aquellos sectores en los cuales un juicio (el *mejor posible*) fuera preferible a un arreglo, el incremento de su costo social haría que, si las partes lo eligieran (porque sus incentivos privados así lo aconsejaran), estarían escogiendo una alternativa que es ahora más costosa –también aquí, hablando en términos sociales–. Si, en cambio, ese incremento de costos sociales se volcara sobre las partes como costo privado en condiciones tales que determinara que las partes prefirieran el arreglo, igualmente esta última alternativa sería socialmente menos preferible que ese *mejor juicio* al que no se llegó, en virtud del incremento de costos analizado.

La demora injustificada en los procesos suele ser tratada dentro de los factores que introducen incrementos de costos de este tipo. Si, como se vio, el costo social de los procesos está determinado por los costos de error y costos administrativos, parece plausible pensar que ambos son función del tiempo de duración del proceso. Un litigio judicial que durara sólo minutos sería, quizás, barato en cuanto a sus costos administrativos, pero conllevaría un costo de error muy importante. Igualmente, un proceso que durara demasiado quizás minimizaría el error (supongamos que esto ocurriera así) pero generaría excesivos costos de administración. En consecuencia, podría suponerse y así vamos a hacerlo, que existe un tiempo óptimo de duración de los procesos. Si la duración excede ese plazo óptimo, en consecuencia

supondremos –como parece razonable– que ese tiempo adicional conlleva un exceso de costos, que encarece indebidamente los procesos a los que afecta y que por lo tanto introduce una distorsión en el mercado de los juicios y arreglos, en cuanto es susceptible de modificar la conducta de los agentes respecto a su decisión entre esas alternativas.

Al igual que ocurre respecto del costo del error judicial, resulta también aquí difícil encontrar un modo de establecer el tiempo óptimo del proceso. Una alternativa posible es suponer que los tiempos determinados por las normas legales se acercan a ese punto. Si fuera así, existe abundante evidencia empírica sobre el exceso respecto de dichos límites en el sistema judicial argentino en cualquiera de sus jurisdicciones.<sup>6</sup>

Puede imputarse a este tipo de referencias que los plazos legales no tienen por qué ser los adecuados. La modalidad de producción de las leyes procesales raramente establece plazos en base a otras consideraciones que la mera repetición de otras leyes, otros argumentos tradicionales o de autoridad, o la mera intuición del legislador, y por ello no hace muy seguro que esos plazos legales se acerquen de algún modo a los óptimos desde el punto de vista social.

No obstante, aun reconociendo las dificultades señaladas, puede pensarse que existe algún plazo razonablemente adecuado para minimizar esa suma de costos de error y costos administrativos. Así, aunque sea difícil de precisar, puede inferirse que dadas ciertas condiciones existirán incentivos privados para alguna de las partes que la impulsen *a intentar demorar el proceso más allá de ese plazo socialmente preferible, sea cual fuera éste*.

Cuando se intentan estudiar las causas de la demora, se observa que ésta es un resultado complejo que es función de distintas variables. Algunas de ellas dependen del órgano judicial y otras dependen de las partes. La misma evidencia empírica muestra que la demora vinculada a estas últimas se da de modo significativo en algunas etapas del proceso. Por ejemplo, en el estudio realizado por Berizonce (1999) sobre el funcionamiento del sistema judicial, se afirma que en la notificación de la demanda las partes demoran más de dos meses desde el inicio; en el período de prueba, más de ocho meses (aunque en este caso, la demora es función también de la actividad de los órganos jurisdiccionales) y algo similar se observa en el

trámite de ejecución de la sentencia. El 69% de los expedientes consultados habían estado detenidos casi 300 días sin que existan razones aparentemente fundadas, lo que representa en total el 23% de la duración total media de los juicios. Esta demora de hecho era imputable en un 36% a omisión de impulso de las partes (105 días), un 44% a demora en la decisión judicial (130 días) y el resto a otras causas.

Aun con cierta abstracción de los datos concretos, parece razonable pensar que, al menos en ciertos sectores, las partes contribuyen voluntariamente y de modo significativo a la demora de los procesos. Como lo dijimos, resulta difícil encontrar un plazo óptimo de duración de cada juicio, pero a continuación procuraremos demostrar que en el marco del proceso *se generan incentivos para que las partes tengan interés en demorarlo todo lo posible*, excediendo en consecuencia cualquier plazo de duración que pueda estimarse socialmente adecuado. Nos referiremos, en concreto, a la influencia de la tasa de interés sobre la conducta de los potenciales –y actuales– litigantes.

### **La tasa de interés judicial y la decisión de demorar el proceso**

En el capítulo 2 se expuso un modelo que enfrentaba a las partes de una disputa a elegir entre alcanzar un acuerdo o emprender un juicio. A continuación, introduciremos además la posibilidad para cada una de ellas de demorar o no el proceso. De este modo la elección inicial entre dos términos (*arreglo o juicio*) pasa a desdoblarse, en el último término, en dos nuevas sub-posibilidades, algo particulares. Si bien la alternativa entre proceso y arreglo sigue vigente, el valor esperado del proceso no es ahora único. Por el contrario, si consideramos la decisión de cada parte aisladamente (como lo haremos, por ahora), cada una podrá escoger entre el valor de un proceso *demorado* o uno *sin demora* a fin de establecer el valor subjetivamente más conveniente.

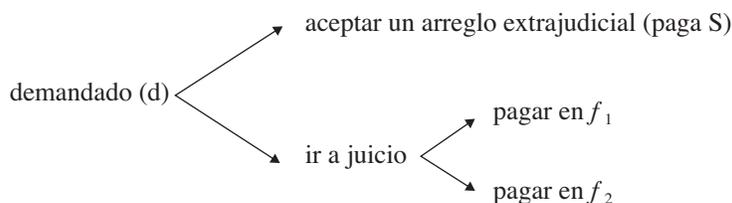
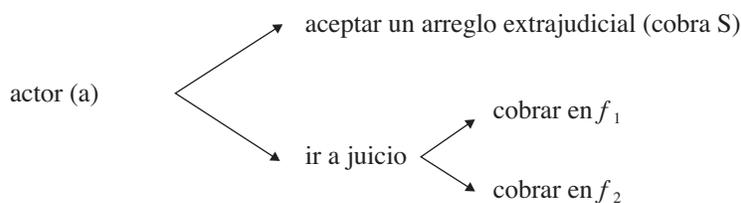
A este respecto vamos a incorporar a los supuestos del modelo general, los siguientes:

Ambas partes tienen la misma potencialidad para dilatar el proceso. Como dijimos, se considerará sólo una alternativa binaria: la posibilidad de “demorar” o “no demorar”;

Que esa dilación no tiene otras consecuencias para las partes que el devengamiento de intereses;

c) Para simplificar, se supone que una vez iniciado el juicio no se puede optar por un arreglo.<sup>7</sup>

Gráficamente, el árbol de decisión inicial quedaría modificado, para cada parte, al introducirse nuevas ramificaciones, que lo dejarían ahora del modo que sigue:



Cabe aclarar que la secuencia lógica de la decisión, también variará según esta nueva configuración. La primera instancia de decisión, en consecuencia, va a ser determinar la actitud a tomar frente al proceso para determinar el valor esperado más conveniente del mismo y luego compararlo con el valor de un arreglo alternativo. Para ello, se definen dos momentos en el

horizonte temporal relativo a la finalización del proceso que corresponden, el primero al juicio sin demora y el segundo al mismo proceso con demora y que quedarían definidos por las siguientes variables:

- $f_1$  : fecha de pago de la indemnización sin demora
- $f_2$  : fecha de pago de la indemnización con demora
- $f_2 - f_1$  : período de la demora

Si nos concentramos en ese momento de la decisión, veremos que el actor compara el valor esperado del juicio en  $f_1$  con el correspondiente a  $f_2$ , considerando que si cobra en  $f_1$  puede emplear los recursos recibidos y obtener una rentabilidad definida por su costo de oportunidad<sup>8</sup> del capital entre  $f_2 - f_1$ .

Las tasas de interés judiciales como costo de oportunidad resultarán aquí relevantes sólo en su vigencia durante el período de la demora, dado que en su aplicación al juicio hasta el momento  $f_1$  quedarán fuera del dominio de las partes. Por eso, sea cual fuera su magnitud para ese período, las consideraremos absorbidas por el valor esperado del juicio.

Con relación al período que nos ocupa, entonces, los valores esperados del actor en cada momento son:

$$VE_{a1} = P_a J_a$$

$$VE_{a2} = P_a J_a (1 + r)$$

donde  $r$  es la tasa de interés judicial.

En esas condiciones, le convendrá demorar el proceso si:

$$P_a J_a (1 + r) \geq P_a J_a (1 + o_a)$$

o sí

$$r \geq o_a \tag{4}$$

en donde  $o_a$  es el costo de oportunidad del capital para el actor.

En cuanto al demandado, sus valores esperados en cada momento son:

$$VE_{d1} = P_d J_d$$

$$VE_{d2} = P_d J_d (1+r)$$

Le convendrá demorar el proceso si:

$$P_d J_d (1+r) \leq P_d J_d (1+o_d)$$

o si

$$r \leq o_d \tag{5}$$

en donde  $o_d$  es el costo de oportunidad del capital para el demandado.

Considerando (4) y (5) se define que para eliminar los incentivos a demorar el proceso la condición necesaria es:

$$o_d \leq r \leq o_a$$

Este pequeño teorema implica que *la posibilidad de determinar una tasa como la buscada sólo existirá cuando el costo de oportunidad del actor sea mayor o igual que el costo de oportunidad del demandado*. Si la relación fuera inversa, no existirá posibilidad de encontrar una tasa que cumpla con el objetivo deseado, y cualquiera que se imponga siempre generará incentivos para que una u otra parte prefiera demorar.

Dijimos en su oportunidad que íbamos a suponer que la decisión de demorar no iba a traer otra consecuencia para las partes que el curso de los intereses. No obstante, podría pensarse que la demora modifica también la probabilidad de ganar o perder un juicio o el monto del capital de la condena. Puede pensarse que al pasar el tiempo, se incrementa en ciertas condiciones el riesgo de que el demandado se insolvente –de modo real o fraudulento–, o que se pierdan ciertas pruebas. Analíticamente, estas posibilidades pueden incluirse afectando la probabilidad, o también como “primas de riesgo” que afectan el valor real de la tasa de interés a partir de su magnitud nominal.

Pareciera que esos factores generan riesgos unidireccionales o al menos de magnitud diferente para ambas partes: operan, en ese sentido, la mayoría de las veces a favor del demandado y en contra del actor. En definitiva, cuando se incluye en el análisis el juego de estos factores, la tasa “real” a tomar en cuenta se alejará de la nominal. Eso justifica que la mayoría de las veces, la parte interesada en demorar sea el demandado, porque aunque aparentemente la tasa de interés judicial (nominal) supere a su costo de oportunidad del capital, su percepción de estas primas (a su favor) la reducen por debajo de ese costo.

Finalmente, cabe tratar el problema de la interacción entre las decisiones individuales y su reflejo en los costos sociales. Hasta ahora venimos analizando las decisiones de las partes aisladamente. No obstante, si una de ellas tiene la posibilidad de demorar por sí el proceso y decide hacerlo, éste se demorará para ambas, ya que no se considera la posibilidad de la restante de acelerarlo, o de oponerse a esa demora. Si esto fuera así, entonces, la decisión inicialmente planteada entre *arreglo* y *juicio (demorado o no demorado)*, según la conveniencia de cada uno de los participantes), pasará a ser únicamente entre *arreglo* y *juicio demorado*, cuando esta última alternativa –la demora– le convenga a solo una de las partes, cualquiera que sea y con independencia de la posición de la restante. En ese escenario, su contraparte, debería limitarse a esa única decisión, sea cual fuera el valor esperado que le represente el juicio demorado y computando al efecto de determinar ese valor el juego de la tasa de interés judicial aplicable.

Como parece evidente, esto se refleja en un fuerte sesgo hacia soluciones ineficientes, sea porque la disputa concluya en arreglos más costosos que los mejores juicios, o en juicios igualmente más costos que esos hipotéticos más beneficiosos, en términos sociales.

### Comentarios finales

Hasta aquí hemos advertido que la tasa de interés que se aplica en los procesos de daños, es un factor natural a todos los sistemas. Esa naturalidad,

posiblemente ha hecho soslayar su función respecto a la demora en los procesos y el consiguiente incremento de los costos sociales del sistema judicial, en los análisis que se ocupan del asunto. No obstante, ante variaciones extremas, como las que caracterizaron al sistema argentino de la última década y de la actualidad, se hizo más evidente su influencia. Lo relevante aquí, es hacer explícito que no son las circunstancias empíricas extremas señaladas las que determinan esa influencia, sino que la misma existe de modo generalizado y puede ser estudiada de modo igualmente general, y consistente con el análisis económico del proceso estándar. Con independencia de la magnitud de las tasas aplicables, el problema puede analizarse a través de un marco teórico general que lo explique. Ese marco es válido aún cuando la tasa que se decida imponer sea nula (no se aplique interés alguno) o, por el contrario, tasas muy altas.

Lo que interesa, para comprender el problema, es el efecto bilateral de la tasa y la diversidad de costos de oportunidad de las partes: la misma tasa que paga una parte es la que cobra la restante, pero el costo de oportunidad de una no tiene por qué aproximarse al de su contraria.

En este aspecto, tampoco suelen ser las categorías jurídicas básicas (actor-demandado; juicios civiles-comerciales; etc.) las más aptas para incluir en una misma categoría a agentes con costos de oportunidad asimilables, aunque sea presuntamente. Esto determina que existen pocas esperanzas de encontrar una tasa generalizable que siquiera minimice los incentivos para demorar, dado que un mismo par de sujetos puede, en un proceso particular, adoptar las categorías jurídicas de actor-demandado, y en otro las inversas, y la misma tasa no podrá funcionar del mismo modo en ambas situaciones.

Del mismo modo, la identificación de primas de riesgo más o menos explícitas dentro de las tasas nominales aplicables, explica por qué, en general, las tasas judiciales determinan incentivos para que demore el demandado. Asimismo, el recurso a replicar las tasas de los bancos oficiales –aun las activas– importa incentivos en la misma dirección, dado que suelen situarse en el piso del mercado de crédito, por lo cual podrían ubicarse por debajo del costo de oportunidad del demandado.

En cuanto a las percepciones populares sobre los incentivos para demorar derivados de las tasas pasivas de los bancos oficiales, puede concluirse que éstas son correctas en un aspecto (esas tasas generan incentivos para que el demandado demore). No obstante, no lo son en cuanto aconsejan aplicar la tasa activa de los mismos bancos para solucionar el problema general de la demora, dado que, por los motivos explicados (primas) esa tasa también, de modo frecuente, motivará incentivos para demorar, en la misma dirección. Para ser (descontadas las primas) suficientemente alta como para sobrepasar ese costo de oportunidad, debería adoptar una magnitud tal que probablemente –al menos, en un importante sector– determinara incentivos para demorar en el polo opuesto de la relación procesal.

Del análisis que recapitulan los breves párrafos que anteceden, se pueden extraer algunas conclusiones claras:

1. En primer lugar, parece incontrastable que *la tasa de interés aplicable en el proceso es un factor de relevancia cuando se intenta analizar los incentivos de las partes para demorar el proceso o no hacerlo.*
2. Luego, se puede demostrar analíticamente –en las condiciones antes expuestas– que *no existe una tasa de interés que, con independencia de los datos empíricos concretos y en todos los casos, sea consistente con el objetivo social de minimizar la demora innecesaria* en los procesos, en cuanto ésta dependa –en cualquier medida– de la actividad de las partes del mismo.
3. Concretamente, *cuando el costo de oportunidad del capital para el demandado sea superior que el costo de oportunidad del actor, no existe analíticamente una tasa judicial que no incentive a alguna parte a demorar el proceso.*
4. Consecuentemente con lo antes apuntado, puede también afirmarse que *sería posible establecer una tasa que no genere incentivos para que ninguna de las dos partes tenga interés en demorar, dadas ciertas condiciones particulares de hecho* (bastante exigentes, por cierto).
5. *Los incentivos para demorar el proceso, derivados de la tasa de interés aplicable, no dependen exclusivamente del monto nominal de la misma, sino de modo muy importante, del juego de factores que hacen que*

la “*tasa real*” se aparte de la “*tasa nominal*”. Estos factores, en general, tienden a que la primera se reduzca respecto de la última, incluso hasta adoptar valores negativos. Y las partes harán sus previsiones sobre la base de la primera (la tasa de interés que efectivamente esperen pagar o cobrar). La insuficiencia general de la tasa real esperada, aún a altos valores de tasas nominales, determinada por los factores apuntados, es consistente con el dato empírico de que sean los demandados quienes mayoritariamente intenten dilatar los procesos.

De las conclusiones del estudio podrían en consecuencia derivarse algunas sintéticas recomendaciones normativas.

En primer lugar parece razonable asumir la inconveniencia de intentar emplear una tasa generalizada –e independiente de la conducta de las partes–, con la finalidad de resolver o minimizar la demora de los procesos. El problema de los incentivos para demorar, no se resuelve mediante la aplicación de la tasa activa de los bancos oficiales a todos los juicios (ni de ninguna otra tasa general).

Las sub-categorizaciones de procesos (por ejemplo, entre civiles y comerciales aplicando una tasa a unos y otra a los restantes) tampoco sirven para mejorar ese resultado. El mecanismo de establecer categorías jurídicas puede ser explicado desde el punto de vista económico como un instrumento para minimizar costos de transacción. Cuando se intenta intervenir en un cierto problema (por ejemplo, información asimétrica en los contratos) y se observa que quienes revisten una cierta posición, frecuentemente, sufren esa asimetría (en algún aspecto), entonces suele decidirse aplicar el mecanismo correctivo con relación *a todos los sujetos incluidos en esa categoría*, aunque, de hecho, no se vean afectados por esa condición. La explicación es sencillamente, que el costo social de investigar caso por caso la existencia de esa asimetría es muy superior al derivado de cerrar el debate sobre el punto, presumirla de modo general, y sufrir la fuga de eficiencia derivada de condiciones de hecho minoritarias. Eso explica, desde el punto de vista económico, la elaboración jurídica de categorías como “*trabajador*”, “*consumidor*”, “*débil jurídico*”, “*no predisponente*”, etc. (Acciarri, 2000).

Desde el punto de vista empírico, esas categorías pueden estar mejor o peor delineadas y reguladas. En lo que nos ocupa, el problema es que las categorías jurídicas generales y vigentes del proceso (sean las mencionadas de actor-demandado, o procesos civiles-comerciales, o juicios ejecutivos-de conocimiento, etc.), no guardan ninguna correspondencia con agentes con costos de oportunidad del capital asimilable y por lo tanto, no sirven para establecer soluciones diferenciadas con sentido económico. Un agente puede ser, en un proceso, demandado, y en otro, actor. Puede participar en un proceso civil, y también, en otro, comercial. Y, por supuesto, puede ser parte en un juicio ejecutivo, y en otro de conocimiento. Pero siempre su costo de oportunidad será el mismo, y ese factor nunca será apreciado para ser incluido en una u otra categoría (que evidentemente están elaboradas sobre otras bases y para otros fines). Por ello, si la tasa se determinara, por ejemplo, por el tipo de procesos, el sujeto se verá sometido también a tasas diferentes, las cuales lo incentivarán o no a demorar según el caso.

Dijimos que, en los hechos, hay casos en los cuales sí podrían encontrarse tasas que no incentiven la demora, y esto se daría si el costo de oportunidad del actor igualara o superara al costo de oportunidad del demandado. Esta conclusión sería un motivo más para descalificar (sólo uno más y en lo estrictamente concerniente al aspecto que nos ocupa), la conclusión que sostuvo la Corte Suprema de la Nación en su primitiva doctrina de “*YPF c/ Pcia. de Corrientes*”, cuando pretendió aplicar una única tasa a todo tipo de juicios, cualesquiera fueran las causas de la reclamación y las partes. Si los jueces pueden decidir la aplicación de la tasa según las circunstancias del proceso, podría consentirse en la conveniencia social de una tasa situada entre los costos de oportunidad de las partes (superior a la del demandado e inferior al del actor), si esto fuera, además, adecuado según el contexto general del proceso.

No obstante, esas condiciones y la posibilidad de identificar claramente un nivel de costo de oportunidad para las partes, son probablemente excepcionales. Lo general, entonces, es el incentivo para demorar en tanto y en cuanto sea posible. La directiva aquí sería minimizar el margen de demora posible para las partes. Todos los sistemas poseen sanciones para la

actividad procesal desleal o, específicamente, para la actividad dilatoria. No obstante, en la mayoría de las jurisdicciones la labor judicial suele ser laxa. Quizás un órgano, como el judicial, responsable de tanta demora, suele ser muy complaciente también con las demoras de las partes, hasta por esa circunstancia.

El proceso civil vigente en la mayoría de las jurisdicciones argentinas es eminentemente dispositivo, lo cual significa que su impulso depende de la actividad de las partes. Este carácter estructural del litigio lo hace muy vulnerable a la demora voluntaria de la parte que tenga interés privado en extender la duración del juicio.

Suelen darse dos respuestas a este margen de discrecionalidad de las partes. Una es el establecimiento de plazos ligados a cargas procesales. Esto se refleja en la existencia de plazos legales para el cumplimiento de las diligencias, tales que, si se exceden, dan por perdido el trámite del que se trata para la parte. Otro mecanismo, es lisa y llanamente la realización de la actividad por el órgano jurisdiccional. En el primero, se observa un problema que ya fue analizado, que se resume en la inexistencia de estudios sobre la eficiencia de los plazos, a la hora de legislarlos. Se adiciona a ese problema, la ineficacia de los mecanismos para hacer efectiva esa pérdida de facultades. Si ante la demora de una de las partes, en un trámite cuya pérdida le generaría un escaso perjuicio, se prevé un mecanismo por el cual su contraparte debe solicitar dicho decaimiento, debe darse traslado de esa petición, responderse y luego recién decidirse. Y todavía, esa resolución es pasible de recurso (y frecuentemente debe mediar notificación por cédula de todo el trámite), se ve con claridad que los costos derivados de ese mecanismo (aún medidos en los propios términos de demora), superan para la contraparte los beneficios de obtener el decaimiento de la medida que introdujo la demora, por lo cual decidirá tolerar esa dilación, y proseguir.

En el segundo aspecto, toda posibilidad de reforma queda atada a una reformulación más general del proceso. A simple vista, parece fácil afirmar que es más barato, en términos sociales, que cada una de las partes cumpla cierta actividad (por ejemplo, confeccionar cédulas de notificación) y

no que la misma sea cumplida por el órgano judicial, con el consiguiente incremento de costos administrativos. No obstante, esta conclusión no siempre es clara. Puede ser posible que la demora empíricamente admisible para las partes, para cada una de los trámites a su cargo, exceda en su costo social marginal a la realización de esas diligencias por el órgano judicial, dado cierto estado de la tecnología.

Todo esto, claro está, entendido sólo en su relación con un aspecto particular, integrado al complejísimo contexto de circunstancias cuya combinación determina como resultado sistemas judiciales lentos e ineficientes como los que caracterizan a la realidad argentina actual.

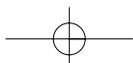
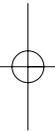
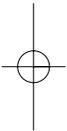
## NOTAS

---

- 1 Concretamente, las líneas jurisprudenciales sustentadas en el fallo “Y.P.F c/Corrientes” de la Corte Suprema nacional, decidían la aplicación de la tasa pasiva de los bancos oficiales a toda clase de procesos. Más allá de las posiciones en torno de la justicia o injusticia de este temperamento, se comenzó a hacer popular la conclusión de que esta solución judicial determinaba incentivos para la demora de los procesos (Pocalva Lafuente, 1994).
- 2 Evidentemente hay una dilación que puede generar más consecuencias adversas que el mero curso de los intereses, lo que se daría, por ejemplo, con el devengamiento de costas por incidentes perdidos, o por la imposición de sanciones. Pero es claro también que hay una posibilidad de dilación que no llega a esos umbrales.
- 3 También se ha denominado a estos costos administrativos “terciarios” (Calabresi, 1970), pero mantendremos aquí la terminología empleada en el texto.
- 4 La versión que aquí se presenta corresponde a Miceli, T., “Economics of the Law, Torts, Contracts, Property, Litigation”, Oxford University Press, New York, 1997; aunque el modelo originalmente fue desarrollado por Gould (1973) y Landes (1971); también pueden encontrarse versiones similares en Shavell (1982), Posner (1982) y Cooter y Rubinfeld (1989).
- 5 Una presentación detallada de este tipo de modelos puede verse en Miceli, T.J., *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, California, 2004, p. 248.
- 6 Un análisis empírico sobre el funcionamiento del Servicio de Justicia en el ámbito del departamento judicial de La Plata a partir del estudio de 200 actuaciones puede verse en Berizonce, Roberto, *Derecho Procesal Civil Actual*, Ed. Abeledo-Perrot, 1999, p.171 y siguientes.
- 7 Esto se puede modificar sin problemas, abriendo el árbol cada vez que se produzca la instancia del arreglo; desde el punto de vista teórico sólo repite la misma decisión. Intencionalmente y al efecto de simplificar el análisis inicial también se soslayan alternativas como la mediación o el arbitraje, que merecen un análisis propio.
- 8 Podría darse que tanto el actor como el demandado fueran demandantes u oferentes en el mercado financiero. Si fueran demandantes, estrictamente, se debería hablar de “costo de capital” y si fueran oferentes, de “costo de oportunidad”. No obstante, equipararemos ambos conceptos bajo el rótulo de “costo de oportunidad”.

## Bibliografía

- Acciarri, H., (2000): “Las Consecuencias Económicas del Derecho de Contratos. Principios, Instrumentos y Objetivos Particulares de Política Normativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.*, 3a época, Núm. 3, Granada, España.
- Berizonce, R., (1999): *Derecho Procesal Civil Actual*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Berizonce, R., (1995): *El costo del proceso*, Jurisprudencia Argentina. Tomo 1995-I.
- Calabresi, G., (1970): *The Costs of Accidents. A legal and economic analysis*, New Heaven and London.
- Cooter, R., and Ulen, T., (1997): *Law and Economics*, 2<sup>nd</sup> Edition, Addison-Wesley.
- FIEL, (1994): “La Reforma del Poder Judicial en la Argentina”, ADEBA, Documento Nro. 5.
- Miceli, T.J., (1997): *Economics of the Law: torts, contracts, property, litigation*, Oxford University Press.
- Miceli, T.J.,(2004): *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press.
- Pocalva Lafuente, J. C., (1994): “Abandono de la tasa pasiva”, comentario al fallo “Banco Sudameris c/Belcam S.A y ot.”, *La Ley*, 1994-C.
- Pintos Ager, J. (2000): *Baremos, Seguros y Derecho de Daños*, Instituto Universitario de Derecho y Economía, Universidad Carlos III de Madrid; Ed. Civitas, Madrid.
- Pocalva Lafuente, J. C., (1994): “Abandono de la tasa pasiva”, comentario al fallo “Banco Sudameris c/Belcam S.A y ot.”, en *La Ley*, 1994-C, p. 29 y ss.
- Posner, R., (1992): *Economic Analysis of Law*, 4<sup>th</sup> Edition, Little, Brown and Company, Boston.
- Shavell, S., (1987): *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, USA.



## DE ACUERDO EN QUE NO ESTAMOS DE ACUERDO: ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL

*Alfredo Bullard González\**

### **Resumen**

Apelando a herramientas de análisis económico este trabajo examina el problema de la interpretación contractual, y ofrece un replanteo conceptual del problema apelando al modelo tradicional de la economía de los contratos. Para el autor, interpretar es muchas veces resolver una falta de acuerdo y concluye que la interpretación se reduciría a dos reglas: conseguir que en la interpretación se respete la autonomía de voluntad de las partes, y que se la respete al menor costo posible.

### **Abstract**

This article deals with the problem of the interpretation of contracts, and offers a conceptual revision based on the traditional model of the economics of contracts. The author posits that the task of interpretation is one that aims at resolving a lack of agreement, and concludes that it could be reduced to two rules of interpretation: to respect the autonomy of the contracting parts, and to respect it at the lowest possible cost.

---

\* Abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 1989); Master en Derecho (LL.M.), Universidad de Yale (EE.UU, 1991). Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurrea Abogados. Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Arbitraje y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Tradicionalmente se suele entender la interpretación contractual como la labor destinada a encontrar el sentido de un término o condición acordada por las partes. Bajo tal perspectiva, las partes tendrían claro al momento de contratar qué es lo que querían, pero por alguna razón esa voluntad no quedó clara en la declaración contractual, lo que motivó que hoy no sea simple saber qué es lo que quisieron o dijeron ayer. Así, la interpretación subsana lo que en principio es un problema de lenguaje, un problema básicamente semántico. Bajo tal perspectiva, las partes saben en qué estaban de acuerdo, sólo que no pudieron decirlo con claridad.

Ante esta circunstancia surgida de una discrepancia sobre el sentido, el contrato requiere que alguien distinto a las partes (usualmente un juez o un árbitro) nos diga qué es lo que las partes acordaron. Esta suerte de “reconstrucción” o “redescubrimiento” de lo que las partes dijeron (o quisieron decir) se asemeja a encontrar el “eslabón perdido” entre voluntad y declaración. El intérprete es entonces un mero “descubridor” de algo oculto, enterrado en el texto ambiguo del contrato, pero que existía al momento de contratar.

Sin embargo, tal aproximación es incompleta e imprecisa. Muchas veces interpretar se parece bastante a descubrir algo que se perdió. Pero en numerosos casos, quizás en la mayoría, interpretar es justamente darle sentido a lo que las partes no sólo no dijeron, sino nunca quisieron decir. En ese sentido muchas veces interpretar es en realidad un acto de creación de nuevas reglas contractuales,<sup>1</sup> simplemente porque las partes quisieron precisamente usar un lenguaje ambiguo, o porque el lenguaje del contrato justamente quiso dejar claro que no estaban de acuerdo. Como se verá durante el desarrollo del presente trabajo, en realidad no hay grandes diferencias entre la interpretación y la integración contractual. La diferencia es más de matiz. En la integración se cubre un vacío en el contrato. Pero en la interpretación se cubre un vacío de precisión; sólo es un tema del nivel de imprecisión existente, es más una diferencia de alcance que de fondo en el proceso cognoscitivo necesario para resolver el entuerto. De hecho, al margen de distinciones conceptuales inútiles, el proceso cognoscitivo es virtualmente el mismo.

En mi experiencia arbitral ocurrió un hecho que justamente muestra el punto que quiero destacar. Durante la ejecución de un contrato de obra bastante complejo surgió una discrepancia sobre quién debía preparar y nivelar el terreno sobre el que se iba a levantar una parte de la construcción. El propietario de la obra sostenía que el trabajo estaba comprendido en las obligaciones asumidas por el contratista. El contratista decía que se trataba en realidad de una labor que el propietario de la obra debía realizar previamente para que el contratista pudiera efectuar la construcción de aquello a lo que estaba obligado.

La correspondencia entre las partes mostraba dos posiciones claramente discrepantes, que basaban la discrepancia en la ambigüedad del propio contrato. Lo que es cierto es que el contratista decía que no era su responsabilidad (y por tanto su costo) el preparar el terreno. Por el contrario, el propietario era enfático al afirmar que la preparación del terreno era una labor del contratista que éste no podía evadir.

El problema principal es que la discrepancia no parecía ser de fácil solución, y las idas y venidas de posiciones tenían detenida la obra con lo que afectaba el interés del propietario de tenerla lista a tiempo y del contratista de acabarla y cobrar su contraprestación.

Ante esta situación las partes elaboraron un acta (que podría ser definida como un contrato modificatorio o complementario) que decía más o menos lo siguiente: “El contratista procederá a nivelar el terreno”. Sin embargo, al terminar la ejecución de la obra la interpretación de la frase era, nuevamente, claramente divergente. Para el contratista “proceder a nivelar el terreno” no quiere decir hacerlo gratuitamente, y por tanto concedía el derecho a solicitar un adicional de obra que compensara un trabajo no contemplado en el contrato original. Efectivamente nada en el documento indicaba una renuncia a solicitar una contraprestación, pero tampoco indicaba que tal contraprestación existiría ni menos aún cómo se calcularía.

Pero el propietario de la obra sostenía que la frase significaba un reconocimiento que nivelar el terreno era parte de las obligaciones del contratista y por tanto no merecía ninguna compensación adicional a la ya pactada.

¿Cuál de las dos interpretaciones era la correcta? Pues ninguna, si es que definimos interpretar como descubrir cuál es la voluntad común expresada por las partes. Resultaba clarísimo de las pruebas actuadas y de las posiciones de las partes que nunca se pusieron de acuerdo sobre quién asumiría el costo de la nivelación. Sólo encontraron una redacción suficientemente ambigua como para permitirles a ambas sostener que era la otra parte. Con ello reservaban la discusión para el futuro, pero por lo menos podían continuar con la obra y así superar la situación de suspensión que las afectaba a ambas. Era un texto concientemente ambiguo y que justamente reflejaba el acuerdo de que no estaban de acuerdo. Tan es así que durante el informe oral les pregunté a las partes qué tan representativa era la siguiente frase: “*En realidad sólo se pusieron de acuerdo en que no estaban de acuerdo*”. Ambas partes coincidieron en que era una buena descripción de lo “acordado”.

En ese caso la interpretación no significaba descubrir una voluntad común inexistente sino por el contrario, resolver un punto en el que precisamente las partes no estaban de acuerdo, sólo que oculto en una aparente ambigüedad que no era propiamente tal.

No quiero sin embargo sugerir que la interpretación se reduce a casos tan extremos como el descrito. La interpretación sí significa, en ocasiones, descubrir una voluntad común expresada defectuosamente o de manera ambivalente. Sin embargo, veremos que tal formulación no es tan distinta a la anterior. Por ejemplo, en una ocasión tuve, en otro arbitraje, que determinar si el término “*medida judicial*” incluido en un contrato significaba también medidas adoptadas por un árbitro.

También incluye supuestos en que las partes, consciente o inconscientemente, usan términos generales o abiertos porque no quieren “atarse” a términos excesivamente precisos, porque desconocen con claridad cómo deberá aplicarse el contrato cuando se presente una situación concreta. Por ejemplo, a veces en lugar de definir con precisión todas las obligaciones de un contratista, se limitan a decir que “*ejecutará sus obligaciones como lo haría un contratista experimentado*” sin haber definido qué se entendía por “*contratista experimentado*”. Y sinceramente ese término puede signi-

ficar muchas cosas distintas. Las partes prefieren sin embargo dejar al juzgador la definición de su sentido frente a la circunstancia concreta que surja en el futuro. Términos de ese tipo, muy comunes en los contratos, son en realidad invitaciones al juzgador (es decir, al intérprete) para completar un contrato que no puede ser completado con precisión al momento de su celebración.

Sin embargo, las situaciones que describo en los últimos dos párrafos no difieren tanto de la primera que mencioné, pues directa o indirectamente reflejan una voluntad, en ocasiones muy clara y en otras imprecisa, de no ponerse de acuerdo sobre todo, o de dejar temas “librados a la imaginación” de un intérprete futuro, usualmente ajeno a las partes.

Cuando las partes usan un término como “contratista experimentado” en el fondo están diciendo que no se sienten en capacidad de ponerse de acuerdo en torno a todo lo que ello significa. Es cierto que buena parte del contenido del término puede estar definido por la ley o por precedentes judiciales o arbitrales. Puede ser también que el término tenga un sentido más o menos conocido en la práctica comercial. Pero incluso si eso fuera cierto, las partes renunciaron a incluir tales definiciones en el texto del contrato, porque finalmente contratar cuesta, y contratar con mayor detalle cuesta más.

Y la situación, con claros matices, tampoco es muy distinta a la falta de previsión de las partes en definir qué *medida judicial* también comprende a las medidas arbitrales. Lo más probable es que la omisión sea consecuencia de un desliz o la falta de previsión, o simplemente de haber tomado el texto de un modelo anterior incluido sin mucha reflexión. Si bien las partes no fueron concientes de su omisión, sí son concientes de cuánto tiempo dedican a revisar y reflexionar sobre el contrato. Todos sabemos que más tiempo en la redacción y negociación deben conducir a un contrato más claro y preciso. Pero también somos concientes que más redacción y negociación tiene un costo en tiempo y abogados, es decir, en dinero. En un momento ambas partes expresan que ya no quieren seguir negociando o redactando más. Y saben que en ese momento su decisión conducirá a un nivel de perfección menor a aquel que el contrato tendría si decidieran inver-

tir más recursos. De la misma manera como la gente que decide no hacer ejercicio es consciente que su expectativa de vida se puede reducir, las personas que deciden no seguir estudiando la redacción de su contrato son concientes que “dejar de seguir poniéndose de acuerdo” significa contratos con mayor riesgo de imprecisión y por tanto de litigio y discrepancia futura. Hay una cierta “intencionalidad” en la imprecisión, es sólo que no es que el efecto concreto haya sido querido (la ambigüedad) pero sí había conciencia del riesgo que se estaba asumiendo de que tal ambigüedad podría producirse. De alguna manera las partes están de acuerdo en que no quieren seguir poniéndose de acuerdo.

Buena parte de la teoría de la interpretación contractual considera que para evitar problemas de interpretación las reglas y decisiones futuras deben sancionar a la parte que pudo prever el problema a menor costo. Reglas como que el contrato se interpreta en contra de quien lo redactó o que existe una obligación derivada del principio de buena fe, de hablar claro, parecerían dirigidas a motivar que las partes “se sigan poniendo de acuerdo” creando incentivos para que ello ocurra. Y efectivamente, en muchos casos alguna de las partes puede desarrollar conductas estratégicas orientadas a tener contratos imprecisos para sacar partido de la imprecisión. Pero ello no siempre es así. Muchas veces la imprecisión del contrato refleja la voluntad expresa o implícita de no seguir poniéndose de acuerdo. Es una imprecisión, de alguna manera, voluntaria. Forzar a que las partes se sigan poniendo de acuerdo podría entonces ser contraproducente.

### **Costos de transacción e interpretación del contrato**

¿Porqué las cosas son así? La explicación desde el punto de vista económico es relativamente sencilla: contratar cuesta, y como dijimos, contratar mejor y más completo cuesta más.

Los costos de contratar son costos de transacción.<sup>2</sup> Si quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero adquirir y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en bus-

car casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta. Pero luego tengo que negociar con el probable vendedor que también deberá invertir recursos en ubicarme y en averiguar quién soy. Esta negociación puede consumir también una cantidad importante de recursos. Mientras nos ponemos de acuerdo puedo perder oportunidades de celebrar otros contratos, perder mi tiempo en discusiones interminables, invertir recursos en negociar y en tratar de convencer a la otra parte con mi propuesta.

Luego tenemos que contratar un abogado que también invertirá tiempo y dinero en redactar un contrato y en hacer el estudio de títulos correspondientes para asegurar mi adquisición. Si mi deseo por una casa nueva y el del vendedor de recibir dinero lo justifican, estaremos dispuestos a incurrir en toda esta serie de costos, que pueden llegar a ser importantes, para perfeccionar la transferencia de la propiedad de la casa y el pago del precio.

Finalmente, una vez que tengo un contrato tengo que hacerlo cumplir. Los costos de ejecución y cumplimiento de un contrato son parte de los costos de transacción dado que cuanto mayores sean habrá menos contratos. Por ejemplo, Poderes Judiciales poco predecibles, que hacen difícil saber si el contrato podrá cumplirse, elevan el costo transaccional y con ello desincentivan a contratar o conducen a contratar en términos ineficientes.

Bajo ciertas circunstancias, los costos de transacción pueden impedir que un contrato se celebre, a pesar de que este contrato pudiera ser razonable y beneficioso para ambas partes. O pueden llevar a que el contrato sí se celebre, pero no en los términos que maximizan el bienestar social. Por ejemplo, si un consumidor compra una lavadora que no deseaba porque los costos de transacción le impidieron evaluar cuál era su verdadera calidad, hay contrato, pero podría conducir a una peor asignación de recursos.

Como se desprende de lo dicho, los costos de transacción pueden ser de diversa naturaleza y presentarse en momentos diferentes del devenir contractual. Podemos, sin embargo, ensayar una clasificación, basándonos en Cooter y Ulen (120-121).

a. Costos de búsqueda, referidos a los costos de identificar con quién y sobre qué contratar. Por ejemplo, el tiempo y dinero invertido para

identificar a la contraparte, conocer mis necesidades y preparar la formulación de una oferta, entre otros.

- b. Costos de arreglo, entendidos como aquellos derivados del proceso de negociación y redacción de los términos contractuales, lo que incluye el tiempo, el costo de oportunidad durante las discusiones del contrato, los honorarios de abogados, etc.
- c. Costos de ejecución, que incluye el costo de hacer cumplir el contrato una vez celebrado éste, monitoreando el cumplimiento, y movilizandolos mecanismos necesarios para castigar la inejecución del mismo, lo que va desde la ejecución de garantías contractuales hasta los costos de los procesos judiciales y arbitrales que fueran necesarios.

Como se puede apreciar, las dos primeras categorías (costos de búsqueda y de arreglo) ocurren *ex ante* a la celebración del contrato, y son los costos necesarios para llegar a tener un acuerdo. Por el contrario, la tercera categoría (costos de ejecución) se presentan *ex post* a la celebración del contrato.<sup>3</sup>

La labor de interpretación se da *ex post* a la celebración del contrato y es parte de los costos de ejecución. Así, la interpretación es necesaria al momento en que, debiéndose ejecutar el contrato, surge una discrepancia en torno a cómo debe ser leído y entendido el texto de alguna o algunas de sus estipulaciones. Los costos de interpretación son los costos en que incurren los “intérpretes oficiales” del contrato (jueces o árbitros) e involucran el costo mismo de financiar su labor (remuneraciones, equipo de apoyo, tiempo, etc.), el costo para las partes en tiempo y dinero (lo que incluye contratar abogados, expertos o árbitros) así como el costo de error, es decir, el costo que la interpretación esté “equivocada” y que por tanto genere pérdidas.<sup>4</sup>

Sin embargo, la función de costos de transacción *ex ante* es interdependiente de la función de costos de transacción *ex post*. Ello significa que modificaciones en los costos *ex ante* afectan los costos *ex post*. Para ponerlo en sencillo, el incremento de los costos de búsqueda y sobre todo de negociación puede reducir el costo de ejecución. Al mismo tiempo la reducción de costos de búsqueda y negociación puede incrementar los costos de eje-

cución. Y ello por el impacto que tienen los costos ex ante en los costos de interpretación, que son costos ex post o costos de ejecución.

Me explico mejor con algunos ejemplos. Comencemos con el caso tomado de mi experiencia arbitral referido a si es el propietario o el contratista el que debe asumir los costos de nivelación del terreno según el acta que suscribieron cuando surgió la discrepancia entre ambas partes. Las partes no se pudieron poner de acuerdo sobre quién debe asumir el costo de la nivelación, pero sí están de acuerdo con el hecho de que quien ejecute los trabajos sea el contratista. Es posible que si hubieran seguido negociando hubieran llegado al final a un acuerdo. Pero en su cálculo las partes ven que el tiempo de demora en la negociación para salvar el impasse es alto, y se refleja en el costo de oportunidad de tener las actividades de la obra paralizadas. Ante ello prefieren llegar a un acuerdo que, justamente significa, que no están de acuerdo sobre quién asume el costo, pero que permite continuar con la obra. Al hacerlo reducen los costos de negociación (no acordar es en términos de costos de negociación más barato que acordar algo), pero incrementan los costos de ejecución futura porque elevan los costos de interpretación del contrato, lo que finalmente significaría que tendrían un arbitraje. Así han decidido aliviar los costos de negociación a sabiendas que ello requerirá un arbitraje posterior, con honorarios de árbitros y abogados, para dirimir cómo debe “interpretarse” una supuesta voluntad común que no existe.<sup>5</sup>

Si las partes en el contrato actuaron racionalmente, entonces debe entenderse que en su evaluación advirtieron que el costo de tener paralizada la obra (derivado de los costos de negociación) era sustancialmente superior al costo esperado de la actividad interpretativa posterior de los árbitros. Entonces prefirieron un acuerdo concientemente imperfecto porque el análisis costo-beneficio así lo aconsejaba.<sup>6</sup>

La misma lógica se puede aplicar a otros ejemplos. Vayamos al caso de ejecutar la obra como un “contratista experimentado”. El texto general y abierto del término delega al intérprete el precisar su contenido frente a un caso concreto que se presente. Sería posible que las partes decidan seguir negociando y dar un contenido más preciso al término. Podrían acordar

con gran nivel de detalle los procesos constructivos y los estándares técnicos aplicables a cada actividad y con ello reducir significativamente los costos a los intérpretes. Pero ello significa más negociación, contratos más completos y, sobre todo, mayores honorarios de abogados y personal involucrado. El uso del término general y más abierto deja al intérprete la labor de precisar ex post, ante el caso concreto “qué quisieron decir las partes”. Por supuesto que la existencia de referentes que precisen el contenido del término (usos y costumbres comerciales o de la plaza, precedentes judiciales o arbitrales, etc.) reduce el costo de interpretación y por ende el costo de error de los intérpretes. Durante la negociación esos son los tipos de problemas que las partes deben resolver para ampliar o limitar el rol de los intérpretes bajo el costo de incrementar el costo de la negociación.

Finalmente, tenemos el caso de cómo leer el término “medidas judiciales” para determinar si comprende medidas arbitrales. Quizás este es el caso que se parece más a una actividad interpretativa “químicamente pura”, aunque no está exenta del mismo problema. Quizás lo que ocurrió es que las partes ni siquiera pensaron que el problema podía surgir. Pero sí son concientes que más revisiones y lecturas del proyecto de contrato reducirán el riesgo de imprecisiones. Si bien no son concientes que no están de acuerdo, lo cierto es que sí son concientes que seguir esforzándose para tener un mejor acuerdo no vale lo que cuesta. Entonces “tiran la toalla” y firman, asumiendo el riesgo de aquellas imperfecciones que saben siempre pueden existir.

La moraleja es que el costo de interpretar es inversamente proporcional a la inversión en negociación. Dado que la cantidad de negociación invertida es una decisión conciente de las partes, la imperfección del contrato (que es la causa principal de la necesidad de interpretación) es en el fondo una decisión más o menos conciente de las partes. Por ello, la necesidad de interpretar es consecuencia de acuerdos, a veces tácitos o no totalmente internalizados, en no estar de acuerdo en todo.

Es interesante notar las similitudes de lo propuesto y analizado con la interpretación constitucional. El interprete constitucional, y en particular el Tribunal Constitucional, usa técnicas bastante abiertas y menos literales. Como veremos más adelante se enmarca más dentro de lo que llamaremos

contextualismo antes que en el textualismo. La razón es que el texto constitucional es consecuencia del consenso político. En las Asambleas Constituyentes los diversos partidos tienen que llegar a acuerdos que reflejan posiciones ideológicas muy diversas. Y no es extraño que no puedan estar de acuerdo. Usualmente se resuelve usando términos ambiguos que permiten interpretaciones diversas, que dan para un lado o para el otro. Ello explica el uso de términos como *economía social de mercado* o *interés social o interés público* o *dentro de los márgenes que establezca la ley*. Todos ellos son invitaciones para que el intérprete constitucional le dé un sentido cuando se presente el caso concreto. Los costos del consenso político parecen más altos que los costos de dejar a un intérprete posterior resolver el dilema.<sup>7</sup>

Las ideas que hemos expuesto hasta acá pueden ser entendidas de mejor manera usando dos conceptos: contrato perfecto y contrato óptimo.

Un contrato perfecto es aquel que contempla todas las contingencias imaginables. Todo está previsto con suficiente detalle como para no necesitar interpretación o encontrar vacíos. Un contrato perfecto es complejo y utópico. Y es utópico porque los costos de negociarlo y escribirlo son prohibitivos. Así, igual como en el dicho “Nadie es perfecto”, los contratos perfectos tampoco existen.

Por el contrario, el concepto de contrato óptimo alude a un texto que sólo incluye y prevé aquellos términos que es económicamente razonable prever. En un contrato óptimo la inclusión de un término se deriva de que los costos de transacción necesarios para redactarlo e incluirlo están justificados por los ahorros futuros que significarán. En pocas palabras, los contratos óptimos sólo incluyen aquellas cláusulas en las que los costos marginales de inclusión son inferiores a los beneficios marginales de inclusión. Por ejemplo, prever un evento que es muy poco probable que ocurra puede tener altos costos de identificación justamente por lo inusual que sería que ocurriese el evento. Y los beneficios son limitados justamente porque es poco probable que esa cláusula sea realmente necesaria. Por el contrario, eventos que ocurren con frecuencia sí parecerían justificar una mayor y más cuidadosa redacción, porque si bien pueden tener costos, los beneficios pueden ser apreciables.

Si uno concuerda con el análisis que venimos efectuando de la teoría de la imprevisión, en particular el carácter excesivamente oneroso de la prestación, la imposibilidad surgida y la frustración del fin del contrato, descubrirá la íntima vinculación, pocas veces advertida, entre interpretación e imprevisión. También hay un vínculo muy íntimo entre estos dos aspectos y el dolo y el error. En todos estos casos la previsión de lo futuro es la generadora de problemas y la que exige soluciones. Es que la imprecisión contractual, la no previsión de contingencias o el evitar errores son partes de un solo proceso: la configuración del contrato, y los costos de transacción que dicha configuración implica. Habrá imprecisión, imprevisión y asimetría de información si los costos de transacción no dejan resolver el problema. Y de la misma manera habrá impresiones, imprevisiones y errores deseables, cuando los costos de transacción de evitarlos son demasiado altos. Estos costos, y su relación con los costos de mecanismos de solución posterior como la interpretación, la imposibilidad, el carácter excesivamente oneroso o las reglas que regulan los vicios de la voluntad determinan cómo se establece la relación entre los contratos óptimos y los nunca deseables contratos perfectos.

Si regresamos al tema de la interpretación, una cláusula imprecisa puede ser óptima si es que los costos de transacción ex ante necesarios para precisarla no justifican el beneficio que se obtiene por reducción de costos de interpretación futura.

Así, los contratos óptimos logran un balance adecuado entre el detalle de su texto y la necesidad de interpretación posterior. En pocas palabras usan textos muy claros y precisos cuando ello es más barato que dejar la labor al intérprete en el futuro y son incompletos e imprecisos cuando los costos de usar un intérprete posterior son más bajos que la inclusión de textos claros.

Las reglas de interpretación tienen mucho que ver con lograr la existencia de contratos óptimos. Hacen más fácil prever cuánto costará usar redacción precisa y cuándo dejar las cosas a una interpretación futura. Crean además incentivos para incluir o evitar incluir precisión y claridad en los contratos.

La conclusión es entonces que los contratos precisos y completos que se acerquen a contratos perfectos no son deseables. Ello significa que un contrato muy detallado y preciso, contra lo que pueden creer los abogados, no es necesariamente un contrato óptimo. Por el contrario, un contrato impreciso y ambiguo podría ser óptimo, según las circunstancias.

### “Textualismo” y “Contextualismo”

Existen distintas clasificaciones de los métodos de interpretación. Así definimos una multiplicidad de métodos, que van desde el literal hasta el teleológico o funcional, pasando por el sistemático, el histórico, entre otros. A ellos los rodeamos y complementamos con figuras afines como la analogía, la interpretación a contrario o la integración contractual y los lubricamos con principios como el de conservación del acto jurídico o el de buena fe.

Sin embargo voy a proponer, como punto de partida, una clasificación más simple y general usada por el análisis económico del derecho y que agrupa los remedios interpretativos en dos opciones o aproximaciones.

La primera la vamos a llamar “textualismo”, castellanización del término inglés *textualism*. Como señala Cohen, si los intérpretes presumen que la contratación completa (casi podríamos decir perfecta) es deseable y posible, entonces se está presumiendo que el texto del contrato es la mejor aproximación a la intención de las partes. Sin embargo, la consecuencia de ello es que si las partes no llegan a tener un contrato completo, se presume, bajo el textualismo, que su carácter incompleto es no deseable. En ese contexto, el rol de las cortes o los árbitros debe ser el de desincentivar contratos incompletos o imperfectos, cargando las consecuencias de la oscuridad de un término a la parte que pudo evaluar la solución o la existencia del vacío a menor costo (Cohen). Esta es la aproximación que suele tener una buena parte de la doctrina y de los sistemas legales, y sobre todo la práctica de muchos abogados y cortes.

El textualismo explica la aplicación de principios como la interpretación en contra del estipulante, o la imposición, por medio del principio de bue-

na fe, de la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones, como cargas cuyo incumplimiento genera una interpretación en contra del interés de quien soporta dicha carga.

También explica priorizar el método literal como el más importante y central en la labor interpretativa.<sup>8</sup> Si el texto del contrato es la mejor expresión de la intención común, entonces el intérprete debe rehuir buscar fuera del texto tal intención.

En el sistema anglosajón el textualismo impacta en la existencia de principios como el llamado *parol evidence rule*<sup>9</sup> o la *four corners rule*<sup>10</sup> que prohíben o limitan al intérprete el uso de pruebas distintas al texto del contrato para encontrar el sentido del mismo.

El textualismo trata además de reforzar el concepto de autonomía privada, asumiendo que son los individuos los mejores jueces de su destino y por tanto nadie debe decidir por ellos. Salirse del texto del contrato puede entonces ser visto como una limitación a tal autonomía al usar elementos ajenos a las partes para determinar las consecuencias de sus actos.

En contraste tenemos, como segundo paradigma, el llamado contextualismo (castellanización del término inglés *contextualism*). Como dice Cohen, el contextualismo parte de la premisa de que el carácter incompleto de los contratos es inevitable, e incluso deseable, dadas las limitaciones de dinero, tiempo, comprensión y capacidad de prever todo en la negociación. En ese contexto las Cortes llenan los vacíos o le dan sentido a las imprecisiones, presumiendo lo que las partes querían, usando como referentes algún estándar externo al texto del propio contrato (Cohen, p. 83).

Del contextualismo se derivan métodos de interpretación como el teleológico o funcional o el uso de la conducta de las partes como indicador de la intención común.

Bajo el contextualismo las Cortes presumen que las partes contrataron bajo la expectativa que dichas Cortes llenarán los vacíos o imprecisiones de lo que han escrito usando los términos que partes racionales hubieran usado bajo condiciones de costos de transacción bajos (Goetz y Scott, en Cohen, op. cit., p. 83).

Se cuestiona que el contextualismo enfrenta un riesgo evidente, y es

que la regulación de una relación contractual privada queda fuera del ámbito de control de la autonomía de las partes, sujeta a la composición por terceros que no necesariamente son los que mejor conocen el interés de los contratantes. Esta es una afirmación que debe ser matizada. Efectivamente se abre la puerta a que sea un tercero el que decida qué es mejor para las partes. Pero, por otro lado, si partimos de la idea que son las partes las que pudieran acordar que no estaban de acuerdo, lo que han acordado implícitamente, por voluntad propia, es que sea otro el que decida por ellas. Y ello por que asumen que la labor interpretativa de un tercero es más barata que los costos de negociar para ponerse de acuerdo en un texto más preciso.

La disyuntiva entre textualismo y contextualismo refleja el conflicto entre precisión e imprecisión, entre contratos perfectos y contratos óptimos. Y ese no es otro que el conflicto entre seguridad jurídica y flexibilidad ante nuevas situaciones. En ese conflicto no hay reglas únicas. En algunos casos, en particular en los que hay situaciones fáciles de prever la seguridad, la literalidad (y por tanto el textualismo) parecen adecuados. Por el contrario, situaciones en que es difícil prever que va a pasar, la flexibilidad del texto contractual, y por tanto el contextualismo, parecen la mejor opción.

Basándose en las ideas de textualismo y contextualismo descritas, Richard Posner (op. cit., pp. 12-13) hace una interesante descripción de lo que los intérpretes (Cortes o árbitros) pueden hacer para resolver una ambigüedad en un contrato. Básicamente sugiere que se pueden usar cuatro posibles reglas:

- a. Tratar de determinar qué es lo que las partes realmente querían, es decir, asumir que ellas resolvieron el problema interpretativo en su negociación, sólo que no lo expresaron claramente en la redacción. Propiamente hubo acuerdo, es solo que este no está claro. La aproximación, si bien podría parecer textualista, busca en realidad fuera del texto del contrato, cuál es la verdadera intención de las partes, justamente porque asume que el texto no es del todo claro. Para ello usualmente se utiliza la conducta previa, simultánea o posterior de las partes. Por ejemplo, se recurre a las evidencias existentes del proceso de

negociación (propuestas, proyectos de contrato, etc.) o la forma como el contrato se venía ejecutando, como prueba de cuál era la intención de las partes.

- b. Escoger la solución económica más eficiente, asumiendo qué es probablemente lo que las partes querían o habrían querido si se hubieran colocado en el supuesto. Se abre la posibilidad de que el acuerdo sobre el punto en controversia no exista, es decir, que pueda haber un acuerdo explícito o implícito de que no están de acuerdo. Esta aproximación es básicamente contextualista porque el intérprete está recurriendo a un dato externo al texto del contrato (cuál debería ser el acuerdo eficiente) para decidir cómo se cumple el contrato.
- c. Tratar el caso como si hubiera que lanzar una moneda al aire para ver si sale cara o cruz porque no está claro (y no se podrá realmente tener claridad sobre) qué se quiso decir (con lo cual no es posible realmente llegar a una solución), y aplicar alguna regla que rompa los nudos creados por la situación, como por ejemplo que las ambigüedades se resuelven en contra de la parte que exige el cumplimiento del contrato o en contra de quien redactó el texto. De esa manera, sabiendo que no es realmente posible descubrir qué se quiso decir, se escoge una regla que manda incentivos futuros a las partes para ser más claros y evitar que ambigüedades similares se produzcan en el futuro. Esa es, por ejemplo, la solución que da el artículo 1401 del Código Civil Peruano,<sup>11</sup> solución que se basa en el entendido que quien redacta condiciones generales de contratación o los formularios contractuales es el más barato evasor de la ambigüedad al contar con mayor información. Por ello, para reducir la ambigüedad futura, se le hace responsable de dicha ambigüedad por medio de una interpretación contraria a su interés.
- d. Combinar los métodos a y c anteriores, pretendiendo que el contrato siempre refleja un acuerdo completo de las partes y que nada fuera del texto del contrato puede ser usado para interpretarlo. Este es el método literal de interpretación, llevado a su máxima expresión, que conduce a una interpretación sumamente formalista. Es pues la máxima expresión del textualismo. La regla lleva implícita que las partes son concientes

que si no son claros, sólo el texto y nada más que el texto se usará para determinar qué es lo que acordaron.

Como acertadamente propone Posner (op cit, pp. 13 -14) el primero de los métodos (determinar qué es lo que las partes quisieron decir) arroja los mayores beneficios. Ello, porque asumiendo que las partes tienen la mayor y mejor información sobre sus propias preferencias y necesidades, lo que quisieron pactar es el mejor referente de aquello que maximiza el interés de ambas. Sin embargo, es la solución más costosa porque descubrir qué es lo que se quiso decir puede ser realmente problemático si el lenguaje del contrato no es claro, salvo, claro está, que inventemos la forma de leer la mente.

Se podría pensar que la segunda (escoger la solución eficiente asumiendo que es la que hubieran querido las partes) es la mejor justamente porque se orienta a la que maximiza valor. Pero como dice Posner (op. cit., pp. 13 -14) ello es incorrecto pues si las partes son mejores jueces de lo que es bueno para ellos, de lo que sería una corte o un árbitro, el riesgo de error del intérprete no es deleznable. Así el problema es cómo encontrar cuál es efectivamente esa solución eficiente sin saber cuáles son las preferencias y necesidades de las partes. En términos de Hayek, en un mundo donde la información para tomar decisiones está descentralizada en millones de individuos, usar mecanismos centralizados de decisión, ajenos a los individuos, conduce a decisiones posiblemente equivocadas.<sup>12</sup>

En el fondo el contextualismo plantea que la información que se use sea distinta a la que tienen en su poder los individuos afectados por la decisión. Por ello si la información de los individuos (intención común de las partes) puede ser identificada a un bajo costo, es preferible usar dicha información.

Sin embargo, ¿qué ocurre cuando los costos de la primera opción (descubrir la verdadera intención) son prohibitivos? Allí parece que buscar la mejor aproximación (*the best guess*) es la salida más lógica. Si uno asume que las partes, actuando racionalmente, van a buscar una salida en la que ambos obtengan beneficios, uno debería esperar que las partes lleguen a acuerdos en los que ambos ganan, lo que en términos “paretianos” significa un movimiento hacia la eficiencia.

Por ejemplo: es de esperar que las partes acordaran que un riesgo sea asumido por aquella de las dos que puede enfrentarlo a menor costo. Imaginemos el riesgo de un defecto de fabricación en un producto. Si surgiera la duda de cuál de las partes debe asumir el riesgo porque el texto del contrato no está claro, parece evidente que el fabricante, por el control del proceso productivo, sería quien debería asumirlo. Así, mientras el fabricante puede, mediante mejoras en su proceso productivo, reducir el riesgo-defecto a un costo de 100, el consumidor tendría un costo sustancialmente superior, digamos de 300, para evitar o corregir el mismo problema. Si no sabemos cuál de los dos asumió el riesgo porque no está claro en el texto, parece evidente que los costos del contrato se reducen si se interpreta que el riesgo es asumido por el fabricante. Si este asume el costo incrementará el precio en 100 al consumidor. Pero si no lo hace el consumidor verá incrementado el costo en 300 adicionales, con lo que el fabricante perderá ventas o tendrá que reducir el precio para compensar al consumidor. Ambos ganarían si el que asume el costo es el fabricante. En esa línea es lógico asumir que la intención de las partes es que la asignación de riesgos se efectuará de aquella manera en que minimice los costos del contrato.

Claro que el problema es que a veces no es tan sencillo saber cuáles son los costos para las partes de asumir determinados riesgos ni cuál es la preferencia de ellas para asumirlos o rechazarlos. Por ejemplo, pueden haber determinados riesgos que pueden ser corregidos de mejor manera por el consumidor, con un adecuado uso (conservar el bien en un lugar que tenga determinada temperatura, no darle determinados usos o ser cuidadoso con el uso a darse, etc.). El mismo bien podría comprarse en un contexto de ventas de bienes defectuosos a cambio de reducciones de precios (lo que no es extraño que ocurra por ejemplo en remates de ropa con defectos), lo que muestra que no necesariamente la interpretación que parece obvia es la correcta. En tales supuestos, ante la ambigüedad del contrato, no parece lógico trasladarle el costo al fabricante.

Pero no necesariamente el traslado del riesgo a cambio de un precio menor es claro. Imaginemos el caso del mercado de automóviles usados, donde no es tan fácil determinar qué defectos son asumidos por el vende-

dor y cuáles por el comprador. Si bien parece que el fabricante podría asumir el riesgo de mal funcionamiento de un auto, el mal uso por el consumidor eleva el riesgo de mal funcionamiento. Por ello el contextualismo puede conducirnos a resultados equivocados, sólo justificables si los costos del textualismo se tornan aun más elevados que los costos de error.

Vayamos a la tercera opción propuesta por Posner, es decir, usar lo que él llama “desatar nudos” o “romper ataduras” creando incentivos para que los contratos sean perfectos, usando principios tales como el de interpretación en contra del estipulante, o imponer la obligación de hablar claro o de pedir explicaciones. Según el propio Posner (op. cit., pp. 14-15) es la opción más barata, pero también la que ofrece menores beneficios. Incluso los beneficios podrán ser negativos porque se incrementan los costos de transacción en determinadas situaciones. Ese tipo de reglas obliga a las partes a continuar negociando incluso cuando los beneficios de dicha negociación no justifican los costos, sólo para evitar las consecuencias de una interpretación en contra de una de las partes. Así se consumirán más recursos en una redacción más cuidadosa, acercándonos al contrato perfecto y quizás alejándonos del contrato óptimo. Justamente los beneficios de las dos primeras propuestas es que reducen los costos de redacción. Ésta los incrementa.

Por ejemplo, un vendedor, temeroso de ser considerado el redactor del contrato, podría exigir un mayor detalle en el contrato porque la falta de claridad va a ser usada en su contra. Por su parte, el comprador podría encontrar incómodo seguir incluyendo o aclarando cláusulas. Ello incrementa los costos en pérdida de tiempo, en abogados y en complejidad de la transacción. Y quizás conduzca a la frustración del negocio que se pretende realizar.

Esto es particularmente claro en los contratos de consumo, en los que, si bien se han reducido los costos de transacción usando formatos estándares o contratos de adhesión, lo cierto es que los estipulantes colocan mucho más información y detalle en el texto de los contratos de los que quizás fueran necesarios, sólo porque la oscuridad o vacío va a ser interpretado en contra de los proveedores. La letra pequeña o la extensión de los contratos podrían ser consecuencia no sólo de la intención de engañar y confundir,

sino del esfuerzo por evitar las consecuencias de una regla como la tercera mencionada por Posner, lo que hace de los contratos algo innecesariamente complejo y lleva a reducir la letra para usar menos papel. Habría que preguntarse si ello contribuye a generar mejor o peor información para los consumidores.

Finalmente la cuarta opción, calificada por Posner como la formalista o literalista, establece que sólo el texto del contrato es relevante para la interpretación del mismo, más allá incluso de la intención real de las partes. El reflejo de esta teoría en nuestro sistema legal se expresa en ideas que justamente establecen que es la voluntad declarada la realmente relevante para determinar el contenido de un contrato. Como señala Posner (op. cit., p. 15) estas tesis han venido ganando adeptos en el mundo académico en los últimos años, quizás porque los académicos actuales están más desvinculados del mundo real donde se desarrollan los contratos y los negocios que les sirven de base, y se sienten incómodos saliéndose del mundo del mero texto contractual. Para esos académicos es preferible quedarse en el mundo de la semántica y alejarse del mundo en el que actúan los seres de carne y hueso.

Sin embargo, esta aproximación tiene serios problemas si uno asume la idea que muchas veces las partes justamente están de acuerdo en que no están de acuerdo, y han dejado en el contrato invitaciones, a veces expresas, pero en otras implícitas, a que otros (jueces o árbitros) determinen su contenido final. El literalismo entonces fuerza a la partes a incurrir en mayores costos de transacción para evitar que interpretaciones meramente semánticas alejen el contrato de sus verdaderos fines o de los resultados queridos por ellos. Contra lo que podría pensarse el literalismo podría conducir a un uso de mayor discrecionalidad, al dejar en manos del intérprete la labor de darle sentido a términos que realmente no tienen sentido.

Los factores que afectan los costos y beneficios de la interpretación son básicamente dos. El primero es la calidad de los intérpretes. La segunda son las propias reglas de interpretación, es decir, cuáles son las facultades y límites que la ley impone sobre los intérpretes.

## El intérprete

La calidad y competencias del intérprete permiten aumentar o reducir los costos y beneficios de la interpretación. Como bien señala Posner (op. cit., p. 15) un Poder Judicial bien capacitado y entrenado (y por tanto más costoso de implementar) reduce el costo de error y con ello mejora los beneficios de la actividad interpretativa. Ello incrementa el costo para el Estado, que tiene que contratar mejores jueces y dotarlos de recursos, pero reduce los costos a las partes de negociar todo el contrato al detalle. Sin embargo, podría haber un beneficio incluso en la reducción de costos gubernamentales, porque mejores jueces hacen la interpretación más predecible, y al hacerlo reducen el número de juicios, lo que a su vez significará menos jueces en el futuro.

El contextualismo será una buena solución en esta situación porque los jueces serán confiables para completar el contenido de los contratos. El resultado es que los costos de transacción ex ante se reducirán porque las partes no tendrán que invertir tanto en negociar y redactar el contrato. Ello generará a su vez más contratos, lo que a su vez requerirá más jueces, porque si bien habrá menos problemas interpretativos por contrato, habrá más contratos en el mercado, lo que contribuye a elevar el número de juicios. La primera y segunda regla de Posner (búsqueda de la intención real de las partes o uso de la regla eficiente para completar el contenido contractual) podrán ser adecuadas.

Por el contrario, si el Poder Judicial es incompetente o corrupto, el resultado será que es poco confiable para completar el contrato, lo que conducirá a las partes a una actividad de redacción más intensa que a su vez incrementará los costos de transacción ex ante. Si los jueces son poco confiables, los costos de transacción ex post se incrementan, lo que hace recomendable el uso de reglas que limiten la ambigüedad ex ante. Las reglas tercera y cuarta de Posner (desatar nudos o literalismo) parecen mejores porque reducen la discrecionalidad del juez.

Ello explica una tendencia, al menos en el discurso, a limitar las facultades de interpretación del juez, cuando éste pertenece a un sistema judi-

cial poco capacitado o corrupto. Más de una vez un cliente me ha indicado, cuando pide que le redacte un contrato que “No requiera ir al Poder Judicial”, en el sentido que tenga tanto detalle que no genere conflictos. Pero ello incrementa el costo de negociarlo y redactarlo.

De otro lado es interesante analizar el rol del uso del arbitraje para temas contractuales. Es de esperar que el sometimiento a arbitraje lleve a que las partes se inclinen por reglas interpretativas más acordes con el contextualismo. Ello porque la elección de los intérpretes asegura una mejor calidad de los mismos, y a su vez, una mayor confiabilidad en el uso de elementos distintos al texto del contrato para la interpretación. Se reduce los costos de transacción *ex ante*, se reduce parte de los costos de transacción *ex post*, en especial los vinculados al error en la interpretación, pero eleva otros, al menos para las partes, que tienen que incurrir en los costos de pagar los honorarios arbitrales que se incrementan según se busca mejores árbitros, de la misma manera como ocurre con el gobierno si desea un mejor Poder Judicial.

De hecho, los árbitros suelen ser elegidos precisamente por su conocimiento de los mercados en que se contrata, lo que explica además por qué no es inusual tener árbitros que no son abogados, sino personas con conocimiento de los mercados involucrados. No es extraño tener ingenieros arbitrando contratos de construcción o economistas arbitrando temas de regulación tarifaria.

Es usual además que los árbitros sean abogados en ejercicio, acostumbrados a contratar y a atender demandas de servicios de comerciantes y empresarios. Conocen mejor el tipo de problemas que deben enfrentar sus clientes y comprenden la lógica económica de las cláusulas, y la eficiencia de ciertas salidas frente a otras, al menos mejor que jueces que usualmente se dedican sólo a resolver casos y no saben qué se encuentra “tras bambalinas” en el mundo de los contratos, es decir, en el mundo de los negocios. El contextualismo parece por tanto una mejor opción en el mundo del arbitraje.

Ello además es consistente con la existencia del llamado arbitraje de conciencia en el que los árbitros resuelven según sus conocimientos y su

leal saber y entender.<sup>13</sup> Los conocimientos del árbitro y su leal saber y entender son elementos ajenos al texto del contrato y suelen reflejar aspectos técnicos o económicos del mercado en el que el contrato objeto de controversia está incluido. Un árbitro de conciencia, en contraposición a un árbitro de derecho, es un intérprete invitado a ser más contextual, y menos textual, al revisar no solo el contrato sino incluso la misma ley, en base a aspectos ajenos al texto escrito.

Todo esto significa que es de esperar que en contratos con cláusulas arbitrales, tal como sugiere Posner (op. cit., p. 18) el detalle y precisión del contrato (y por tanto los costos de transacción *ex ante*, derivados de la negociación del mismo) sean menores a los que se tendrían en un contrato cuyos conflictos interpretativos van a ser resueltos por un juez ordinario. Y significa también que debe entenderse al árbitro como un intérprete “más liberal” que un juez en relación al texto estricto del contrato.

Lo explicado en relación del arbitraje también se refleja en otra situación relativamente común, y tiene que ver con el llamado “adelanto de opinión”. En lo judicial se considera una seria infracción del juez adelantar opinión sobre lo que va a resolver. Pero en el arbitraje es común que los árbitros “adelanten opinión” sutilmente sobre el tema sujeto a su decisión. No es extraño además el dictado de laudos parciales o simplemente de instrucciones o actuaciones orientadas a motivar acuerdos entre las partes. Ello es especialmente interesante en un contrato que invita a ser contextual. No es extraño que los árbitros adelanten criterios o parámetros de su decisión y dejen luego un espacio para que las partes se pongan de acuerdo. Hace poco, en un arbitraje en el que actuaba como abogado, surgieron una serie de asuntos probatorios. El tribunal, en lugar de resolver cada una de las tachas, oposiciones y discrepancias (que eran cientos) simplemente anunció los considerandos generales de su decisión, es decir, los criterios que usaría, y dejó que las partes se pusieran de acuerdo sobre qué pruebas quedaban y cuáles no. La controversia se redujo sustancialmente a unos pocos documentos.

La lógica de interpretación que estamos analizando parece sugerir el uso de la misma técnica. El árbitro podría adelantar en un laudo parcial los criterios que va a usar y de ahí dejar que las partes se pongan de acuerdo.

Luego sólo resolvería lo que no pudieron acordar. Esta es una técnica usualmente aplicada por conciliadores, pero que perfectamente podría ser usada por árbitros. Pero para ello tiene que desaparecer el temor al adelanto de opinión; finalmente ya los árbitros están decidiendo, sólo que están decidiendo por partes y no de un solo golpe.

Lo que la técnica referida significa es que en una situación que invita al textualismo, surgido el conflicto hay más información sobre cómo debió haberse pactado, porque ya se conoce el problema.<sup>14</sup> Definir algunos criterios ayuda a que las partes hagan lo que no pudieron hacer antes porque los costos de transacción no lo permitían. La actividad de los árbitros es reducir los incentivos de conducta estratégica que se generan durante el litigio.<sup>15</sup>

### **Las reglas y métodos de interpretación. El Código Civil Peruano**

Como decíamos, además de la calidad del intérprete, los costos y beneficios de la interpretación dependen también de las reglas legales de interpretación y de los límites que coloquen sobre el intérprete.

Usualmente las reglas de interpretación son una amalgama que combina principios textualistas y contextualistas. El Código Civil Peruano no es la excepción. Sin embargo, las formas en las que se establecen las relaciones entre el textualismo y el contextualismo tienen un impacto importante en los costos y beneficios de la actividad interpretativa. Como veremos, el Código no tiene un sistema interpretativo, sino una enumeración desordenada e inorgánica de principios y métodos. En esta parte, vamos a pasar una rápida revista a las reglas de interpretación del Código Civil Peruano, complementados con algunos aportes de la doctrina, para entender su nivel de consistencia (o inconsistencia) con los conceptos que hemos venido desarrollando.

**El método literal:** En una teoría textualista pura, uno diría que lo que es objeto de interpretación es la declaración expresada en el contrato, y no la

voluntad real de las partes. Si asumimos que las partes dijeron todo lo que tenía que decir, y que es muy difícil descubrir la voluntad real, lo que uno debe interpretar es sólo lo declarado, asumiendo (incluso cuando es evidente que no es así) que el contrato es perfecto.

Ese es justamente el punto de partida del sistema peruano. El objeto de la interpretación es una declaración o comportamiento pero colocado en el marco de circunstancias que les confieren significado. La interpretación se realiza sobre una entidad objetiva que consiste en la expresión de voluntad y no sobre la voluntad de alguna de las partes, lo cual implicaría un análisis del plano volitivo del agente. Así, no es posible saber realmente lo que quiso el agente, pero sí lo que se expresó. Sin embargo, veremos que el uso de circunstancias ya implica un alejamiento del textualismo, al menos entendido en su sentido químicamente puro.

Este principio referido a que lo que se interpreta es la declaración objetiva y no la voluntad subjetiva se desprende claramente del artículo 168 del Código Civil<sup>16</sup>, al señalar la norma que el acto se interpreta “...de acuerdo a lo que se haya expresado en él...”. Por otra parte el artículo 1361 del mismo cuerpo legal<sup>17</sup> reitera el principio al señalar que “*Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla*”.

Sin embargo, estas normas exigen al intérprete guiarse por el principio de buena fe al momento de determinar el significado del acto jurídico respectivo, lo que es reforzado por el artículo 1362 del mismo cuerpo legal<sup>18</sup> que impone a las partes a negociar, celebrar y ejecutar el contrato en base al principio de buena fe. Como veremos, el uso de la buena fe es un mecanismo para atemperar el textualismo exagerado que se derivaría de que el Código se hubiera limitado a decir que lo que se interpreta es lo expresado, y punto. El principio de buena fe permite introducir las circunstancias para encontrar el sentido de lo dicho, lo que abre puertas para, indirectamente, identificar la posible voluntad real de las partes. Pero el punto de partida es la declaración.

Así el Código parte de la cuarta regla de Posner (lo que se interpreta es el texto del contrato), pero atemperada con mecanismos que dan al intér-

prete la posibilidad de entender por declaración algo más amplio que el simple texto del contrato, y añadirle como elemento adicional las circunstancias, principalmente la conducta anterior, simultánea y posterior de las partes. Y esa conducta no es otra cosa que expresión de lo que las partes pueden estar pensando, más allá de lo que declararon expresamente. Atemperar el hecho de que sólo se interprete la declaración estrictamente considerada permite, con limitaciones, saltar de la cuarta a la primera regla de Posner (buscar la real intención de las partes), aspecto que no está finalmente vedado al intérprete peruano, como sí puede ocurrir en ciertas circunstancias con reglas del *common law* como la *parol evidence rule* o la *four corners rule*, que limitan estrictamente, en ciertas circunstancias, la posibilidad del intérprete de buscar la intención real de las partes.<sup>19</sup>

Sobre el particular Lohmann nos dice:

Es de advertir, además, que con inusitada y desgraciada frecuencia la intención del resultado que se quiere manifestar no va de la mano ni se lleva bien con el propósito práctico que traslucen los términos o signos con que se expresa la declaración de voluntad, de suerte que el intérprete, además de tener en consideración el comportamiento del agente o agentes, habrá de asumir en todos los casos la condición, conocimientos y experiencia del declarante y, particularmente, del receptor de la declaración. Pues no hay que olvidar que si las declaraciones recepticias sólo se consuman al ser recibidas por la otra parte, a ésta afecta también el conjunto de circunstancias que rodean la declaración (...) y que tal vez hagan que se interprete la voluntad declarada de una u otra manera (Lohmann Luca de Tena, 1994: 268).

Quizás los representantes del lado dogmático de la doctrina civil sugieran que estoy en un error porque en realidad no es que la conducta sea un factor externo de la declaración, sino que es parte de la declaración. En realidad, si es parte de la declaración o es algo externo a ella que ayuda a interpretarlo no es tan importante. Lo importante es notar que el reconocer la conducta y demás circunstancias como elementos relevantes para la interpretación, es reconocer que un literalismo reducido a “las cuatro esquinas

del contrato” sólo nos conduce a la tragedia de creer que los contratos perfectos existen.

En el fondo, una reducción de la declaración contractual como todo lo interpretable (reduciendo la interpretación a un mero literalismo que hace de esta actividad una meramente semántica) conduce a un textualismo asfixiante que olvida que las partes pueden, explícita o implícitamente, haber acordado que no están realmente de acuerdo. Ello lleva al intérprete a armar un rompecabezas sin contar con las piezas principales, sólo porque la interpretación meramente semántica no es el problema real que las partes quisieron ponerle. En realidad, quisieron que resolviera justamente la falta o deficiencia del acuerdo, no que descubriera un acuerdo inexistente.

Entonces, ¿cómo entender el método literal de interpretación como expresión de un textualismo atemperado en nuestro Código Civil? Según este criterio interpretativo, el intérprete indagará lo que la literalidad de la cláusula contractual denota o significa, mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común del lenguaje escrito. El método literal es entonces la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura.

Pero salvo que estemos frente a un contrato perfecto, el método literal puede conducirnos a multiplicidad de posibles sentidos. Marcial Rubio señala que “el método literal suele actuar, implícita o explícitamente ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada”(Rubio, 1996:259). La frase de Rubio reconoce que los contratos perfectos no existen, y que una interpretación siguiendo sólo la cuarta regla de Posner nos dejará en numerosos casos en la orfandad total de comprensión sobre cuál es la regulación contractual aplicable.

Es por ello que al desarrollar la labor de interpretación de la voluntad declarada el agente no debe, según nuestro Código, limitar o restringir su labor al contenido literal del contrato o de la cláusula en cuestión. La interpretación literal deberá ser sólo una primera y necesaria aproximación al problema pero posteriormente los resultados que ésta arroje deberían de ser contrastados con los resultados que arrojen los otros criterios interpretativos.

Así, existe una prohibición al literalismo, no porque la interpretación literal sea prescindible, sino porque siendo el punto de partida, el intérprete está prohibido de conformarse con la simple lectura del texto que se interpreta, en particular si tiene dudas sobre su certeza, y debe pasar a los otros métodos para confirmar o descartar la interpretación que el texto literal sugiere. La interpretación literal es el punto de partida pero también es el punto de llegada, porque luego de aplicar los demás métodos, se regresa al texto del contrato para verificar si el texto soporta lo que los otros métodos sugieren.

Sobre el particular, Lohmann señala con claridad:

(...) la interpretación, a que se arrije debe revelar concordancia, armonía y conformidad entre lo declarado y la voluntad que se dice expresada en la declaración. Recordemos que la actividad interpretativa concluye con una posición, quiero decir, con un acto mediante el cual el intérprete re-expresa lo declarado. Lo que entonces quiere decir el artículo es que entre la materia objeto de interpretación y el resultado de ésta, ha de haber una suerte de avenencia, de viabilidad, de modo tal que no pueda sostener una voluntad sin un razonable grado de acogida en la declaración (Lohmann, 1994:265).

Así, nuestro Código tiene el textualismo como puerta de entrada y de salida a la vez, pero uno puede encontrar el contextualismo dentro del “recinto” de la interpretación. Por ello uno entra por lo literal, se pasea por lo contextual, pero sólo deberían pasar la puerta de salida aquellas interpretaciones que pasen “físicamente” por el umbral del texto de la declaración.

La opción por una u otra de las alternativas obtenidas a partir de una interpretación literal, se tomará buscando lograr que la interpretación literal que se elija sea aquella que resulta consistente con lo que dictaron, a su vez, la interpretación sobre la base de otros criterios.

Usar el ejemplo del caso *Raffles V. Wichelhaus*<sup>20</sup> ayuda a ilustrar el punto. Se trataba de un contrato de venta de algodón a un precio fijo. El contrato decía que el algodón iba a ser embarcado en el navío *Peerless*. Sin embargo, surgió que había en realidad dos navíos con el nombre *Peer-*

less que arribaban en fechas distintas. Dado que el precio del algodón era volátil, el valor del contrato para el comprador variaba según la fecha en la que recibía el algodón pues según ello su valor de reventa era distinto.

La interpretación literal no permitía discernir a cuál de los dos barcos se refería el contrato, pues el nombre era idéntico. No era pues un contrato perfecto. Si las partes hubieran usado e invertido más recursos en la negociación quizás hubieran descubierto que había dos barcos con el mismo nombre. Pero al no invertir esos recursos, correspondía al intérprete determinar de cuál le estaban hablando. El contrato no era perfecto y el textualismo “nos dejaba en el aire” para determinar cuándo debía entregarse el algodón.

El intérprete puede recurrir a otros métodos, incluidos aquellos que le permitan descubrir la verdadera intención de las partes, si es que ella existió, pero deberá regresar al texto del contrato una vez llegue a la conclusión de a qué navío *Peerless* se refería el contrato. Lo que está claro es que no se refería al navío *Huáscar*. No sería admisible que por otros métodos de interpretación, el intérprete concluyera que el algodón debía llegar un barco que no se llamaba *Peerless*, salvo que estuviéramos ante un tema de error en la declaración, pero eso ya es “harina de otro costal”.

Podemos concluir que si bien al efectuar una interpretación no debemos de limitarnos de manera estricta al contenido literal del contrato o cláusula en cuestión, de manera alguna ello implica que la conclusión a la que se arriba pueda ser contraria a lo expresamente señalado por las partes. En efecto, la voluntad expresada por las partes se constituye como el principal límite a la labor interpretativa, en la medida que constituye la expresión directa de la voluntad de las partes, que constituye el eje central de toda interpretación.

¿Qué explica esta preferencia y fuerza dada por nuestro sistema a la interpretación literal? La respuesta es relativamente sencilla a la luz de lo explicado líneas arriba. Si asumimos que lo que las partes quieren es lo mejor para ambas, entonces el contrato maximiza el bienestar social si se cumple lo que querían. Dado que la voluntad real es costosa de descubrir, la opción más barata que nos acerca a dicha voluntad es la declaración. Sin duda la declaración puede tener problemas, pero en principio deberíamos presu-

mir, como dice el artículo 1361 de nuestro Código Civil, que las partes expresaron lo que querían expresar, de la misma manera como deberíamos presumir en una conversación que lo que dice uno de nuestros interlocutores coincide con lo que piensa. Si la declaración es clara, entonces tenemos una muy fuerte evidencia de que responde a la voluntad real, con lo que la declaración reflejaría lo que las partes quieren. Por el contrario, si la declaración es ambigua, ésta debe ser leída como el reflejo de un acuerdo (explícito o implícito) de que no están de acuerdo, y por tanto una invitación al intérprete a resolver ex post el problema creado por los costos de transacción ex ante, es decir, por los costos de negociar y redactar el contrato. Ante tal situación el contextualismo toma fuerza.

Así, la fuerza dada por el sistema a la interpretación literal es entonces el fruto de la necesidad de reducir costos, en particular cuando tenemos buenos indicios de que la declaración maximiza a su vez los beneficios esperados de las partes en el contrato.

**La búsqueda de la voluntad real común:** Si asumimos que lo que las partes realmente querían es lo mejor para ellas, porque maximiza el valor del contrato, saber cuál es tal voluntad parece la mejor opción. Dado que es difícil conocerla, debe priorizarse el método más económico para acercarse a ella, es decir, la lectura de la declaración. Si la lectura de la declaración nos genera dudas, quizás valga la pena hacer el esfuerzo de descubrir cuál de todas las posibles interpretaciones refleja tal voluntad real. Para ello puede ser interesante revisar la correspondencia previa, los proyectos de contrato, los informes internos de evaluación de las partes, la forma como ejecutaron sus obligaciones, y en general cualquier elemento probatorio que nos acerque a saber qué es lo que realmente querían.

Sin embargo, ello puede tener dos problemas. El primero, ya mencionado, es el costo de descubrirlo de manera adecuada y precisa. No siempre hay información disponible y de haberla puede ser equívoca. Por ejemplo, la correspondencia anterior entre las partes podría reflejar posturas que justamente fueron descartadas en la negociación. También podría ocurrir que la conducta en la ejecución de las obligaciones contractuales podría ser ambivalente.

Pero la segunda, aún más complicada, es que tal voluntad común no exista, justamente porque el acuerdo es uno que refleja no estar de acuerdo. Si las partes dijeron que el estándar era el de “contratista experimentado”, pudieron haber imaginado cosas radicalmente distintas o incluso ni siquiera ponerse a pensar qué significaba ello en la confianza en que los jueces o árbitros le dieran un sentido razonable.

Ello significa que, si bien no debe descartarse la búsqueda de la voluntad real, dicha búsqueda puede ser infructuosa o excesivamente costosa. Por ello no es un último recurso, sino sólo un esfuerzo para acercarnos a la voluntad que maximiza el valor del contrato. Sin embargo, conforme el costo de error se incrementa, su uso se vuelve menos aconsejable.

Decíamos que esta posibilidad se deriva del principio de buena fe, que permite apreciar la declaración más allá de la declaración misma. De acuerdo con Díez-Picazo (1983: 263) el principio de búsqueda de la voluntad común de los contratantes implica que:

...la interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de los contratantes (...) que es ante todo la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato (...) y la voluntad común de ambas partes y no la voluntad individual de una de ellas.

De acuerdo con el principio de buena fe el intérprete deberá tener en cuenta la confianza y las expectativas que las partes se generaron recíprocamente a través de la voluntad que expresamente declararon y que consta en el contrato celebrado, lo que no excluye las expectativas reales que tuvieron si es que el texto no es claro.

Así, toda interpretación deberá efectuarse de forma tal que la conclusión a la que se llegue refleje y respete la confianza que la voluntad declarada en el contrato generó en ambas partes. Ello teniendo en cuenta que la confianza surgida fue la que generó que se contratara en los términos en que se hizo y que las partes se comportaran como lo hicieron.

Como se puede apreciar, la buena fe implica que al interpretarse el contrato, éste debe ser leído como un compromiso de colaboración mutua diri-

gido a que ambas partes vean realizados los intereses por los cuales celebraron el contrato. Por ello ninguna interpretación debe derivar en una consecuencia por la cual una de las partes no vea satisfecho el interés que motivó el contrato, es decir, llegar a la conclusión que alguien pactó un contrato en términos que no le generaban beneficio alguno. Por ejemplo, un precio sustancialmente bajo en un bien que ambas partes saben defectuoso (como una camisa defectuosa) podría ayudar a interpretar una cláusula de exoneración de garantía de manera que el vendedor no asumió el riesgo de un defecto que lo deja sin ninguna utilidad en el contrato.

Así, para interpretar la declaración, uno no sólo debe estar atento a lo expresado en ella sino a las circunstancias en las cuales se hizo la declaración, incluyendo elementos tales como la experiencia de las partes, la situación del mercado que rodea la operación y el conocimiento existente de tal circunstancia por las partes, entre otros. Esas circunstancias son tanto las anteriores, las existentes al momento del acto e incluso las posteriores que sean relevantes, tales como la conducta de las partes que permita entender cómo entendieron lo que dijeron.

La búsqueda de la voluntad real es una expresión atemperada del contextualismo. O dicho de otra manera es el contextualismo más textualizado, pues pretende apartarse relativamente poco del texto del propio contrato. Su uso es recomendable cuando existen pruebas o elementos indicadores de la voluntad real común que reducen los costos de acceder a ella, y siempre que no pueda presumirse que en realidad no estemos frente a un acuerdo a no estar de acuerdo. Si ello es así, se está persiguiendo un imposible pues propiamente no existe una voluntad común.

**Interpretación sistemática:** Derivado del denominado principio de unidad del contrato, el método de interpretación sistemática está recogido en el artículo 169 del Código Civil, que establece:

Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

De acuerdo con este principio, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con todo el conjunto del contrato. Así, se busca eliminar cualquier duda o contradicción que pudiera presentarse, solucionándola para que el contrato no pierda su finalidad. Como explica Emilio Betti, este principio se basa en que “...el negocio viene considerado como un todo unitario para ser interpretado en su totalidad, un todo entre cuyas partes singulares, preliminares y conclusivas, no es admisible una separación neta.” (Betti, p. 348). En la misma línea, Luis Díez-Picazo explica:

Dentro de la interpretación lógica tiene una gran importancia lo que Betti ha llamado el canon hermenéutico de la totalidad o interpretación sistemática del contrato (...), según la cual las cláusulas de un contrato deberán interpretarse las unas por las otras atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. El criterio sistemático es una consecuencia de la unidad lógica del contrato: por ejemplo, la evitación de contradicciones, de antinomias (Díez Picazo, op. cit., p. 265).

Así, siguiendo este principio, deben preferirse aquellas interpretaciones que den coherencia a todas las cláusulas contractuales y no aquellas que nos lleven a interpretaciones absurdas, contradictorias, o a calificar de innecesarias o “duplicadas” algunas de ellas.

En realidad la interpretación sistemática es una mera precisión del textualismo, porque asume que los contratos se acercan a la perfección e indica es que es más probable encontrar cláusulas imperfectas (consideradas por separado) que contratos imperfectos. Muchas aparentes imperfecciones se corrigen con una lectura completa del contrato.

**La interpretación teleológica o funcional:** De acuerdo con este criterio, en toda labor de interpretación se debe buscar o preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella interpretación que sea consistente con el objeto o la finalidad del contrato o de la cláusula que es materia de interpretación.

El principio de interpretación funcional se encuentra recogido en el artículo 170 del Código Civil, el cual señala:

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

Este criterio de interpretación busca definir la causa del contrato o la razón de ser de la cláusula que es objeto de interpretación. En ese sentido, el método se asemeja al denominado *ratio legis* o razón de la ley, aplicable a la interpretación de normas jurídicas. En la interpretación contractual ello implica buscar las funciones que el contrato debe alcanzar.

Parte de la doctrina nacional apunta así a indicar que finalmente interpretar (y más concretamente, interpretar funcionalmente) es identificar la causa del contrato:

...la interpretación es justamente la averiguación de aquel sentido concreto a través de la previa individualización de su función. La interpretación entonces apunta primigeniamente al esclarecimiento del aspecto objetivo de la causa, para luego desentrañar la función específica del precepto de regulación, reflejada, en lo material, en el contenido particular del negocio (Palacios Martínez, 2004:229-230).

Esta afirmación, en principio correcta, debe ser analizada con cuidado. Si el texto del contrato es claro, el fin práctico que se quiere lograr está claro pues se deriva del precepto a aplicarse. Si el texto no está claro, la búsqueda de la voluntad real es una forma de encontrar dicha finalidad asignada por las partes al contenido contractual, y ayuda a darle sentido.

Pero cuando ninguna de las dos alternativas es posible, no queda sino recurrir a la función económica que la figura contractual tiene, para de ahí deducir cuál fue la intención de las partes, o en todo caso, de haber notado el problema cuál hubiera sido su intención. Nótese que esta aproximación es especialmente relevante cuando nos encontramos frente a un acuerdo en no estar de acuerdo. Justamente es de esperar que las partes ahorren costos

de negociación si en lugar de llenar el contenido contractual con todas las reglas prefieren dejar vacíos que los intérpretes llenarán en función a los fines que ordinariamente se persiguen en el tipo de negocios involucrados. De la misma manera como la partes dejan vacíos contractuales con la esperanza de que las normas supletorias los cubrirán, las partes dejan imprecisiones contractuales con la esperanza de que los intérpretes los cubrirán por las reglas usuales, derivadas de la práctica económica, y que responde a determinada racionalidad económica. En otras palabras, las prácticas y usos comerciales suelen ser un gran paquete de normas supletorias.

Esta forma de interpretación se acerca en nuestra opinión a la segunda regla de Posner (buscar la solución consistente con la eficiencia cuando no es posible identificar aquella solución querida por las partes) y es el reflejo más claro del paradigma contextualista. Así, se escapa del texto para ir a la función económica del contrato celebrado.

Se puede decir que todo contrato, en especial los de prestaciones recíprocas (contratos sinalagmáticos) persiguen maximizar la eficiencia agregada del intercambio. El precio de reserva es la valorización que cada una de las partes hace de la prestación objeto del contrato. Se llama “precio de reserva” porque las partes no lo revelan, dado que si lo hicieran perderían capacidad de negociación. El precio de reserva del comprador es lo máximo que está dispuesto a pagar. El del vendedor es lo mínimo que está dispuesto a recibir para desprenderse del bien. Imaginemos que el precio de reserva del comprador de una casa es 200 y el del vendedor es 150. Cualquier precio entre 150 y 200 refleja una transacción beneficiosa para ambos y por tanto mueve a la sociedad hacia un punto superior en términos de eficiencia paretiana. Si el precio es 190, el comprador gana 10 (compró a 190 algo que valoriza en 200) y el vendedor gana 40 (vendió en 190 algo que valorizaba en 150). La sociedad en su conjunto ganó 50 (reflejado en que un bien pasó de un uso menos valioso de 150 a un uso más valioso de 200).

Es de esperar que las partes sean consistentes con sus precios de reserva y que lo pactado (incluyendo precio y asignación de riesgos y costos del contrato) refleje tales preferencias. En ese sentido debe presumirse que, al menos en principio, los contratos se orientan a maximizar el valor de los mismos.

Pero saber qué cláusulas y condiciones llevan a ese resultado no es sencillo; un buen indicador son las prácticas y usos del mercado. Si los comerciantes suelen distribuir riesgos y costos de cierta manera, es posible presumir que, salvo circunstancias determinadas y particulares, ello es eficiente en la mayoría de los casos. Ello explica, por ejemplo, las similitudes en los términos de ciertos tipos contractuales. Por ello un buen ejercicio de “adivinación” sobre cuáles son los términos eficientes, es identificar qué es lo que se suele pactar en circunstancias similares.

Así, por ejemplo, al interpretar qué quiere decir “contratista experimentado” a efectos de determinar el alcance de las obligaciones del constructor, el sentido debería partir de la idea de que es razonable atribuirle los riesgos que alguien con experiencia puede administrar a menor costo. Ello es lo que las partes pactarían para maximizar su utilidad. Y es de esperar que el contenido eficiente de esa interpretación guarde correlato con la práctica comercial y la forma cómo las partes asumen riesgos en el contrato. Y si el intérprete es confiable, entonces tendremos una reducción de los costos de transacción ex ante, que es lo que las partes podrían estar persiguiendo.

En ese sentido, los pactos de acuerdo en el desacuerdo pueden requerir justamente del uso de esta mecánica interpretativa. Y para ello se requiere usar el análisis económico de las reglas contractuales para evaluar si efectivamente reflejan soluciones eficientes para las partes.

**El uso de la interpretación para incentivar contratos perfectos:** La regla tercera de Posner (el uso de reglas que rompan los nudos que generen ambigüedades tales como interpretaciones en contra del estipulante) también tienen cabida en nuestro sistema legal. En ocasiones tienen reconocimiento expreso, como se deriva del artículo 1401<sup>21</sup> que establece que en las cláusulas generales de contratación o en formularios prerredactados, los términos se interpretan en contra del estipulante.

Pero de acuerdo a la doctrina en ocasiones ello se deriva del principio de buena fe, tal como está recogido en los artículos 168 y 1362 del Código Civil. Así, las partes al negociar el contrato deben comportarse

de manera de colaborar una con la otra para evitar ambigüedades.

De ello se deriva la obligación de las partes de ser claras en su declaración. El emisor de la declaración tiene así la obligación, basada en el principio de buena fe, de ser claro. Tiene la carga de usar un lenguaje que no se preste, en lo posible, a interpretaciones equívocas o ambiguas. Y la consecuencia de ello es que cuando el declarante no es claro, el término debe ser interpretado en contra de su interés si su declaración es la causa de la oscuridad en el término. Así se crean los incentivos para que el declarante use los términos o los defina de manera tal que reduzca el riesgo de confusión u oscuridad en la declaración.

Por su parte, el receptor de la declaración tiene la obligación, también impuesta por el principio de buena fe, de pedir aclaraciones respecto de aquellos aspectos y términos que no le queden claros o no sean precisos.

El peso que se coloca a la obligación de hablar claro frente a la obligación de pedir aclaraciones depende, en gran medida, del nivel de información y conocimiento que tienen las partes respecto a la materia que es objeto de contratación. Así, si bien en la contratación paritaria, el intérprete no debe utilizar principios tuitivos que benefician a una parte sobre la otra, sí está facultado a interpretar una cláusula en contra de quien, conociendo que un término puede llevar a interpretaciones ambiguas, omite aclarar (por la vía de hablar claro o pedir aclaraciones) a la otra parte dicho hecho para reducir el riesgo de oscuridad. Y ello ocurre tanto cuando quien está en mejor situación para detectar la posible ambigüedad es quien declara (obligado en tal circunstancia a hablar claro) como quien recibe la declaración (obligado en ese supuesto a pedir aclaraciones).

Como el lector habrá advertido, estos principios plantean el problema de forzar a las partes a ponerse de acuerdo cuando precisamente lo que quieren es mantener una ambigüedad que, de ser precisada, elevaría los costos de transacción. Las partes pueden haber sido poco claras porque precisamente eso es lo que explícita o implícitamente querían, dados los costos de obtener mayor claridad. Una regla de este tipo puede, por tanto, elevar los costos del contrato y reducir sus beneficios.

Sin embargo, surge la duda sobre cómo evitar conductas estratégicas

de las partes con mayor información y que intencionalmente son poco claros para conseguir términos que los beneficien.<sup>22</sup>

Como se dijo, en contratación plenamente paritaria, parece haber poca base para aplicar este tipo de principios. Si dos partes sofisticadas y asesoradas por abogados negocian un contrato y una plantea un término poco claro, también es responsabilidad del receptor de la declaración no haber pedido aclaraciones o precisiones. Y ello porque quizás ambos estaban de acuerdo con la ambigüedad.

El principio parecería sólo tener sentido en la contratación entre partes que enfrentan una asimetría informativa severa y que crea oportunidades para generar ambigüedades que benefician a una de ellas. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en legislaciones como las de protección al consumidor.

Como dice Cohen (op. cit., pp. 85-86) si las partes contratantes desean redactar un contrato completo pero fracasan en el intento, tal fracaso puede ser visualizado como un caso de responsabilidad por accidentes. El “accidente” pudo haber ocurrido porque una de las partes no tomó precauciones contractuales eficientes. Por otro lado, alguna de las partes puede haber buscado que el contrato esté incompleto para desarrollar una estrategia de negociación que la beneficie mediante retención de información. Como ocurre en la responsabilidad por accidentes, incentivar una mejor contratación tiene sentido si las precauciones son efectivas en términos de costo-beneficio. Ello significa que una de las partes tiene menores costos de transacción para identificar un término adecuado y, además, que incurrir en esos costos esté justificado por los beneficios generados. Ese es un cálculo bastante difícil de efectuar para un juez o un árbitro.

Pero además la interpretación en contra del estipulante no necesariamente nos conduce a una regla contractualmente eficiente. En ese sentido los riesgos de error de la Cortes son bastante altos.

Una mejor alternativa es, en caso de ambigüedad, inclinarse por aquella regla que suele pactarse, es decir, por una interpretación funcionalista, con lo cual se reduce el riesgo de error. Además, es muy probable que si una parte quiere crear ambigüedad es para alejarse de lo que suele pactar-

se en el mercado; si ello es así, mantener la regla general crea mejores incentivos que una regla en contra del estipulante.

Sin embargo, no se puede descartar la conducta oportunista o estratégica para distorsionar el contrato. Como bien decía Cohen, la imprecisión podría verse como un accidente. En la responsabilidad por accidentes, si la idea es desincentivarlos, los costos deben ser colocados en el lugar correcto. Si ambas partes tienen capacidad de tomar precauciones para evitar accidentes (por ejemplo, el automovilista manejar a velocidad adecuada y el peatón no cruzar la calle de manera distraída) colocar la responsabilidad en sólo una de ellas (por medio de un principio de responsabilidad objetiva) desincentiva a la otra parte a tomar precauciones. Si los automovilistas siempre son responsables, los peatones tomarán menos precauciones y cruzarán la calle desprevenidos o se lanzarán contra los automóviles para obtener indemnizaciones. De la misma manera, si el estipulante siempre es responsable, la otra parte nunca pedirá que se aclaren las cosas o simplemente no leerá el contrato con suficiente diligencia. Ante tal supuesto es preferible una regla de negligencia, de manera que el automovilista sólo será responsable si tuvo dolo o culpa. Bajo tal supuesto los peatones asumirán que si son atropellados el conductor pudo haber sido diligente (con lo que no le indemnizarían los daños) y tomarán precauciones para evitar sufrir el accidente.

Si las precauciones sólo pueden ser tomadas por una de las partes, entonces tiene sentido hacer siempre responsable a la parte que puede tomarlas. Por ejemplo, un pasajero en un avión no puede hacer nada para evitar que éste sufra un accidente. Bastaría una regla objetiva que haga responsable a la aerolínea para conseguir el nivel de precauciones adecuadas. Y no se crea el problema de incentivos perversos porque igual la víctima no puede hacer nada para evitar el daño, por lo que no hay nada que incentivar.

Los mismos principios podrían aplicarse a reglas como, por ejemplo, las de interpretación contra el estipulante, asumiendo que la ambigüedad es una especie de accidente. Podría tenerse una regla objetiva que conduzca a que ante cualquier ambigüedad el contrato se interprete en contra de quien lo redactó. Pero si ambas partes podían influir para evitar la ambi-

güedad, se crea un sistema que no crea los incentivos adecuados pues la otra parte no tomará precauciones. Incluso dicha regla haría responsable a una de las partes por una ambigüedad concientemente generada por ambas, lo que fuerza a eliminar la ambigüedad generando mayores costos. Sólo se justifica una regla objetiva si sólo una de las partes podía evitar la ambigüedad. Ello ocurriría en un caso de asimetría informativa severa, en la que una de las partes controla la información relevante y la otra virtualmente carece de toda información.<sup>23</sup>

Sin embargo, si ambas partes pueden tomar precauciones para evitar la ambigüedad, lo mejor es una regla subjetiva, en la cual sólo se interpreta el contrato en contra del estipulante, si éste actuó con dolo o culpa para generar la imprecisión. Debería demostrarse que hubo un engaño intencional o una negligencia para generar la ambigüedad en beneficio propio. En tal circunstancia las partes podrán ser ambiguas y delegar la solución de la imprecisión al intérprete, sin reglas que fuercen a incurrir en costos de negociación y redacción innecesarios.

**El principio de conservación del negocio jurídico:**<sup>24</sup> Otro de los criterios que suele usarse en la interpretación es el de conservación del negocio. Según dicho criterio, entre dos interpretaciones de un término contractual, debe estarse por aquella que determina la permanencia y validez de la cláusula. Así, por ejemplo, si al interpretar una cláusula, una de las posibles interpretaciones conduce a la nulidad o anulación de la misma (por que, por ejemplo, iría contra una norma de orden público, excede las facultades del representante que celebró el acto, etc.), se debe preferir la otra interpretación que está por la validez y eficacia del acuerdo. De manera similar, una interpretación que conduce a que una cláusula sea inejecutable, debe orientar al intérprete a preferir el sentido que permite que se ejecute.

El principio parte de una idea correcta. Es de esperar que si las partes incluyeron un texto es porque buscaron darle algún sentido y que el mismo se aplicará. Por ello, presumir que debe buscarse que se aplique es un buen comienzo, pero no necesariamente es un buen final.

En primer lugar recordemos que las partes podrían haberse puesto de

acuerdo en que no estaban de acuerdo. Si ello es así, su voluntad no es necesariamente la de aplicar la cláusula en cuestión: del contexto o del uso de otros medios de interpretación podría derivarse que lo mejor es dejar de aplicar la cláusula. El principio de conservación parte de asumir que las partes fueron tan perfectas al negociar que eran concientes que el contrato tendría siempre un sentido. Pero ello no necesariamente es así. El principio de conservación tiene por tanto un “tufillo” a que los contratos son perfectos, tan perfectos que nunca fallan. Pero como hemos visto ello es inconsistente con la realidad de los costos de transacción que sugieren buscar contratos óptimos y no perfectos. Por ello, el resultado de una deseable imperfección es la existencia de cláusulas inaplicables.

Por ejemplo, las partes pueden haber dejado conscientemente una imprecisión sobre el tipo de algodón que iba a ser entregado en base a un contrato, en la confianza que los intérpretes sabrían, en el momento de la ejecución, gracias a los usos y costumbres del mercado, cuál sería el tipo que se entregaría. Si una norma prohíbe la comercialización del tipo de algodón que se esperaba sería el entregable, la entrega de un algodón distinto (sí permitido por ley) no es necesariamente un resultado deseable, a pesar que conservaría el acuerdo.

Pero incluso en el supuesto de interpretación más convencional, el principio de conservación no puede ser llevado al extremo. Si en un contrato se dice que se va a entregar el caballo “blanco” y surge la duda sobre si es el caballo llamado “Blanco” o el caballo de color blanco, y el caballo llamado “Blanco” muere, no parece sostenible que el hecho que el contrato sea inejecutable con el caballo llamado Blanco debe conducir al intérprete a considerar que se debe entregar el caballo de color blanco porque así conserva el negocio jurídico.

### **A Manera de Conclusión: ¿Cómo Interpretar los Contratos?**

El Código Civil Peruano carece de un sistema de interpretación contractual sistematizado. Se ha limitado a enumerar algunos principios, la mayo-

ría definidos con imprecisión y desorden. No hay prioridades en cuanto al uso métodos y no se ha establecido cómo resolver una situación de conflicto entre dos principios o dos métodos.

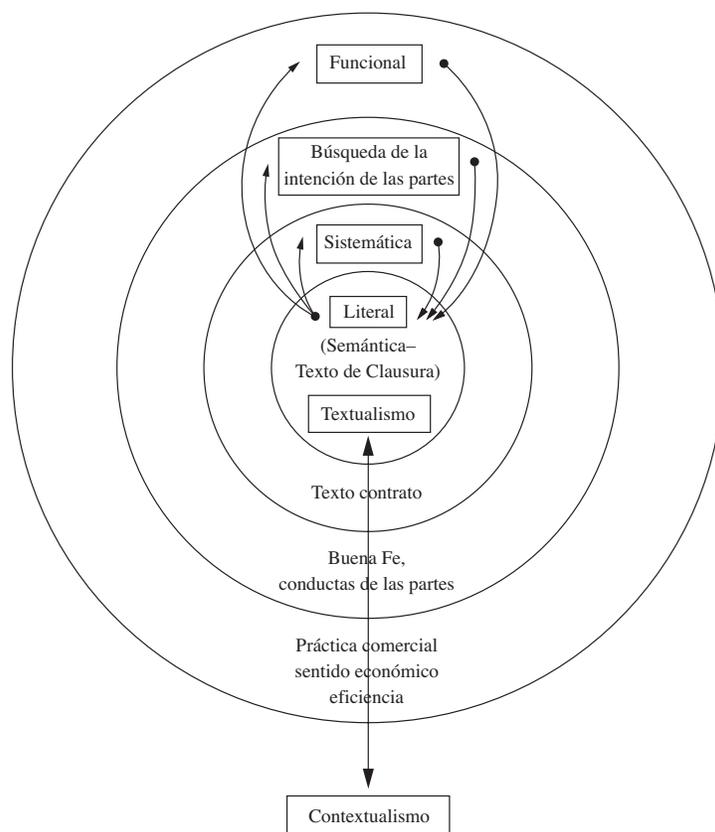
Ello se deba quizás a lo difícil que es tener una solución para todos los casos. Las complejas relaciones que se pueden establecer en un contrato y los problemas derivados de reducir costos de transacción ex ante frente a reducir costos de transacción ex post son un caldo de cultivo para el fracaso de soluciones muy rígidas o poco flexibles.

Sin embargo, sí creemos que es posible formular algunos principios básicos y una secuencia de análisis que ayude a desarrollar la labor interpretativa de mejor manera. Sin duda las complejidades de la interpretación no permiten un esquema excesivamente rígido ni matemático. Pero a su vez, la complejidad del fenómeno no debe servir de excusa para renunciar a hacer un esfuerzo de sistematización.

Antes de analizar el esquema que se propone es importante destacar un par de aspectos generales. El primero, tal como se dijo en un inicio, es que el problema interpretativo no siempre es descubrir qué es lo que se acordó. Suele ser justamente determinar o precisar lo que no se quiso acordar. Y ello por los problemas de costos que tener contratos perfectos significa. Esto le da una dimensión distinta a la labor interpretativa y ayuda a comprender problemas que suelen pasar inadvertidos. En ese sentido la distinción entre interpretación e integración contractual es, como se dijo, más que sutil, virtualmente inexistente. Si es necesario interpretar es porque las partes dejaron de colocar algo que hubiera hecho la interpretación innecesaria. Toda interpretación implica alguna forma de vacío o imperfección que debe ser llenada o reparada.

Un segundo tema general tiene que ver con quién hace la interpretación. Es de esperar que los jueces, al menos en un país como el Perú, queden sujetos a esquemas más textualistas y los árbitros a esquemas más contextualistas. Es de esperar además que los criterios se tornen más contextualistas conforme mejore la capacidad de los jueces. Al redactar contratos, el resultado no debería ser el mismo si se redacta uno cuyos conflictos quedan sujetos al Poder Judicial común, a si queda sujeto a un sistema arbitral.

En general, el proceso de interpretación debería visualizarse como un recorrido entre círculos concéntricos, que tienen en el centro círculos más textualistas que van diluyendo su textualismos hacia contextualismo conforme caemos en anillos más alejados del centro. Así, el intérprete comienza en el círculo central, que sería la interpretación literal, y va pasando los círculos siguientes (método sistemático, búsqueda de la intención real, funcionalismo) según va agotando los recursos para encontrar un sentido atendible al término contractual. Ello se refleja en el siguiente gráfico:



En ese sentido, entendemos que la secuencia lógica para un proceso de interpretación podría tener los siguientes pasos:

- a. **Partir desde el textualismo:** Ello significa que la interpretación comienza por la declaración contractual y parte, en principio, determinando si el texto del contrato tiene o no varias interpretaciones posibles. Si de una lectura simple del texto queda claro que sólo una interpretación es razonable, ahí debería acabar la labor interpretativa. Si presumimos que la intención común de las partes es la mejor alternativa para maximizar el valor del acuerdo y sabemos que descubrir dicha voluntad real enfrenta altos costos, entonces la voluntad declarada de manera clara tiene una alta probabilidad de reflejar el acuerdo más eficiente. En cierta manera se plantea la aplicación de un suerte de *four corners rule* según la cual si el texto es claro, la labor del intérprete se reduce a leer dentro de las “cuatro esquinas” del contrato. Así se evita los costos de buscar la voluntad real. Ello implica no sólo la interpretación de la cláusula por separado, sino de todo el contenido contractual, en aplicación del método sistemático.

Regresemos al ejemplo del navío *Peerless* para graficar el punto. Si se dice que el cargamento de algodón debe llegar en el navío *Peerless*, pero a diferencia del caso real, sólo existe un navío *Peerless*, la declaración es más que suficiente para saber de qué barco estamos hablando. No tiene ningún sentido salirse de las “cuatro esquinas” del contrato para buscar una voluntad real que está más que clara en la declaración. En ese contexto no hay necesidad de recurrir al paradigma contextualista. El textualismo basta y sobra para resolver el problema. Si el intérprete comenzara a moverse hacia el contextualismo más que interpretar, estaría a la búsqueda de modificar el contrato usando el método de interpretación. Ello porque no sería admisible que el resultado de interpretar el término *Peerless* sea que el cargamento debe llegar en el navío *Huáscar*.

- b. **Pasar a la interpretación sistemática del texto:** Si de la lectura de la cláusula contractual sola el sentido no queda claro, el intérprete pasa a la interpretación sistemática y comienza a buscar el sentido del término

usando los demás términos contractuales. Así, si existieran dos barcos *Peerless*, entonces aún nos queda la esperanza, sin salirnos del textualismo de recurrir a otras cláusulas del contrato. Por ejemplo otras cláusulas, al mencionar fechas de llegada del barco, podrían descartar que podamos estar hablando de uno de los *Peerless*, con lo que sólo quedaría una opción. O podría hacer mención a la nacionalidad del barco o a quién es su capitán. La respuesta llegaría sin salir del textualismo.

Hay que tener en cuenta que el pase al método sistemático (como el pase a los demás métodos) no debe ser entendido de manera rígida. A veces el texto de una cláusula es claro por sí solo pero se vuelve impreciso en el contexto. A lo que aludimos es que si de la interpretación de la cláusula aislada el sentido es muy claro, se requiere una fuerte contradicción para revisar ese sentido a la luz de otras cláusulas contractuales.

- c. **Búsqueda de la intención real:** Sólo si la declaración no es clara, se debe acudir a dar el primer paso hacia el contextualismo, aquel referido al contextualismo más moderado. El análisis de las circunstancias de la declaración, incluyendo la conducta previa, simultánea y posterior a la celebración del contrato, se torna relevante en cuanto refleja qué es lo que las partes realmente quisieron. Así, por ejemplo, se puede recurrir a los documentos precontractuales, los intercambios de ideas, la forma como se ejecutó el contrato, la experiencia de las partes previa, etc. Sin embargo, el intérprete debe ser conciente de las limitaciones de este tipo de interpretación. En primer lugar, los costos de este tipo de actividad pueden ser elevados y su resultado limitado. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que una posibilidad es que el problema interpretativo no se derive de la oscuridad de un acuerdo, sino de la voluntad implícita o explícita de no acordar algo. Por ello si hay indicios que esa es la voluntad de las partes, continuar el esfuerzo de descubrir una voluntad inexistente puede no tener sentido.

Veamos nuevamente el ejemplo del *Peerless*, asumiendo, al igual como en el caso real, que hay dos navíos con el mismo nombre. No es posible de la mera declaración, saber de cuál estamos hablando. El textua-

lismo resulta insuficiente. Los otros términos del contrato tampoco aclaran la situación. Entonces es legítimo recurrir a aquellos elementos que nos den pista sobre la intención real. Podría ser que en la correspondencia previa se identifique de qué *Peerless* estamos hablando. Puede ser que se haga referencia a fechas que indiquen de qué barco se trata. O puede ser que el *Peerless* correcto era el que usualmente usaron las partes en operaciones anteriores, lo que lleva a descartar al otro. Si eso es así, esos elementos fuera de las “cuatro esquinas” resultan suficientes. Si la evidencia es concluyente, parece que más contextualismo ya no es necesario. Pero si no existe, o existiendo no es clara, no queda sino seguir moviéndose hacia el exterior del círculo.

- d. **Buscar la función del contrato.** De no ser útil el primer paso hacia el contextualismo, dar el segundo, orientado a identificar la función económica perseguida por el contrato. Ello tiene sentido si del texto del mismo o de la intención de las partes, no es posible derivar la función que quisieron darle. Para ello debe buscarse la función que acuerdos de la naturaleza del que es objeto de interpretación desarrollan socialmente. En principio debe asumirse que los acuerdos generan beneficios para ambas partes y que las partes buscarán una reglamentación contractual que maximice el valor del contrato, al momento de asignar costos y riesgos. Dados los costos de identificar qué es lo que las partes querían, la mejor estrategia posible parece ser aplicar la regla que usualmente se usa en el mercado para contratos similares. El problema se puede presentar con transacciones idiosincrásicas, es decir, no comunes en el mercado, y para las cuales no hay referentes. En esos casos la lógica económica debería ser la orientadora de la regla más eficiente. En el caso del navío *Peerless*, puede ser que para una persona que conoce el mercado, la estacionalidad del mismo, derivada de que la demanda no es igual todo el año, permite identificar que una de las fechas de desembarco de algodón es absurda o antieconómica. Ello podría ser un elemento que, fuera del contrato, permite reconstruirlo de manera adecuada. Si lo que interpretamos es un término como “contratista experimentado”, los usos y costumbres del arte o de la plaza pueden ser

indicadores adecuados de cuál es la respuesta correcta. O si se tratara de una operación muy particular, sin mucho referente, la búsqueda de la regla que maximiza eficiencia parece el referente más adecuado. Llegado a este punto, el contextualismo era la única salida.

Es importante destacar que no importa dónde nos detengamos, hasta cuál de los anillos lleguemos, siempre hay que regresar al centro para ver si la conclusión a la que llegamos pasa por el umbral del textualismo, es decir, si la interpretación puede sostenerse sobre la declaración. Y siempre teniendo en cuenta que la declaración podría solo reflejar que no existió realmente un acuerdo. Como dijimos antes, del contextualismo no podría derivarse que se entienda que el *Peerless* quería decir *Huáscar*.

- e. **Reglas contra conductas estratégicas.** El intérprete debe ser cuidadoso al aplicar reglas orientadas a buscar menores ambigüedades, tales como interpretaciones en contra de los estipulantes o similares. Esas reglas podrían estar presionando a la generación de contratos perfectos cuando estos no son óptimos. Solo en circunstancias donde es claro que tal conducta estratégica ha ocurrido por culpa o dolo del agente puede usarse una regla de ese tipo. En otras situaciones es más aconsejable usar las reglas más eficientes en atención al análisis funcional.

Usualmente estas reglas son usadas antes de salir del textualismo. Pero a veces son usadas una vez agotados todos los anillos del análisis. En cualquier caso se debe ser conciente que quizás la ambigüedad es querida por las partes y que forzarlas a levantarlas es forzarlas a incurrir en costos que no desean. Que una de las partes haya introducido el término “contratista experimentado” en el contrato no significa que sea ella la que debe cargar con el costo de la imprecisión del término. Por el contrario, puede ser que justamente la otra parte estaba de acuerdo que ese nivel de ambigüedad era deseable.

- f. **Conservación del Negocio.** Finalmente, la conservación del negocio es un buen referente y por tanto el intérprete debe intentar mantener la vigencia y ejecutabilidad del contrato y/o cláusula específica. Pero ese principio no debe llevarse al extremo, pues el resultado podría ser antagónico con la solución querida o con la económicamente eficiente.

Evidentemente la aplicación de este principio se hace más relevante cuando nos internamos en el contextualismo, dado que si estamos en el textualismo es posible que la solución sea solo una. Si el texto claramente y sin duda conduce a que el resultado sea la ineficacia o inejecutabilidad del contrato, debe esa ser la consecuencia. El intérprete no es un salvavidas llamado a rescatar el contrato del naufragio. Es sólo alguien que debe dar un sentido adecuado a la voluntad de las partes, y de no ser posible, a la generación de eficiencia que es el *best guess* de lo que las partes hubieran querido de no poderse descubrir por otro medio.

En cualquier caso, queda claro que el análisis económico puede ser esclarecedor del sentido que puede tener la interpretación de los contratos y ayudarnos a comprender la verdadera naturaleza del problema. Comprender que interpretar es muchas veces resolver una falta de acuerdo es un paso central para hacer bien el trabajo. Casi podríamos decir que todo se reduce a dos reglas: la central es conseguir que en la interpretación se respete la autonomía de voluntad de las partes. Pero la segunda es que se respete al menor costo posible.

## NOTAS

- 1 Lo que en el sistema anglosajón se suele denominar el gap filling o llenado de los vacíos contractuales.
- 2 El Premio Nobel de Economía Ronald Coase define los costos de transacción en los siguientes términos: *“Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos que los términos del contrato se observan, y demás. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcione sin costos”*. (“The Problem of the Social Cost” Journal of Law and Economics, Octubre 1960. pp. 1-44.)
- 3 Posner (XX, p. 4) propone una fórmula para determinar los costos de transacción que enfrenta un contrato:

$$C=x+p(x)[y+z+e(x,y,z)]$$

Donde “C” es Costos de transacción, “x” es el costo de negociar y redactar el contrato, “p” es la probabilidad de que surja un conflicto, “y” el costo de litigio para las partes, “z” el costo de litigio para el sistema judicial y “e” el costo del error. El primer término del lado derecho de la ecuación (“x”) representa la primera etapa en la determinación de lo que el significado del contrato, la etapa en que son las partes las que deciden que dice el contrato, y conforman los costos ex ante. El segundo término (“p(x)[y+z+e(x,y,z)]”) representa la segunda etapa (costos ex post), en los que en el evento de una disputa legal sobre el significado del contrato, el problema es sometido a la decisión de un juez o de un árbitro.

- 4 Colocamos la expresión “equivocada” entre comillas precisamente porque, aunque suene paradójico, puede ser un término equívoco. Puede entenderse como la incapacidad del intérprete de encontrar la voluntad correcta, entendiéndolo como la que fue la voluntad real de las partes. Pero ya vimos que usualmente el problema es justo que tal voluntad no existe, al menos de manera completa. Por eso definiremos como “equivocada” aquella interpretación que no maximiza el valor del contrato, en el entendido que las partes hubieran, de haberse planteado el problema interpretativo que debe ser resuelto, elegido la opción que maximizaba dicho valor.
- 5 Un ejemplo parecido se dio en mi experiencia profesional en un pacto de honorarios con un cliente. En el contrato se dijo que el honorario de éxito se devengaría cuando “se llegara a un acuerdo con los principales acreedores”. Sin embargo, el concepto de principal acreedor no estaba definido, como tampoco estaba definido qué significaba acuerdo. Si uno conociera la historia sabría que cuando se pactó el honorario el desenlace de la historia era realmente impredecible, con lo que definir los términos referidos era realmente muy difícil. El uso de términos generales permitía, luego de saber cómo ocurrieron las cosas, buscar un sentido razonable. Pero las partes eran concientes que existía

una ambigüedad. Cuando se llegó a un acuerdo con algunos acreedores, surgió una discrepancia sobre si se había devengado o no el honorario. Afortunadamente las partes llegaron a un acuerdo sobre la interpretación razonable que evitó ir a una interpretación por un tercero, usando el “espíritu del acuerdo”. La explicación de lo ocurrido es sencillo. Si las partes se hubieran puesto a negociar en el momento de gran incertidumbre inicial, la cláusula hubiera sido muy compleja. La decisión de dejarla en términos tan ambiguos obedecía a la conciencia de que el costo de interpretación posterior era inferior al costo de redacción ex ante. Los hechos demostraron que las partes estuvieron en lo correcto.

- 6 Para los aficionados a la economía el acuerdo incompleto e imperfecto es razonable si el costo marginal de una unidad más de negociación (digamos una semana más negociando qué es lo que estiman les va a tomar llegar a un acuerdo completo, y que sería un beneficio si se visualiza como ahorro) es superior al costo marginal de una unidad más de interpretación (es decir, el costo de delegar a los árbitros el “interpretar” la frase que justamente no refleja ningún acuerdo). Como bien me hizo notar Ursula Ruesta en una conversación para discutir el artículo mis términos no son, sin embargo, tan precisos como los que usaría un economista exigente. Otra forma de visualizarlo se deriva de la fórmula de Posner que citáramos antes. En realidad las partes deberían de seguir negociando cuando:

$$x < p(x)[y+z+e(x,y,z)]$$

Donde “C” es Costos de transacción, “x” es el costo de negociar y redactar el contrato, “p” es la probabilidad de que surja un conflicto, “y” el costo de litigio para las partes, “z” el costo de litigio para el sistema judicial y “e” el costo del error. Los costos y beneficios deben ser analizados en términos marginales de manera que representen el costo de una unidad adicional de negociación.

Por el contrario las partes debería dejar de negociar y dejar la imprecisión para una interpretación posterior cuando:

$$x (>) p(x)[y+z+e(x,y,z)]$$

Dados que los dos lados de la inequación son interdependientes uno del otro (es decir, el aumento de uno baja el otro y a la inversa) el objetivo final es que la suma de ambos lados (es decir,  $x+p(x)[y+z+e(x,y,z)]$ ) arroje la menor cifra posible.

- 7 Alejandro Falla y Pedro Grández me hicieron notar estas similitudes.
- 8 También podría decirse que la interpretación sistemática, orientada a usar los otros términos del contrato para entender qué dice un término dado, muestra una aproximación textualista atemperada, pues sigue usando el texto del contrato, pero acepta que las cláusulas no pueden interpretarse leyéndolas en su solo texto.
- 9 Como señala Richard Posner (op cit, pp 29-30) según la *parol evidience rule*, si las partes han redactado un contrato que se ve como completo no es posible producir o evaluar pruebas vinculadas al proceso de negociación que condujo a la celebración del mismo. Tales pruebas son inadmisibles en el juicio.

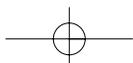
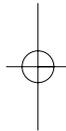
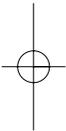
- 10 Como también dice Posner (op cit, pp 21-22) según esta regla las partes de un contrato que aparece claro de su simple lectura (lo que significa que una persona competente en inglés y que desconoce el contexto en el que se dio el acuerdo pensaría que el texto sólo admite un significado) están impedidas de presentar pruebas sobre cómo debe ser interpretada extrínsecas a “las cuatro esquinas” del texto del contrato escrito.
- 11 Artículo 1401°.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.
- 12 Para una comprensión adecuada de la teoría hayekiana de la información revisar “The Essence of Hayek”, Chiaki Nishiyama y Kart R. Leube, editores. Hoover Institution Press y Stanford University, 1984, especialmente los ensayos “The Use of Knowledge in Society” (pp. 211 y siguientes), “Competition as a Discovery Procedure (pp. 254 y siguientes)” y “The Pretence of Knowledge” (páginas 266 y siguientes).
- 13 Ver por ejemplo la Ley General de Arbitraje Peruana: “Artículo 3°.- Arbitraje de derecho o de conciencia.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia. Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.”
- 14 Regresando al ejemplo antes citado del acuerdo de que el honorario se devengaría cuando se llegue a un acuerdo con los principales acreedores, hoy ya se sabe a que acuerdo se arribó y con quién. Anunciar los criterios generales puede conducir a que las partes se pongan de acuerdo sobre los detalles.
- 15 El tema del fallo en dos partes y el supuesto adelanto de opinión surgió en una discusión con Huáscar Ezcurra.
- 16 Artículo 168°.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.
- 17 Artículo 1361.- Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.
- 18 Artículo 1362°.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.
- 19 Por ejemplo, la aplicación de estas reglas anglosajonas limitan la posibilidad al intérprete de revisar proyectos anteriores del contrato, documentos que explican lo que las partes buscaban, y aspectos similares que justamente nos acercarán a la voluntad real.
- 20 2 H. & C. 906,159 Eng. Rep. 375 (Ex. 1864).
- 21 Artículo 1401°.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.
- 22 Como ya mencionamos este es el mismo problema que enfrenta la teoría de la imprevisión (excesiva onerosidad, imposibilidad sobreviniente, frustración del fin del contrato)

y la teoría del error (y en especial el tema del dolo omisivo) y es por ello que la respuesta que un Código Civil debería dar a todas estas instituciones debería ser coherente. Es, nuevamente, el dilema entre el contrato perfecto y el contrato óptimo.

- 23 Lo que sirve para justificar a veces los sistemas de protección al consumidor que imponen una carga fuerte sobre el estipulante para ser claro, estableciendo virtualmente una responsabilidad objetiva en contra del proveedor que redactó el contrato. Lo que ocurre es que la ley estaría presumiendo una suerte de situación de precauciones unilaterales.
- 24 Una discusión con Shoschana Zusman me motivó a enriquecer este punto.

## Bibliografía

- Betti, Emilio: *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos* (1975). Traducción de José Luis de los Mozos. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- Coase, Ronald (1960): "The Problem of the Social Cost", *Journal of Law and Economics*, October. pp. 1-44.
- Cohen, George M., "Implied Terms and Interpretation in Contract Law", *Encyclopedia of Law & Economics* (1996-2000), pp. 82-83, Edgar Elgar y University of Ghent, Editores Generales Boudewijn Bouckaert y Gerrit De Geest, en <http://encyclo.findlaw.com/>
- Cooter, Robert y Thomas Ulen (1999), *Derecho y Economía*, México: Fondo de Cultura Económica. Primera Edición en Español.
- Diez Picazo, Luis (1983): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen 1, Madrid: Editorial Tecnos. Segunda Edición.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo (1994): *El Negocio Jurídico*, Editora Jurídica Grijley, Segunda Edición.
- Nishiyama, Chiaki y Leube, Kart R., eds. (1984): *The Essence of Hayek*, Hoover Institution Press y Stanford University.
- Palacios Martínez, Eric (2004): "Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico", en *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, Lima: Grijley.
- Posner, Richard, "The Law and Economics of Contract Interpretation", John Olin Law & Economics Working Paper No. 229, (2D series), en <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>
- Raffles V. Wichelhaus, 2 H. & C. 906,159 Eng. Rep. 375 (Ex. 1864).
- Rubio, Marcial (1996): *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Séptima edición.



## EL CARÁCTER COMPETITIVO DE LAS FUENTES DEL DERECHO

*Enrique Ghersi Silva\**

### Resumen

El artículo explora la idea de competencia entre "las fuentes del derecho" y muestra la naturaleza eminentemente evolutiva, cultural y económica de la ley, en contraposición a la visión racionalista del sistema legal. El autor utiliza la perspectiva económica para destacar el desplazamiento que las personas hacen de un proveedor de normatividad hacia otro en función de los costos y beneficios de cada uno.

### Abstract

This article explores the idea of competition among the sources of norms, and shows the cultural, economic and mainly evolutionary nature of law, as opposed to the rationalist view of legal systems. The author uses an economic perspective to emphasize individual choices of providers of norms, choices driven by a cost-benefit analysis.

El concepto "fuentes del derecho" es tal vez uno de los más difundidos y populares de las ciencias jurídicas contemporáneas. Sin embargo, es de reciente data. Se considera que el creador del término fue el ilustre jurista alemán Karl Von Savigny, quien lo utilizó por primera vez a mediados del

---

\* Profesor de Derecho y Economía en la Universidad de Lima. Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala). Profesor Honorario de la Universidad Laica Vicente Rocafructe (Guayaquil). Académico Adjunto del Cato Institute (Washington). Email: [enrique@ghersi.com](mailto:enrique@ghersi.com)

siglo XIX.<sup>1</sup> Savigny fue tal vez uno de los juristas más integrales de todos los tiempos. La historia del derecho le reconoce múltiples contribuciones, además de una erudición y un apasionamiento en la defensa de sus ideas que fueron a la par los unos de los otros.

Savigny acuñó la metáfora hidráulica de que el derecho se origina en una fuente, para proponer que el espíritu del pueblo era el que le daba legitimidad de la ciencia jurídica. Para él, la “fuente del derecho” era el espíritu del pueblo (Volksgeist), y así lo recogió en su abundante obra jurídica. Según Posada, para Savigny

El derecho tiene el carácter esencialmente popular, nacional, humano. El derecho es obra, no de la voluntad arbitraria, según pretendía Rousseau, sino de la conciencia del espíritu del pueblo. Afirmó la importancia de la costumbre como fuente del derecho positivo, acentuó la necesidad de estudiar la historia íntima de los pueblos, como medio de penetrar en su espíritu y de comprender así como en él se elabora el derecho, su derecho; por último determinó que el papel del legislador no debe ser crear el derecho, inventarlo, sino más bien, depurarlo y ordenarlo en vista de las corrientes dominantes en el seno mismo de las sociedades o mejor de los pueblos.<sup>2</sup>

Esta idea savignista de que el derecho tenía un origen determinable, rápidamente se tornó popular en la ciencia jurídica. Así, el concepto se difundió enormemente entre los juristas. Podría decirse que el término “fuentes del derecho” es una metáfora afortunada, porque sugiere la idea de que el derecho tiene un solo origen, que lo dirige completamente como en una especie de curso de aguas. Es ciertamente una sugestión simple, fácil, comprensible rápidamente y que permite una exposición y una presentación bastante ágil de un concepto; de ahí su gran difusión y amplia fortuna.

Sin tener la antigüedad de otros conceptos como “posesión” ni mucho menos la prosapia de, por ejemplo, la “acción pauliana”, el de “fuentes del derecho” es uno de los más difundidos y más rápidamente de la historia de la ciencia jurídica, al punto de que podríamos decir, de una u otra manera, que en la enseñanza del derecho contemporáneo prácticamente no existe

ningún curso que no sea presentado inicialmente por el profesor correspondiente a partir de la explicación de sus fuentes.

Se dice que el derecho le debe a Gaio la división de sus materias en personas, reales, contratos y sucesiones. A no dudarlo le debe también a Savigny la idea de las fuentes.<sup>3</sup>

A pesar de su difusión, sin embargo, el concepto “fuentes del derecho” no tiene una dogmática ni una teoría general. Se trata de un concepto afortunado pero, pese a su gran utilización, no podemos decir que haya sido elaborado sistemáticamente.

En la ciencia jurídica no hay algo así como una teoría general de las “fuentes del derecho”.<sup>4</sup> Lo que hay son clasificaciones más o menos caprichosas, casi tantas como profesores de derecho existen y como autores han escrito tratados de ciencia jurídica. Empero, no podemos desconocer contribuciones como las de Leon Duguit,<sup>5</sup> o Alf Ross, en mi concepto este último, realista escandinavo, fue tal vez el único que trató, ciertamente desde un punto de vista particular, de elaborar una dogmática de las fuentes.<sup>6</sup>

En general, podemos afirmar que no existe una teoría general de las “fuentes del derecho” en el derecho. Lo que hay es una suerte de taxonomía de las fuentes: clasificaciones más o menos arbitrarias y más o menos complejas, que son presentadas las unas y las otras por diferentes obras jurídicas y que son materia de argumentación y refutación por parte de los profesores de derecho.

No exageramos, por ende, si sostenemos que la discusión sobre las fuentes corresponde a lo que los romanistas llamaban el derecho de los juristas, por oposición con el derecho realmente vigente.<sup>7</sup>

Esta dimensión del problema lo que hace es sugerirnos que, en realidad la ciencia jurídica se ha servido con propósitos didácticos del concepto “fuentes del derecho”, pero que no ha elaborado, por lo menos a satisfacción, ni discutido a cabalidad, más allá de este conjunto de variadas clasificaciones más o menos arbitrarias, en qué consiste el funcionamiento de las fuentes mismas.

Ciertamente no es este el lugar para agotar la discusión, ni para examinar exhaustivamente entre las más importantes obras de la ciencia jurídica

las distintas clasificaciones o variantes, de lo que hemos denominado la taxonomía de las fuentes del derecho, que son presentadas a lo largo del pensamiento jurídico contemporáneo, pero si tuviéramos que hacer una presentación sintética, sugeriríamos que el derecho civil tradicional divide a las “fuentes del derecho” en dos pares de fuentes, de alguna forma opuestas. De un lado, en la literatura jurídica, se habla de la existencia de fuentes formales como opuestas a las fuentes materiales y de otro lado se habla de la existencia de fuentes principales como opuestas a las fuentes secundarias.<sup>8</sup>

Podríamos estar exagerando al sostener que prácticamente la inmensa mayoría de las propuestas de “fuentes del derecho” que son presentadas por los diferentes tratadistas, pueden ser de una u otra forma agrupadas alrededor de este conjunto de pares ordenados de conceptos. Así, muchos juristas hablan de la existencia de fuentes formales principales, formales secundarias, materiales principales, materiales secundarias, y un conjunto de combinaciones más o menos complejas que van de un extremo a otro de esta agrupación de conceptos, pero en realidad lamentablemente el derecho civil no va mucho más allá. El derecho se agota deliberadamente en este extremo.

Resulta curioso comprobar que en este menester el debate tradicional no es más que una pura disputa terminológica, salvando por cierto las particulares excepciones de Duguit y Ross que, como hemos dicho, hicieron importantes esfuerzos por analizar críticamente el problema.

No obstante esta insuficiencia de desarrollo analítico, creo que puede también ensayarse una apreciación adicional. Existe en la noción “fuentes del derecho” una suposición adicional común. A saber, en la literatura jurídica que hace mención del concepto se supone que las “fuentes del derecho” se encuentran coordinadas de una cierta manera racional, en la cual hay una subordinación e inclusive una alternatividad entre unas y otras. La idea de jerarquía y exclusión entre fuentes es inherente al propio concepto y en el pensamiento civilista predominante.

Según sea la corriente doctrinaria, la posición filosófica, el gusto y hasta la pura opinión personal, los distintos tratadistas sugieren - en algunos casos implícitamente debido a la ausencia, como he sostenido anterior-

mente, de una dogmática general que examine a cabalidad el problema- la existencia implícita de una suerte de orden y subordinación de las fuentes del derecho, según la cual una fuente es superior o inferior a otra y a la vez alternativa o excluyente.

De esta forma, el derecho tradicional sugiere la existencia de una jerarquía excluyente entre las “fuentes del derecho”, que responde a una conceptualización racional de una posición filosófica determinada. Así por ejemplo, para el jusnaturalismo, todo el orden jurídico debe estar sujeto bien a la ley divina -si es de origen religioso- o bien a la ciencia -si es de origen racionalista-, en base al principio de no contradicción y a una cierta jerarquía de normas.

Igualmente, para el positivismo las “fuentes del derecho” estarán ordenadas lógicamente y racionalmente de una cierta manera. En el caso del positivismo kelseniano, por ejemplo, se llegará inclusive al extremo de suponerse que no existe una pluralidad de “fuentes de derecho”, ya que sólo la ley es capaz de tener tal condición.<sup>9</sup> No es compatible, pues, con la visión positivista, más radical, sugerir que existen varias “fuentes del derecho”, sino tan sólo una, y las demás supuestas “fuentes del derecho” sólo lo son en tanto y en cuanto son compatibles con la ley. En la medida que no lo son, dejan de ser “fuentes del derecho”.

Esta situación ciertamente se ve graficada de una manera extrema en la famosa pirámide kelseniana que propone una jerarquía de normas a la cual debemos remitirnos para la interpretación y la aplicación de los principios jurídicos. Así, Kelsen sostuvo que:

En el ordenamiento jurídico estatal, concebido como un sistema de normas gradualmente estructurado, el fundamento de validez de una norma lo constituye otra norma jerárquicamente superior. Es decir, toda norma de grado superior, funda la validez de una norma de grado inferior derivada de ella. A su vez, todo el ordenamiento así estructurado tiene un último fundamento de validez; es la norma fundamental hipotética, supuesto gnoseológico que confiere unidad al orden jurídico (1946:113).

La popularidad de la pirámide kelseniana es muy grande en el derecho contemporáneo. En el caso peruano se llega al extremo de que se encuentra, inclusive, considerada como una norma constitucional. Esta visión positivista en la cual el derecho tiene un conjunto de fuentes ordenadas de una determinada manera -en el caso del positivismo extremo, llegando a sostener que sólo hay una fuente que es la ley por oposición a lo que es la visión naturalista- sin embargo, comparte con el jusnaturalismo la misma idea de que existe determinada jerarquía ordenada de normas. En el caso de los jusnaturalistas, como hemos sostenido, las leyes naturales; en el caso de los positivistas, la ley positiva. En este caso, además, la idea geométrica que se inscribe dentro de todas estas alusiones ingenieriles, iniciadas por el maestro Savigny al evocar la metáfora hidráulica de la forma de producir el derecho como una fuente del mismo, se completa por el pensamiento kelseniano con la idea de que una pirámide expresa el ordenamiento jerárquico de las fuentes del derecho, según la cual se encontrarían afectadas y ordenadas jerárquica, alternativa y excluyentemente las fuentes del derecho en la sociedad, las unas respecto de las otras. Así, García Maynez, sostiene que:

La tesis de Kelsen sobre las fuentes formales descansa en la doctrina de la estructuración escalonada del ordenamiento jurídico, puesto que el problema de la vigencia de las distintas normas se resuelve, refiriéndolas a las que condicionan su fuerza obligatoria, del mismo modo, que la de éstas es después referida a otras de grado más alto, hasta que el fin se llega a la suprema, de la cual depende la existencia de todas las restantes.<sup>10</sup>

Cualquier resumen de un concepto jurídico es por supuesto arbitrario y somos absolutamente conscientes de que podemos hacer una presentación más compleja, amplia y minuciosa del concepto desde el punto de vista tradicional, sin embargo, en líneas generales ése es el estado actual del concepto “fuentes del derecho”.

Curiosamente, entonces, tanto jusnaturalismo como positivismo comparten la idea de que las fuentes están ordenadas jerárquicamente desde un cierto punto hacia las demás. Los jusnaturalistas lo llaman ley natural;<sup>11</sup>

los positivistas, ley positiva.<sup>12</sup> Sea como fuere, en ambos casos se cree que el derecho tiene un origen monopólico y racional. Proviene de un lugar. Se abreva de una fuente.

Frente a esta conceptualización de las “fuentes del derecho”, que está implícita en la literatura jurídica contemporánea, la teoría económica sugiere una perspectiva de aproximación al problema completamente distinta. El derecho civil tradicional piensa que el modo de producir el derecho en la sociedad es monopólico. Esta presunción, en la que incurren por igual los positivistas y los jusnaturalistas, importa un grave error de concepto que se deriva de uno más general.

La teoría tradicional supone que el derecho se origina monopólicamente porque pretende que el orden social es generado exteriormente a la sociedad. Toda esta discusión sobre el concepto de orden tiene como consecuencia entender que si el orden social se genera externamente a la sociedad, si alguien es el que le da el orden a la sociedad como fruto de una inteligencia superior, de la autoridad o de la fuerza, es lógico suponer -sea nuestra filosofía la jusnaturalista o la positivista- que el derecho se origina monopólicamente. Si hemos de sintetizar los mínimos fundamentos la teoría civil de las “fuentes del derecho”, nos atreveríamos a sostener que ella se fundamenta en la presunción de que el derecho se origina monopólicamente.<sup>13</sup> Aun más, diríamos que ella es una derivación necesaria de esta idea.

A partir de la teoría económica existe la posibilidad de aproximarse al problema de las “fuentes del derecho” desde una perspectiva completamente distinta. A saber, que el origen del derecho no es monopólico, sino competitivo. Esta presentación del problema de las “fuentes del derecho”, por cierto, se origina en un concepto de orden social divergente. El concepto de orden social implícito condiciona la idea del origen del derecho en la ciencia jurídica tradicional.

Así como hemos sugerido que el concepto de orden social implícito en el derecho jusnaturalista o en el derecho positivista parte del principio de que el orden social es impuesto exteriormente a la sociedad, queremos proponer en estas líneas que la idea de que el orden social existe intrínse-

camente en la sociedad, que es espontáneo y es consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana. Si partimos de la presunción de que el orden social se genera espontáneamente, es intrínseco en la sociedad, no es creado deliberadamente por nadie, sino consecuencia descentralizada de la cooperación entre centenares de millones de personas, cada una tratando de buscar su propio y particular interés, la idea de que el derecho se origina monopólicamente, sencillamente resulta insostenible. El derecho, siendo el orden social infinitamente disperso, se genera de forma infinitamente dispersa, es decir, si hemos de usar la vieja metáfora savignista, las “fuentes del derecho” están dispersas, no se encuentran racionalmente organizadas en una sociedad, no hay jerarquía entre ellas. Por el contrario, lo que existe es competencia: un carácter competitivo de las “fuentes del derecho”, que es un reflejo de un orden social descentralizado y competitivo.

El que las “fuentes del derecho” no estén racionalmente organizadas significa que no son producto deliberado del diseño de ninguna persona en particular, pero no quiere decir que no tengan una lógica interna. Esa lógica no es racionalista, en el sentido de que no la produce una inteligencia deliberada, sino que es fruto de la praxis. Von Mises utilizó para describir a este proceso el término *praxeología*.<sup>14</sup> La acción no deliberada de las personas o praxis se rige por una lógica, más exactamente por una praxeológica que refleje ese comportamiento. No se rige por un plan deliberado por nadie.

Siendo el orden social descentralizado y competitivo, y teniendo un origen infinitamente disperso, consecuencia de la acción humana y no de la voluntad humana, siendo por consiguiente praxeológico,<sup>15</sup> es muy claro que las “fuentes del derecho” también tienen que conservar esa característica. Luego, el carácter competitivo de las “fuentes del derecho” es el planteamiento del presente trabajo. Consiguientemente, nuestra hipótesis es la de construir una teoría general de las “fuentes del derecho” que sugiera que el derecho se genera descentralizadamente de una forma competitiva, en la cual no hay un proveedor único de normas en la sociedad.

Si partimos de esta visión de las “fuentes del derecho” acerca de su origen descentralizado, una primera aproximación al problema, así planteado, es que en toda sociedad humana existe un conjunto de proveedores de nor-

mas que son también consecuencia no deliberada de la acción de los seres humanos. Ese conjunto de proveedores de normas que el derecho tradicional ha querido denominar “fuentes del derecho” son, como la doctrina tradicional sugiere, instituciones tan variadas que van desde la ley, la legislación, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, etc. Tales instituciones han surgido evolutivamente como productos no deliberados de la cooperación voluntaria entre las personas.

El hecho es que si el derecho es consecuencia de la acción humana, de la regularidad en esa acción, de la cooperación voluntaria de las personas, en realidad en toda sociedad hay distintas maneras de producir el derecho. Existe la ley y la costumbre, que podríamos llamar son las fuentes principales sustanciales del derecho, pero hay formas de crear la ley y hay formas de descubrir la costumbre. En un sistema de common law ciertamente la preeminencia del derecho consuetudinario será mayor; en cambio, en un sistema de derecho romano germánico la preeminencia de la ley será mayor. Pero en todo cuerpo normativo, sea cual fuera la tradición o familia jurídica a la que se inscriba, finalmente la presencia de estos elementos es común. Lo que sucede es que en la sociedad al existir distintos proveedores de normas, las personas demandan normatividad; demandan derecho. Así, si en la sociedad existe demanda de derecho, los consumidores escogen el derecho en función de los costos y beneficios relativos que tienen las normas producidas por los diferentes proveedores de normatividad.

Las diferentes “fuentes del derecho”, diríamos de manera tradicional, ofrecen en una sociedad sus productos simultáneamente. Dicho en otras palabras: en la sociedad existen la costumbre y la ley; ambas conviven simultáneamente. No hay, como el derecho tradicional creía, una sujeción de una fuente respecto de la otra. O predominaba la costumbre, si se trata del derecho consuetudinario; o predominaba la ley, si era un derecho romano-germánico. No ocurre nada de ello, pues personas son las que escogen y no los sistemas jurídicos.

Lo que sucede desde el punto de vista económico es que el derecho en una sociedad es originado simultáneamente de diferente manera y la gen-

te a nivel microeconómico decide qué norma va a utilizar, en función del costo y beneficio de cada una de ellas. Así por ejemplo, yo puedo utilizar la ley cuando me conviene y puedo servirme de la ley cuando me conviene, cuando el costo de cumplir la ley es menor que su beneficio, o puedo como usuario del derecho desplazarme de una fuente del derecho hacia otra, de un proveedor de normatividad hacia otro y pasar de la ley a la costumbre por ejemplo, cuando la ley se vuelve muy costosa. Luego, cuando no puedo cubrir el costo de la ley habré de desplazarme hacia la costumbre como una manera de obtener normas que me sirvan de referencia para el desarrollo de mis actividades.<sup>16</sup>

De manera que lo que sucede en la práctica es que las personas se desplazan de una “fuente del derecho” hacia otra, en función de los costos y beneficios relativos que cada una de las “fuentes del derecho” tiene. Así cuando vemos, por ejemplo, una sociedad en la cual se cumplen generalmente de una manera socialmente difundida las normas legales, lo que está ocurriendo es que la ley como “fuente del derecho” es eficiente, porque tiene beneficios mayores que los costos, y las personas se están sirviendo de la ley mayoritariamente como proveedor de normatividad socialmente afectable. Pero cuando vemos que en una sociedad la gente empieza a desobedecer la ley de manera masiva y empieza a recurrir a formaciones consuetudinarias, en realidad lo que ha ocurrido en términos de “fuentes del derecho”, es que el usuario del derecho se ha desplazado de una fuente a otra: de la ley a la costumbre, en función de los costos y beneficios relativos de cada una de las “fuentes del derecho”. Lo que ha sucedido en la práctica no es que hemos caído en anarquía, sino que cuando la ley se encarece, la sociedad usa otra “fuente del derecho”.

Ello para resaltar un hecho absolutamente central, que es el carácter competitivo de las “fuentes del derecho”. Las personas dentro de la estructura institucional de una sociedad se sirven de estos procesos cooperativos espontáneos, a los cuales cada sociedad es capaz de adaptarse como consecuencia de la cooperación voluntaria de un set de normas aplicables al problema. Cuando sencillamente no les convienen, las personas recurren a otro proveedor de normatividad.

Ciertamente desde un punto de vista teórico hay “fuentes del derecho” que pueden ser más eficientes que otras, y podemos servirnos de los criterios tradicionales para definir la eficiencia, pero lo que no podemos desconocer es este hecho absolutamente central. A saber, que a diferencia de lo que supone el derecho tradicional, lo que ocurre en la sociedad humana es que las personas se desplazan de una “fuente del derecho” hacia otra, en función de sus propios intereses. Las personas cumplen la ley cuando le conviene; cuando no les conviene, no la cumplen. Las personas cumplen las costumbres cuando les conviene, cuando no les conviene no las cumplen. En esa búsqueda eterna de la mejor norma, la más justa, la más simple, aplicable a nuestra vida, pasamos y nos desplazamos explícitamente e implícitamente, consciente o inconscientemente de una “fuente del derecho” hacia otra.

Luego, si tuviéramos que utilizar alguna figura geométrica, no podríamos hablar de una pirámide, como quiso Kelsen, sino que en todo caso, las “fuentes del derecho” se encontrarían graficadas dentro de una esfera en la cual todas las “fuentes del derecho” coexisten descentralizadamente en una sociedad: hay diferentes proveedores de normas, conviviendo permanentemente y los usuarios del derecho, los ciudadanos, las personas, se sirven de un proveedor de normatividad de una “fuente del derecho” según sus propias conveniencias y se desplazan de una fuente hacia otra en función de cual satisface mejor sus propias y particulares preferencias.

Para el derecho civil tradicional, el orden social es exterior a la sociedad. Por tanto, es un orden impuesto: hay alguien que le da orden a la sociedad. Ese alguien es un sistema jurídico que ordena el caos. El presunto poder demiúrgico del derecho se encontraría implícito en los principios y las filosofías tradicionales que se nos enseña sobre el derecho.<sup>17</sup> Esto nos hace sugerir que para el derecho civil, la forma de producir el derecho en la sociedad es monopólica; en la teoría general, si existe ella, la visión de las “fuentes del derecho” tradicional supone que el derecho se produce monopólicamente en la sociedad.

Para los jusnaturalistas, el derecho es consecuencia o reflejo de la ley natural; para los positivistas es consecuencia de la ley positiva, escrita; de hecho para Kelsen sólo había una “fuente del derecho”, las demás eran fuen-

tes del derecho en tanto y en cuanto no se contradecían con la ley escrita. Pero los jusnaturalistas y positivistas comparten la idea de que el derecho se produce monopolícamente.<sup>18</sup>

La teoría económica sugiere una visión totalmente distinta: el derecho se produce competitivamente, descentralizadamente. No hay tal cosa como una pirámide normativa. En la sociedad conviven simultánea y competitivamente diferentes proveedores de normas, diferentes “fuentes del derecho”.

Si en la sociedad conviven diferentes “fuentes del derecho” que compiten entre sí proveyendo normatividad, los usuarios del derecho se desplazan de una fuente del derecho a otra, en función de los costos y beneficios de cada proveedor de normatividad.

Por ejemplo, en la sociedad rigen simultáneamente la ley, la costumbre como fuentes principales y otros procedimientos como la jurisprudencia o la doctrina, como fuentes secundarias. Comúnmente ocurre en la sociedad, que las personas se desplazan de la ley a las costumbres o de la costumbre a la ley en función de sus propios costos y beneficios, en función de sus propios intereses cuando la ley se vuelve muy costosa, se desplaza a la costumbre, cuando la costumbre se vuelve muy costosa, se desplaza a la ley.

En general la familia jurídica, le da predominio a una de las dos “fuentes del derecho”, el common law se la da a las costumbres, a la forma consuetudinaria; el Derecho Romano Germánico a la ley. Lo que ocurre simplemente para la teoría económica es que no hay tal cosa como una producción monopolica de las normas jurídicas, en la sociedad hay una producción descentralizada, espontánea, el orden social es un orden espontáneo, no es creado por una autoridad central, sino por la sociedad, como una consecuencia no deliberada de la cooperación voluntaria de las personas. Luego el derecho que se genera como consecuencia de la cooperación voluntaria de las personas es también un proceso espontáneo y descentralizado. Se crea por la ley, también se crea por las costumbres y son competitivos, en determinado momento puede ocurrir que las personas pasen de una fuente del derecho hacia otra.

Así, sostiene Hayek respecto del derecho que “dichas normas surgieron porque propiciaban la aparición de un orden colectivo que aunque fir-

me resultado de la existencia de ciertas regularidades a nivel de comportamiento individual, fue la eficacia general de ese orden resultante lo que determinó la supremacía sobre los restantes grupos, de aquellos cuyos miembros se dedicaban a respetar determinadas normas”.<sup>19</sup>

Un equívoco adicional es pensar que la creación del derecho es gratuita. La utilización de cualquier “fuente del derecho” es costosa. Ese costo es la cantidad de tiempo y de información necesarios para cumplirla. Luego, no es cierto que de suyo toda ley se cumple, ni que toda costumbre se observa. Ello sólo sucede cuando le conviene al usuario hacerlo. Si el costo excede a su beneficio, ni la ley se cumple, ni la costumbre se observa.

El derecho es visto por la teoría económica como un bien de capital. No es un bien de consumo, sino uno de capital, como un martillo, como una máquina. La gente usa el derecho como un instrumento para sus decisiones. En tal medida la gente usa la ley o la costumbre como “fuente del derecho”, es decir, como proveedor de normas socialmente vigentes, haciendo un análisis de costo-beneficio. Ese análisis puede ser explícito o ser implícito.

Es explícito cuando, por ejemplo, los abogados examinamos las distintas posibilidades de organización societaria en función de sus probables consecuencias laborales, comerciales y tributarias, a efectos de aconsejar a un cliente. Es también el caso de cuando un litigante decide demandar o un contribuyente, reclamar un impuesto acotado por la administración tributaria.

Hay otros análisis de costo-beneficio que son implícitos. En la decisión de una persona, por ejemplo, de invadir un terreno en lugar de comprarlo en una urbanización, hay implícita la decisión de qué “fuente del derecho” escojo. Si decido comprar el terreno en una urbanización formal, he escogido la ley como “fuente del derecho”. Si en cambio, decido invadir un terreno, he escogido la costumbre como “fuente del derecho”.

La ley como “fuente del derecho” tiene, además, una característica muy especial, consistente en que sus costos y beneficios se reparten asimétricamente. En algunas oportunidades son los costos los que se concentran en algún sector social cuando, por ejemplo, ese sector social tiene que pagarlos –el caso de un arancel de importación que grava una maquinaria específica, por ejemplo. En otros casos, lo que se concentra es el

beneficio –como sucede cuando se considere alguna redistribución explícitamente a algún grupo social.<sup>20</sup>

Este fenómeno en teoría económica se conoce como el problema del costo concentrado y del beneficio difundido. En general, cuando ello sucede, se afecta la conducta política de las partes involucradas notablemente. Así, cuando el costo del cumplimiento de una ley se concentra en un determinado grupo de personas y el beneficio está difundido entre muchos, es muy probable que esa ley no se adopte. Por el contrario, cuando el beneficio de una determinada ley se concentra en un grupo y el costo se difunde es muy probable que esa ley se adopte y se cumpla. La asimetría en la repartición de los costos y beneficios de la legislación afecta, entonces, la productividad política de los grupos sociales involucrados.

Además, siendo la ley costosa, los costos de la legalidad son inversamente proporcionales al ingreso de la población.<sup>21</sup> Este efecto discriminatorio de la ley es generalmente ignorado por abogados y economistas. ¿Qué significa en la práctica? Que siempre la ley es más costosa para el más pobre y más barata para el más rico, por un problema de costos de oportunidad.

Teniendo ingresos desiguales sacrifica más para cumplir con la ley el que menos tiene y sacrifica menos el que más tiene. Esta idea es sumamente importante porque generalmente los legisladores creen que uno puede convertir en realidad cualquier cosa a través de la ley, y eso no es verdad, porque toda ley lamentablemente tiene a la postre siempre efecto discriminatorio. Por eso, la teoría económica sugiere que si en lugar de aumentar el número de leyes, éste disminuyera, el resultado probablemente sería mejor. Con independencia de su calidad, que no obstante, puede ser críticamente importante, a menor cantidad de leyes, el resultado probablemente será mejor que a mayor cantidad, porque de suyo se discrimina menos, siendo el costo de la legalidad inversamente proporcional al ingreso de la población.

La costumbre tiene, por cierto, sus peculiaridades económicas propias. No obstante las críticas de Tullock,<sup>22</sup> quien encuentra ineficiente el sistema consuetudinario, un grupo mayoritario de la doctrina encuentra a la cos-

tumbre superior a la ley como fuente del derecho. Así, para Posner tal superioridad se expresa en que por su carácter competitivo tiende a soluciones más cercanas al óptimo económico que las leyes.<sup>23</sup> Priest, por su parte, considera intrínsecamente más eficiente al sistema consuetudinario que el legal.<sup>24</sup>

Asimismo, Rubin encuentra que a través de un proceso espontáneo de ensayo y error que sería implícito a la costumbre, se crea una tendencia automática a seleccionar la mejor solución posible para un problema, que él denomina “litigio selectivo”.<sup>25</sup>

Sea lo que fuere, en nuestra opinión, es en la capacidad de aprovechar el conocimiento infinitamente disperso en la sociedad donde la diferencia entre ley y costumbre se ofrece como determinante. La ley, al ser central y deliberadamente elaborada, tiene de suyo una menor capacidad para advertir, primero, procesar, después, y aprovechar, finalmente, el conocimiento disperso en la sociedad que la costumbre, caracterizada precisamente por ser un fenómeno descentralizado y espontáneo.

La conclusión a la que se puede llegar es que, independiente de lo que el Estado quiera, los ciudadanos optarán siempre por la ley o por la costumbre, según les convenga. Digamos que no es una decisión política, lo que ocurre, es una consecuencia de la conducta individual, habida cuenta de que el ser humano tiene por naturaleza una tendencia al comportamiento maximizador. Es decir, todos tendemos a hacer lo que nos beneficia y tendemos a evitar lo que nos perjudica. Siendo ello así, es perfectamente lógico que si nos perjudica la ley y nos beneficia la costumbre, en un determinado contexto institucional, tendamos a servirnos de ésta como “fuente del derecho” en lugar de la ley.

Un ejemplo dramático, permitirá advertir el argumento: ¿Por qué en el Perú los pobres y los ricos invaden terrenos para hacer sus casas? Desde el punto de vista de la teoría económica de las “fuentes del derecho”, lo que podemos sostener es que siendo la ley muy costosa, los ricos han comenzado a imitar a los pobres para adoptar la invasión de terrenos como un modo originario de adquirir propiedad. Empezaron los pobres en 1930 con Leticia y fueron sustrayéndose del cumplimiento de la ley hasta crear una cos-

tumbre tan fuerte que hasta los ricos recurren a ella hoy en día. ¡Qué son las playas de Asia, sino el triunfo definitivo de la costumbre sobre la ley como fuente del derecho! Primero hay una invasión, luego se produce una organización vecinal, que es igual a las asambleas de los pueblos jóvenes, después hay un reglamento y luego comienzan a hacer sus obras exactamente igual como en un pueblo joven. Lo que ha sucedido en la práctica es que se ha derogado a la ley de modo consuetudinario porque las “fuentes del derecho” tienen carácter competitivo.

Tal competencia no sólo afecta el terreno puramente civil, sino tiene consecuencias penales. La invasión es técnicamente una modalidad de usurpación. No obstante que la usurpación es un delito, no hay reproche moral para invadir. Sin reproche moral, no hay delito socialmente reprimible.

Un derecho generado centralmente, donde la ley es confundida con la realidad, lo que crea es desorden y no orden. Un derecho costoso produce tales incentivos en la sociedad que la gente para tratar de convivir busca alternativas, que las lleva a desobedecer la ley y satisfacer sus propios intereses. Por supuesto esta conducta no es ideal, pero es mejor que el pretender el cumplimiento de una ley eficiente.

Otro ejemplo no menos curioso es el relativo al de la construcción sobre terreno ajeno. En el Perú la presunción es que el dueño del suelo es dueño de la fábrica, según lo dispone expresamente el artículo 941° y siguientes del Código Civil. Sucede que en la práctica eso no es verdad. Siendo el 60% del área urbana del país informal, en esa área rige la presunción inversa: el dueño de la fábrica es el dueño del suelo.

En efecto, entre los informales –como el proceso de inversión hace que las titularidades sobre los terrenos se desarrollen a posteriori– termina adquiriendo el suelo quien edifica sobre él, y no viceversa como propone el derecho civil tradicional. Lo que ha pasado acá es análogo al caso anterior: siendo competitivas las “fuentes del derecho”, las personas se desplazan de la ley a la costumbre y de ésta a aquélla en función de su aptitud para satisfacer las preferencias individuales. Siendo incapaz la ley de servir a los designios de los usuarios del derecho, éstos se encargan de generar una costumbre que, al abrogar en la práctica la ley, invirtió exactamente la presunción.

Por cierto, en el derecho civil no tiene nada de novedoso sostener que la costumbre deroga a la ley.<sup>26</sup> De hecho, hasta las codificaciones del siglo XIX, tradicionalmente se habría admitido esta posibilidad. En el marco del predominio jusnaturalista, por lo demás, es perfectamente consistente suponer que cuando la ley colisiona con la costumbre, es de derecho natural que ésta predomine. Así, el Digesto, Las Leyes de Toro, La Recopilación y sus derivados reconocieron siempre que el desuso derogaba a las leyes y que la ley divina era siempre un límite infranqueable para ellas.

En el derecho comercial, sin embargo, la importancia de la costumbre como fuente del derecho siempre ha sido más clara que en el derecho civil y el constitucional, especialmente luego de la influencia del positivismo kelseniano que impuso la idea de que sólo la ley era fuente de derecho.

En el caso peruano, por ejemplo, el viejo Código de Comercio, que no es más que la reproducción del Código de Comercio español, recoge muy claramente la costumbre como fuente del derecho comercial a lo largo de todo su texto. Recientemente, además la consagra nuevamente en el proyecto de Ley Marco del Empresariado que pretende reemplazar a las disposiciones generales del Código de Comercio y que se encuentra en pleno debate en el Congreso de la República.

Sea como fuere, sin embargo, el sistema jurídico en su conjunto tiende a considerar el problema de las fuentes del derecho como uno estrictamente clasificatorio degradándose así la calidad del producto normativo en la sociedad.

La perspectiva económica, sin embargo, no hace una apreciación moral del problema. Lo que trata de destacar es el desplazamiento que las personas hacen de un proveedor de normatividad hacia otro en función de los costos y beneficios de cada uno.

En realidad, la “fuente del derecho” no sería más que una metáfora para presentar en lenguaje retórico el complejo problema de la provisión de normas en la sociedad. Quiera que este ensayo sea sólo una provocación para el inicio de un fructífero debate.

## NOTAS

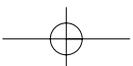
- 1 Savigny, Karl von, *De la Vocación de nuestro Siglo*, Madrid: Editorial La España Moderna.
- 2 Prólogo de A. Posada a Savigny, Op.Cit., pp. 13-14.
- 3 Nuñez, Estuardo, “La Influencia Alemana en el Derecho Peruano”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Lima, 1937.
- 4 Laclaun, Martín, “La Constitución de la Noción “Fuentes del Derecho” en el Pensamiento Occidental”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.
- 5 Duguit, León, *Las Transformaciones Generales del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Argentina, 1975.
- 6 Ross, Alf, *Lógica de las Normas*, Madrid: Ediciones Tecnos, 1975.
- 7 Paricio, Javier, *Historia y Fuentes del Derecho Romano*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
- 8 Cf. Quinodoz, Roberto Ramón, “Las Fuentes del Derecho; Diversas Acepciones de la Expresión”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año XV N° 76-77, Santa Fe, Argentina.
- 9 Cf. Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.
- 10 García Maynez, Eduardo, “Diálogo sobre las Fuentes Formales del Derecho”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo XI, N°41, Enero-Marzo de 1949, México D.F., pp. 17-18.
- 11 Savigny, K., Ob. Cit., pp. 72-73.
- 12 Hart, H.L., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 121.
- 13 Cf. Legaz y Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Bosh, pp. 525-526.
- 14 Mises, Ludwig von, *La Acción Humana*, Madrid: Unión Editorial, 1980, p.21.
- 15 Cf. Hayek, Friedrich, *Nuevos Estudios en Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1981, pp. 110-115.
- 16 Gherzi, Enrique, “El Costo de la Legalidad”, en *Revista de Estudios Públicos* N° 30, Otoño, Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 1988, pp. 84-110.
- 17 Cossio, Carlos, *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, 1954.
- 18 Genyi Francois, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Político Positivo*, Editorial Reus, 1925.
- 19 Hayek, Friedrich von, *Derecho, Legislación y Libertad*, Tomo I, Madrid: Unión Editorial, 1985 (2da. Edición), p. 185.
- 20 Cf. Lepage, Henri, “¿Cómo Canalizar el Crecimiento del Estado?”, en *Jornadas Hispano-Francesas sobre la Nueva Economía*, Madrid: Ed. Forum Universidad, 1980.
- 21 Cf. North, Douglass y Roger Leroy Millar, *Análisis Económico de la Usura, el Crimen, la Pobreza, etc.* México: Fondo de Cultura Económica, 1978.
- 22 Tullock, Gordon, *Trials on Trial: The Pure Theory of Legal Procedures*, 1980.
- 23 Posner, Richard, “Common Law Versus Statute Law”, en *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1990, pp. 247-261.

- 24 Priest, George, "The Common Law Process and The Selection of Efficient Rules", en *Journal of Legal Studies* 6, pp. 65-82.
- 25 Rubin, Paul (1977), "Why is the Common Law Efficient", en *Journal of Legal Studies* 6, pp. 51.
- 26 Cf. Cracogna, Dante, "Kelsen y El Problema de las Fuentes del Derecho", en *Revista Ius et Praxis* N°5, Lima:1985, pp. 5-9.

## Bibliografía

- Cossio, Carlos (1954): *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires.
- Cracogna, Dante (1985): “Kelsen y El Problema de las Fuentes del Derecho”, en *Revista Ius et Praxis* N°5, Lima, pp. 5-9.
- Duguit, León (1975): *Las Transformaciones Generales del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Argentina.
- García Maynez, Eduardo (1949): “Diálogo sobre las Fuentes Formales del Derecho”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Tomo XI, N°41, Enero-Marzo, México D.F., pp. 17-18
- Genyi Francois (1925): *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Político Positivo*, Editorial Reus.
- Gherzi, Enrique (1988 ):“El Costo de la Legalidad”, en *Revista de Estudios Públicos* N° 30, Otoño, Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, pp. 84-110
- Hart, H.L (1963): *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hayek, Friedrich von (1985): *Derecho, Legislación y Libertad*, Tomo I, Madrid: Unión Editorial, (2da. Edición).
- Hayek, Friedrich von (1981): *Nuevos Estudios en Filosofía, Política, Economía e Historia de las Ideas*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Kelsen, Hans (1946): *La Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Losada.
- Laclaun, Martín (1984): “La Constitución de la Noción “Fuentes del Derecho” en el Pensamiento Occidental”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social de la Asociación Argentina de Derecho Comparado*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Lepage, Henri (1980): “¿Cómo Canalizar el Crecimiento del Estado?”, en *Jornadas Hispano-Francesas sobre la Nueva Economía*, Madrid: Ed. Forum Universidad.
- North, Douglass y Roger Leroy Millar (1978): *Análisis Económico de la Usura, el Crimen, la Pobreza, etc.*, México: Fondo de Cultura Económica.

- Núñez, Estuardo (1937): "La Influencia Alemana en el Derecho Peruano", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Lima.
- Paricio, Javier (1995): *Historia y Fuentes del Derecho Romano*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces
- Posner, Richard (1990): "Common Law Versus Statute Law", en *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, pp. 247-261.
- Priest, George (1977), "The Common Law Process and The Selection of Efficient Rules", en *Journal of Legal Studies* 6, pp. 65-82.
- Posada, Adolfo: "Prólogo", en Savigny, Karl von, op. cit.
- Quinodoz, Roberto R.: "Las Fuentes del Derecho; Diversas Aceptaciones de la Expresión", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año XV N° 76-77, Santa Fe, Argentina.
- Ross, Alf (1975): *Lógica de las Normas*, Madrid: Ediciones Tecnos.
- Rubin, Paul (1977), "Why is the Common Law Efficient", en *Journal of Legal Studies* 6.
- Savigny, Karl von, *De la vocación de nuestro siglo*, Madrid: Editorial La España Moderna.
- Tullock, Gordon (1980): *Trials on Trial: The Pure Theory of Legal Procedures*, California University Press.



## COMPETENCIA INSTITUCIONAL Y CONTROL DE LOS CUSTODIOS

*Martín Krause\**

*Where possession has no stability, there must be perpetual war. Where property is not transferred by consent, there can be no commerce. Where promises are not observed, there can be no leagues nor alliances.<sup>1</sup>*

David Hume (1711-1776)

### Resumen

La creciente movilidad de los recursos y el proceso de competencia al que somete a los distintos marcos institucionales puede terminar cumpliendo la función que el modelo liberal clásico original parecería no poder cumplir en estos momentos. La competencia institucional agregaría un elemento más al control de los abusos de poder y, por lo tanto al control de los custodios. En respuesta a la tradicional pregunta sobre quién custodia a los custodios, podría entonces, ahora sumarse la respuesta: la competencia institucional.

### Abstract

The growing mobility of resources and the competitive process it creates for institutional frameworks may end up fulfilling the classical liberal role of controlling the state.

Institutional competition adds one more element to control the abuses of power and to control the custodians. In reply to the question of who custodies the custodians we could now add one answer: institutional competition.

---

\* Doctor en Administración, Universidad Católica de La Plata. Director del Centro de Investigaciones de Instituciones y Mercados de Argentina (CIIMA-ESEADE). martin@eseade.edu.ar

En términos generales, el desarrollo del modelo liberal clásico de república se dirigió a responder a la pregunta *quis custodiet pisos custodes?* Bastante tiempo ha pasado ya desde la elaboración de este modelo y, además, de su extensión y aplicación en una gran cantidad de países. Esto ha resultado en un respeto a los derechos del individuo y un nivel de vida como nunca antes se hubiera visto en la historia.

No obstante, este modelo liberal clásico ha recibido muchas críticas, no solamente desde distintas versiones que dan prioridad a la igualdad material sobre la libertad individual, sino también desde quienes también priorizan la libertad individual y la igualdad ante la ley. La principal crítica de estos últimos se centra en que dicho modelo, basado en la división de poderes, la alternancia en el poder, la revisión judicial de los actos de gobierno, etc., no ha podido evitar el crecimiento del tamaño y la intervención del Estado en todos los ámbitos de la vida.

Es más, dada la combinación del predominio de ideas redistribucionistas y un aparato estatal que se convierte en el centro de ese proceso, no parece haber perspectivas de un retorno al gobierno limitado a las funciones de protección y defensa de los derechos individuales, al menos por el momento.

No obstante, la creciente movilidad de los recursos y el proceso de competencia al que somete a los distintos marcos institucionales puede terminar cumpliendo la función que el modelo original parecería no poder cumplir en estos momentos. La competencia institucional, como se la tratará de describir en este ensayo, agregaría un elemento más, y bien importante, al control de los abusos de poder y, por lo tanto al control de los custodios. En respuesta a la tradicional pregunta sobre quién custodia a los custodios, podría entonces, ahora sumarse la respuesta: la competencia institucional.

### **El proceso de competencia**

El proceso de competencia en el mercado es un proceso dinámico que permite que se demuestren las preferencias de los consumidores y los productores pugnen por satisfacerlas. Esto genera “información”, que es transmi-

tida por medio del sistema de precios, guiando la asignación de recursos en el mercado hacia la satisfacción de esas preferencias. La competencia es motorizada por emprendedores que están “alertas” a la información que proviene del mercado y dispuestos a utilizarla para desarrollar sus iniciativas. Como la información en el mercado está dispersa entre todos sus participantes, ninguno de ellos tiene “poder” para determinar el resultado que se pueda obtener.

Esta competencia genera una eficiente asignación de recursos dado el conocimiento disponible, en la cual son los consumidores quienes van guiando las decisiones de los productores.

No obstante, para que los mercados funcionen es necesario que exista un marco jurídico de normas que permitan al mercado funcionar. En términos básicos son aquellas tres leyes fundamentales que señalara oportunamente David Hume: la estabilidad en la posesión (derecho de propiedad), su transferencia por consentimiento (libertad contractual) y el cumplimiento de las promesas.

Pero suele afirmarse que ciertos bienes no pueden ser provistos por los mercados, tienen características de lo que suele llamarse “bienes públicos”, los que debido a la incapacidad de exclusión y la no rivalidad en el consumo, no serían provistos en forma voluntaria por los mercados y, por lo tanto, deben ser provistos por el Estado. Entre otros que suelen mencionarse se hace referencia a menudo al mismo marco jurídico institucional.

Los Estados, no obstante, son monopolícos por definición. Así los describe Max Weber:

...debemos decir, sin embargo, que un estado es una comunidad humana que (exitosamente) reclama el monopolio del uso legítimo de la fuerza física en un cierto territorio.<sup>2</sup>

No obstante, de la misma forma que podemos afirmar que un monopolio en el mercado sería “ineficiente” en la medida que la falta de competencia podría permitirle cobrar “precios de monopolio” por productos o servicios que serían de cuestionable calidad, lo mismo sucederá en el caso

de un Estado. No sólo eso, en el mercado puede darse la situación de que en un momento determinado exista un solo oferente, quien ha alcanzado esa posición por ser más eficiente que los demás, pero no podría cobrar “precios de monopolio” porque eso alentaría el ingreso de competidores y el desvío de las decisiones de los consumidores hacia ellos, pero el monopolio del Estado, por ser el monopolio del uso de la fuerza, por definición impide el ingreso de otro competidor. Y cuando sucede lo llamamos “guerra” o “sedición interna”.

Sin embargo, aun cuando los gobiernos son organizaciones monopólicas y no están expuestas a la competencia, se encuentran compitiendo con otros Estados en el ámbito internacional, ya que los recursos productivos tienen movilidad y cierta capacidad de decidir dónde instalarse. Incluso un cierto grado de competencia se daría a nivel interno entre los distintos niveles de gobierno, particularmente en los Estados de carácter federal. Así lo expresa Albert Breton:

Intentaré probar empíricamente que los gobiernos son competitivos –que cada uno de ellos individualmente es internamente competitivo, que compiten entre sí y por último, aunque no por ello menos importante, que compiten con otras instituciones en la sociedad que se ocupan, como ellos, de la provisión de bienes y servicios. Que la competencia intra-, inter- y extra-gubernamental, en el proceso de llevar a la política hacia un resultado de equilibrio, actúa como un proceso de revelación de preferencias, o demanda, para productos o servicios provistos por los gobiernos y otras instituciones no gubernamentales. Hace esto construyendo vínculos o conexiones entre las decisiones sobre impuestos (ingresos) y gastos que deben realizar los gobiernos y los agentes no gubernamentales como proveedores de bienes y servicios. Como es bien conocido, Wicksell y Lindahl, seguidos por una generación de prominentes estudiantes del modelo de Finanzas Públicas que ellos construyeran, han reconocido que si emergieran conexiones genuinas entre las decisiones de ingresos y de gastos y si las funciones de demanda fueran entonces reveladas, la provisión pública (colectiva) de bienes y servicios sería eficiente (Breton, 1998:3).

Efectivamente, la competencia es un proceso, no un estado final. En el equilibrio no existiría ya competencia. En ese proceso competitivo se demuestran en el mercado las preferencias de los consumidores y se moviliza el accionar de los oferentes para satisfacerlas. Es un proceso que genera alta creatividad e innovación.

Sin embargo, Breton quiere llevar la idea demasiado lejos, ya que al asimilar los resultados del proceso de competencia en el mercado con el que se obtiene de la competencia intra, inter o extra-gubernamental está suponiendo que la esencia de los servicios gubernamentales es similar a la de los bienes y servicios que se adquieren en el mercado. En tal circunstancia, citando a Wicksell y Lindahl, la provisión pública de bienes y servicios sería eficiente porque se acomodaría en forma perfecta a las preferencias de los consumidores (votantes).

Este razonamiento nos presenta, no obstante, un problema, ya que estaría cuestionando la esencia misma del Estado. Esto es, ¿para qué haría entonces falta la coerción, aquella cuyo monopolio define la función específica del Estado?

En el ámbito de las acciones voluntarias, la “eficiencia” se obtiene en tanto y en cuanto los participantes ejercen su libertad de acción permitiéndoles acomodar sus acciones a sus preferencias. Es más, podemos decir que, siguiendo el concepto de “preferencia revelada”, los consumidores sólo “revelan” en sus acciones cuáles son sus preferencias. Para que ese reflejo sea exacto, no han de sufrir ninguna limitación, que no sea la de sus propios recursos, para la realización de los intercambios que les permiten satisfacerlas. ¿Cómo podríamos denominar “eficiente” a aquello que está basado en la coerción?

Explica así Breton el concepto de “eficiencia” de la economía del bienestar:

Sin prejuicio respecto a su relativa importancia, quisiera comenzar con una noción de eficiencia que puede ser llamada “de la economía del bienestar”, una concepción que se deriva de teorías de bienes públicos e imposición óptima. Según la primera de estas teorías, los bienes públicos son provis-

tos eficientemente cuando, para cada uno de ellos la suma de las tasas marginales de sustitución para las personas entre los bienes públicos y cierto numerario preseleccionado es igual a la tasa marginal de transformación entre los bienes y el numerario – al costo real de producción de los bienes. Esta condición eficiente de la provisión, sin embargo, no es obtenible porque, en el contexto de la provisión voluntaria que se postula, todos los ciudadanos tienen el incentivo a falsificar sus preferencias. Los “seudo” precios (Samuelson, 1969) o precios impositivos implícitos en las condiciones para la provisión eficiente no son tampoco factibles. Bajo estas circunstancias, la eficiencia en materia impositiva requiere que los ingresos necesarios para pagar los bienes públicos sean recaudados en la forma más neutral posible – esto es, de tal forma que se minimice la excesiva carga del impuesto (Breton, 1998:18).

Este concepto de eficiencia (que, para ser justos, el autor mencionado describe pero no necesariamente adhiere) acepta que la eficiencia en la provisión de bienes y servicios públicos según las preferencias de las personas es inalcanzable. En sus palabras, “que no hay una vinculación o conexión de conducta entre el volumen y la calidad de los bienes y servicios (incluyendo la redistribución) provistos por los gobiernos y los impuestos que recaudan para pagarlos” (Breton, 1998:19).

### **Competencia entre monopolios**

El proceso competitivo en el mercado genera eficiencia porque fuerza a los proveedores a prestar atención a los consumidores y sus necesidades. Esto sucede así porque aquellos necesitan la aprobación voluntaria de éstos últimos para poder realizar un intercambio que ha de resultar mutuamente beneficioso para que llegue a realizarse. En el ámbito de las acciones del Estado eso no sucede porque quien ofrece los servicios no requiere de esa aprobación, al menos en forma directa. Esta desvinculación entre prestación y pago está en la raíz del problema y en tanto y en cuanto esa

desvinculación exista el problema del “Leviatán” estará presente.

En tal sentido, el proceso de competencia intra-, inter- y extra-jurisdiccional actúa como un mecanismo adicional para el control del poder ya que establece límites a lo que éste puede realizar sin el consentimiento explícito de los ciudadanos. En la medida que la movilidad de los factores ejerce presiones positivas y negativas, introduce un mecanismo de premios y castigos que fuerzan al gobernante a prestar atención a esos movimientos y actuar en consecuencia.

Pero estamos hablando de monopolios territoriales, con una imperfecta (aunque creciente) movilidad por parte de los ciudadanos y con imperfecta información respecto a los costos y beneficios provenientes de las distintas jurisdicciones debido a la ausencia de precios en estos servicios. Por eso es que la competencia genera mejores condiciones en tanto y en cuanto el individuo puede trasladarse pero, al mismo tiempo, estamos lejos del grado de competencia que existe cuando sin necesidad de hacerlo el individuo puede optar entre un producto o servicio y otro. Un caso similar al comentado sería el existente en algunos países en relación a las concesiones de servicios telefónicos en redes donde existen distintos proveedores pero cada uno de ellos con un monopolio regional: el individuo puede ejercer su poder de opción trasladándose de una región a otra pero no dentro de una misma.

No obstante, como hemos visto, ese traslado existe y se hace más intenso a medida que se reduce el tamaño de la jurisdicción a cargo de la provisión del servicio. De allí que las bondades de la descentralización vayan más allá que el conocimiento de las condiciones específicas de tiempo y lugar al permitir un incremento proporcional de la movilidad y, por ende, de la competencia.

### **La “salida” y la “voz”**

La economía de mercado es altamente eficiente cuando sus participantes pueden iniciar o terminar relaciones de producción e intercambio entre sí.

En otros términos, pueden “entrar” o “salir” de esas relaciones. Si un determinado bien o servicio ofrecido por un productor es considerado “peor” en comparación con otros producidos por otros productores, el consumidor simplemente ejerce su opción de “salida” y elige alguno de los otros proveedores. Este mecanismo de la competencia, que traslada ganancias a aquellos que mejor satisfacen las necesidades de los consumidores, garantiza la existencia de los bienes y servicios deseados y la asignación de recursos hacia la producción de los mismos es atraída por los mayores niveles de ganancias. Los productores se encuentran siempre presionados a lograr la eficiencia por la competencia existente. Esta es básicamente la lógica del mercado como la desarrollara Adam Smith. Este enfoque fue por primera vez extendido hacia el análisis de la eficiencia de los gobiernos locales por Tiebout en 1956, asimilando el consumidor al votante quien, de la misma forma en que elige en el mercado el que considera mejor bien o servicio según sus necesidades, elige la comunidad “que mejor satisface sus preferencias por bienes públicos” (Tiebout, 1988:183). Según Tiebout, a nivel del gobierno central las preferencias del consumidor-votante están dadas y el gobierno trata de ajustarse a las mismas (que el gobierno tenga ese único objetivo, si es que lo tiene, sería seguramente objetado por los autores del “public choice”. Tiebout adopta del paradigma neoclásico el concepto del “dictador benevolente” que sólo persigue el “bien común”. Por otro lado, su mismo argumento podría extenderse hacia la competencia entre distintos Estados “nacionales” en la medida que la migración sea posible y los gobiernos centrales estarían también sujetos a la competencia de otros gobiernos nacionales en la provisión de servicios, algo que las corrientes migratorias parecen confirmar], mientras que en el ámbito de los gobiernos locales éstos tienen sus ingresos y gastos más o menos fijados y el consumidor-votante se traslada al gobierno local que mejor satisfaga su juego de preferencias. Cuanto mayor sea el número de comunidades y mayor la diferencia entre ellas, más se acercará el consumidor a alcanzar su posición preferencial, como en el mercado.

Así, la opción de “salida” reemplaza a la prueba del mercado de la preferencia para comprar un determinado bien o servicio lo que garantiza, enton-

ces, que cada localidad tendría el sistema de ingresos y gastos que refleja los deseos de sus residentes (p. 185). Es decir, como el mercado alcanza la “eficiencia”, la competencia entre gobiernos locales también la alcanza a ese nivel de gobierno. Tiebout parafrasea a Samuelson diciendo que “cada individuo, buscando como comprador competitivo alcanzar los mayores niveles de indiferencia dados precios e impuestos, será guiado como por una Mano Invisible a la gran solución del óptimo social”.

Los autores de la escuela del “public choice” o la “economía política constitucional” no asumen el carácter benevolente del gobierno y presentan el mismo argumento de Tiebout pero con un enfoque diferente. Según ellos, la lógica del análisis de Adam Smith es la misma que la de los Papeles Federalistas. Ambos contienen el supuesto que los individuos, incluyendo a los funcionarios de gobierno, actúan en pos de su propio interés y que tratarán de utilizar al poder gubernamental en ese sentido a menos que estén restringidos por la posibilidad de que la gente pueda buscar protección o preferir a otros funcionarios de otros niveles o regiones.

Así Brennan y Buchanan (1987), Bish (1987), Buchanan (1995/96) y Vaubel (1999) destacan que el proceso de competencia entre los gobiernos locales, la posibilidad que presenta la opción de “salida”, limitaría las posibilidades de los gobiernos locales de explotar a sus ciudadanos y empresas. Y destaca Buchanan que no resultaría necesario que esa opción sea ejercida por una gran parte de la población sino que los efectos se sentirían igual con una proporción relativamente pequeña de los mismos. Aun los ciudadanos y empresas que nunca considerarían trasladarse serían protegidos por la reconocida existencia de aquellos que marginalmente están dispuestos a hacerlo. En este sentido, el federalismo y la descentralización servirían para limitar las posibilidades de abuso tanto del gobierno federal como de los gobiernos locales, del primero porque los recursos se encuentran repartidos entre distintos niveles de gobierno, de los segundos porque existe la posibilidad de movilizarse.

El análisis en el marco de los conceptos de “salida” y “voz” fue desarrollado en el trabajo seminal de Hirschman (1970). Este autor señala que hasta ese momento la ciencia económica había concentrado su análisis en

el mecanismo de “salida”, el cual promueve la eficiencia en el mercado, interpretando tal salida como la decisión del consumidor de dejar de lado un determinado producto o servicio cuando su calidad no le satisface o también cuando ciertas personas abandonan una firma. Como resultado de esto los ingresos de la firma caen, se reducen sus clientes o miembros y los administradores son forzados a buscar formas de corregir las fallas que ocasionaran esta deserción.

Por otro lado, la ciencia política se ha concentrado en el mecanismo de “voz”, es decir, de la forma en que los individuos, como ciudadanos, expresan su aprobación o descontento con determinadas políticas y proceden a la elección de sus representantes.

No obstante, señala Hirschman, ambos mecanismos están vigentes tanto en uno como en otro campo: la “voz” está presente en el mercado cuando los clientes o miembros manifiestan directamente su insatisfacción por la calidad de los productos y servicios a los administradores y la “salida” está presente en el ámbito de las decisiones políticas cuando los ciudadanos, mediante su movilidad, se desplazan desde aquellas jurisdicciones que ofrecen servicios de baja calidad o costos hacia aquellas con mejor oferta.

Buchanan señala, además, que aun si los ciudadanos y las empresas no están dispuestos a ejercer la opción de “salida”, la existencia de pequeñas unidades de jurisdicción gubernamental mejora la otra opción, la de “voz”, es decir expresar su opinión vía los mecanismos democráticos de gobierno ya que un voto resulta más decisivo en un electorado de cien que en uno de mil o de un millón. Además, es más fácil organizar un pequeño grupo que puede resultar en una coalición ganadora en una jurisdicción pequeña. Aun si no se utilizara la opción de “salida”, existiría la de “salida virtual” que es la observación de cómo se manejan las cosas en otras jurisdicciones y los efectos que esto pueda tener en el proceso político interno. Asimismo, si bien la salida fue importante, especialmente en el caso de Alemania, la observación de las economías, la cultura y la política en los países occidentales por los ciudadanos de Europa Central y Oriental cumplió un papel destacado en las revoluciones de 1989-91.

Por otro lado, la “salida” no tendría que ser necesariamente física, o

sea requerir el traslado físico del individuo o la empresa para garantizar la competencia. Kobayashi y Ribstein (1997) afirman que la existencia de distintos sistemas legales en un Estado federal origina una competencia potencial entre los mismos, en tanto y en cuanto las personas y empresas puedan elegir la jurisdicción legal de su relación contractual. Esto es evidente en el ámbito del comercio y las finanzas internacionales donde las partes eligen en muchos casos la autoridad judicial a la que se someterán en caso de disidencias con respecto al cumplimiento del contrato; pero también sucede entre Estados siendo un ejemplo de esto el establecimiento legal de las empresas en los Estados Unidos, las que eligen los Estados que les otorgan mejores sistemas legales, no siendo los mismos en los que la empresa tiene su sede central y sin ni siquiera tener que contar con operaciones en ese Estado.

Desde el ámbito de la filosofía política, Nozick ([1974]1988) considera el modelo Samuelson/Tiebout en el marco de su análisis de las utopías y se pregunta si el proceso competitivo proseguiría indefinidamente. De no ser así, el alcanzar el óptimo de la competencia significaría la existencia de lo que denomina “mundos estables” y se pregunta cuáles serían sus características. En principio, ninguno de los habitantes del mundo puede imaginar otro mundo en el cual desearían vivir. En tal mundo “estable” uno no podría establecerse como monarca absoluto explotando a los demás porque ellos estarían en una posición mejor formando una nueva asociación sin uno. En otras palabras, sería un mundo del cual nadie querría “salir” y en el que nadie aceptaría mi ingreso si es que voy con intenciones de obtener de mi asociación más de lo que estoy dispuesto a poner en ella. Asimismo, siendo que “las personas divergen con relación a los valores que tienen y atribuyen diferentes pesos a los valores que comparten”... “no hay ninguna razón para pensar que hay una sola comunidad que sirva como ideal para todas las personas, y muchas razones para pensar que no la hay” (pp. 298). Los utopistas siempre trataron de desarrollar sociedades sencillas, pero homogéneas. Si tenemos en cuenta las diferencias entre las personas, en cambio, las verdadera utopía son “muchas utopías” diferentes, o en nuestros términos, descentralizadas.

¿Porqué no habría tantas sociedades como personas? Nozick parece seguir, aunque sin mencionarlo, a Coase ([1937] 1996) ya que señala que “en el mundo real hay costos de información para descubrir qué otras comunidades hay, y cómo son, así como costos de traslado y de viaje para ir de una comunidad a otra” (pp?). Ya hemos mencionado porqué no habría una sola y Nozick termina afirmando que habría muchas, con gran diversidad, y que utopía es metautopía, el medio en el cual los experimentos utópicos pueden ser ensayados.

### **Competencia institucional**

Llamamos “instituciones” a las normas que nos permiten coordinar las acciones de los individuos en la sociedad, las que nos dan previsibilidad respecto a las acciones de los demás. Según Benson,

Las costumbres y prácticas dan origen a expectativas, que a su vez guían las acciones de la gente, por lo que esas prácticas que la gente espera observar es lo que, a menudo, se reconoce como ley. La autoridad de (o el apoyo a) un sistema legal deriva en última instancia de un sentimiento de que es “correcto” debido a que verifica las expectativas. Desde esta perspectiva de la autoridad resulta claro que los acuerdos recíprocos son la fuente básica de reconocimiento del deber de obedecer la ley...(Benson,1989).

Algunos autores sostienen que las instituciones surgen para complementar la tarea de mecanismos como la reputación (Milgrom, North y Weingast, 1990). En particular, los citados autores sostienen que en una comunidad extendida y amplia sería muy costoso mantener informados a todos sobre las acciones que dan como resultado una determinada reputación, por lo que se desarrolló el sistema de jueces privados para promover la resolución de disputas y proveer la información estrictamente necesaria para permitir que el mecanismo de la reputación funcione adecuadamente:

...nuestro principal argumento que las instituciones surgen a veces para que los mecanismos de la reputación sean más efectivos comunicando información parece fuera de disputa. La Mishipora, descrita en el Talmud hebreo, según la cual aquellos que no cumplían sus promesas eran castigados con la denuncia pública; el uso del “clamor y grito” para identificar a los tramposos en la Inglaterra medieval; la famosa “*Scarlet Letter*” descrita en la obra de Hawthorne y los cepos y latigazos públicos en la Nueva Inglaterra del siglo XVII, que eran utilizados a veces para castigar a comerciantes locales descarriados, son todos ejemplos de instituciones y prácticas cuyo objetivo principal es proveer información a la comunidad sobre los que han violado las normas.

Tomemos el caso de las normas de tránsito, donde a todos los conductores les conviene contar con alguna convención, ya sea conducir por la derecha o por la izquierda. Encuentros repetidos darán nacimiento a dicha convención. Pero algo más, una vez que esa convención se haya establecido puede resultar muy costoso cambiarla, por más que no sea la más eficiente.

Es lo que se denomina *path dependence* y para la cual se han citado casos como los del tablero QWERTY de máquinas de escribir o computadoras o la norma VHS de videocasetes.

La coordinación de las actividades económicas individuales en los mercados puede, a veces, resultar irreversible debido a las tendencias auto-reforzantes asociadas con ‘externalidades de red’, ‘aprendizaje con el uso’ y otras instancias que dan origen a retornos crecientes por la adopción y aplicación de una solución o estándar entre varios distintos que compiten entre sí. Los retornos crecientes pueden entonces ‘encerrar’ el desarrollo de tal forma que otras decisiones de adopción y aplicación van a favorecer la misma solución o estándar, aun si no resulta ser la más efectiva. El fundamento de este fenómeno es la multiplicidad de posibles soluciones tecnológicas, y los retornos crecientes de su adopción y aplicación que inducen la interdependencia entre las decisiones de los agentes. Esto significa que, en lugar de un

único equilibrio de coordinación que supuestamente existiría bajo los supuestos neoclásicos, la tecnología implica aquí una multiplicidad de equilibrios mutuamente excluyentes o, para denotar el carácter dinámico del problema, atractores. El fenómeno es bastante típico de la clase de problemas que surgen de la dinámica no-lineal. Implica ‘*path dependency*’, un rasgo importante de la evolución (Witt, 1994: 546).

Desde ese punto de vista las instituciones sociales son el resultado de conductas regulares no planificadas por los individuos para hacer frente a los problemas que enfrentan.

Las instituciones, o normas, o convenciones, pueden ser de dos tipos: formales e informales. Las informales son aquellas que normalmente asociamos con la “cultura” y las normas éticas, las que se transmiten de generación en generación por medio de la enseñanza y el aprendizaje.

La diferencia entre limitaciones informales y formales es de grado. Imaginemos un *continuum* de tabúes, costumbres y tradiciones en un extremo y en el otro, constituciones escritas. La marcha, larga y dispareja, de tradiciones y costumbres no escritas a leyes escritas ha sido unidimensional conforme nos hemos movido de sociedades menos complejas a más complejas, y está claramente relacionada con la creciente especialización y división del trabajo asociada con sociedades más complejas (North 1993:66).

Su objetivo, en última instancia, sería ahorrar costos de información en relación con las actitudes de terceros. Para que las relaciones sociales sean ordenadas, los actores deben poder formarse expectativas con cierta probabilidad de ser correctas sobre las acciones de otros, deben poder comprobarlo y permitirle ajustarlas a las nuevas circunstancias. Desde este punto de vista las instituciones son mecanismos de comunicación por medio del cual un individuo, ajustándose a cierta norma o institución, envía información hacia los demás para que estos puedan guiar sus acciones que tengan que ver con el emisor.

Este objetivo de brindar información es similar al que Hayek atribuye

al mecanismo de los precios, precisamente una de las “instituciones” fundamentales para alcanzar una adecuada coordinación de acciones dirigidas a resolver los problemas que la escasez genera:

Las diversas formas en que este conocimiento sobre el cual las personas basan sus planes les es comunicado, es el problema crucial para cualquier teoría que explique el proceso económico. El problema de decidir cuál es la mejor manera de utilizar el conocimiento que inicialmente se encuentra disperso entre toda la gente es, cuando menos, uno de los principales problemas de la política económica o, lo que es lo mismo, del intento de diseñar un sistema económico eficiente.

Debemos ver el sistema de precios como un mecanismo para comunicar información si deseamos comprender su verdadera función...

[El sistema de precios] tiene el doble infortunio de no ser producto de la deliberación humana y de que las personas que se guían por él generalmente no saben porqué son inducidos a hacer lo que hacen. Pero aquellos que exigen ‘dirección consciente’ y quienes no pueden creer que algo que ha evolucionado sin acciones conscientes (y aun sin que los comprendamos) puede resolver problemas que no podemos resolver conscientemente, deben recordar esto: el problema consiste precisamente en cómo extender nuestra utilización de recursos más allá del campo del control consciente, y cómo crear incentivos para que los individuos hagan lo que es deseable sin que ninguno tenga que decirles lo que tienen que hacer (Hayek 1945).

Hayek señala entre otras instituciones que son el resultado de la acción espontánea evolutiva nada menos que al lenguaje, la moneda, el derecho de propiedad, el comercio, la *lex mercatoria* que rige los intercambios internacionales y la misma *Common Law*:

Para captar adecuadamente el íntimo contenido del orden que caracteriza a la sociedad civilizada, conviene advertir que este orden, lejos de ser fruto de designio o intención, deriva de la incidencia de ciertos procesos de carácter espontáneo. Vivimos en una sociedad civilizada porque hemos llegado a

asumir, de forma deliberada, determinados hábitos heredados de carácter fundamentalmente *moral*, muchos de los cuales han resultado siempre poco gratos al ser humano –y sobre cuya validez e intrínseca eficacia nada sabía–. Su práctica, sin embargo, fue generalizándose a través de procesos evolutivos basados en la selección, y fue facilitando tanto el correspondiente aumento demográfico como un mayor bienestar material de aquellos grupos que antes se avinieron a aceptar este tipo de comportamiento. La no deliberada, relucante, y hasta dolorosa sumisión del ser humano a tales normas facilitó a dichos entornos sociales la necesaria cohesión gracias a la cual accedieron sus miembros a un superior nivel de bienestar y conocimientos de diversa especie, lo que les permitió ‘multiplicarse, poblar y henchir la tierra’ (*Génesis*, I, 28). Quizá sea este proceso la faceta más ignorada de la evolución humana (Hayek 1990:33).

En términos de la teoría de los juegos bien podríamos plantear los conceptos del párrafo anterior sosteniendo que juegos no cooperativos del tipo ‘dilema del prisionero’ realizados en forma repetitiva en cantidad indefinida dan lugar a equilibrios cooperativos. Esas estrategias presentan, como demostrara Axelrod, viabilidad inicial (es decir pueden surgir en un entorno de no-cooperadores), robustez (ya que las estrategias no amables no permiten obtener mejores resultados que ellas) y estabilidad (ya que rechaza invasiones de estrategias ‘no amables’ o, en otros términos presentan la característica de la *path dependence*).

Esos equilibrios, sin embargo, no necesariamente llevan a un óptimo de Pareto. Como lo demuestra el “teorema popular”, los resultados pueden ser muy diversos, favorables, no necesariamente óptimos, lo cual explicaría además la existencia y la persistencia de una amplia variedad de instituciones, algunas cuya ineficiencia parece evidente para el observador externo. No obstante, resulta claro que ciertas instituciones permiten a las sociedades que las adoptan alcanzar mejores niveles y calidad de vida.

Existe una visión negativa del proceso de competencia ínter jurisdiccional que asume lo contrario: ésta llevaría a una “carrera hacia el fondo”, reduciendo los servicios gubernamentales a niveles inferiores de los que

serían preferidos por los ciudadanos. Las necesarias acciones competitivas de algunos gobiernos generarían “externalidades”, ya que una determinada jurisdicción podría mejorar el bienestar de sus ciudadanos por medio de la competencia fiscal, reduciendo impuestos y atrayendo recursos, que serían perdidos por otras jurisdicciones, cuyos ciudadanos verían su bienestar reducido (Zodrow y Mieszkowski (1986); Wilson (1986).

Si un gobierno no estuviera expuesto a este tipo de competencia, se afirma, elevaría sus impuestos hasta el punto en que la provisión de bienes públicos fuera óptima. Estos modelos, basados en la teoría de la provisión eficiente de bienes públicos de Paul Samuelson, afirman que en ausencia de competencia el gasto público llegaría hasta el punto en donde el beneficio marginal de una unidad de gasto adicional se iguala con el costo marginal de proveerla.

La existencia de competencia inter-jurisdiccional distorsionaría este equilibrio ya que no se trataría solamente de considerar el costo directo de una unidad de gasto adicional sino también el costo indirecto que resulta de la salida de recursos hacia otras jurisdicciones. Esto daría como resultado un equilibrio “sub-óptimo”.

El gobierno que iniciara una política “competitiva” atraería recursos y mejoraría la situación de sus ciudadanos, a expensas de los otros. Pero este equilibrio no sería estable, ya que es de esperar la respuesta competitiva por parte de otros en una carrera que lleva a la reducción generalizada de programas públicos valiosos. Considerado el mundo en su conjunto, nos encontraríamos en una situación en que el gasto público es sub-óptimo ya que quedarían relegados programas cuyo BM es superior a su CM.

Se deriva de este análisis la necesidad de “armonización” de las políticas regulatorias y fiscales, en particular de reglamentaciones sobre el funcionamiento de los mercados (de productos, laborales) y de tasas impositivas.

No obstante, estas teorías presentan varios problemas:

1. La cantidad de capital global es considerada fija, lo que un país gana el otro lo pierde, y no se tiene en cuenta la creación de riqueza que un mayor grado de ahorro e inversión generan. Se discuten los efectos de repar-

- tir la torta y se olvidan los efectos de su crecimiento (Teather, 2005:47).
2. Se considera solamente la relación entre BM y CM para los programas de gasto público pero no se los compara con los BM y CM de los proyectos privados que se realizan a partir de los recursos que una reducción de cargas fiscales generaría, esto es, el costo de oportunidad de los recursos en cuestión.
  3. Tal vez la debilidad más fuerte sea el supuesto de que el gasto público es perfectamente eficiente, que se puede establecer cuál es el BM y CM “social” que maximiza las preferencias de los ciudadanos, que los objetivos del Estado son alcanzar esa maximización y que, por último, es capaz de hacerlo, desconociendo todas las contribuciones del public choice.

Pero si los gobiernos no son perfectamente benevolentes y actúan como todo monopolista quiere decir que el nivel de gasto público estará lejos de ser óptimo, por lo que sujetarlos a la competencia permite controlar sus excesos y alcanzar un mayor grado de eficiencia de la que tendrían en su ausencia. En ese lenguaje, la competencia acercaría, más que alejaría, al óptimo.

### **Globalización y competencia**

Lo que actualmente llamamos “globalización” es un fenómeno producido por la mayor movilidad de los recursos como resultado de los avances tecnológicos y la remoción de las barreras regulatorias que reducían esa movilidad.

Desde 1987 las exportaciones han crecido desde el 16 al 27% de la economía global, las inversiones directas “externas” se han triplicado y las inversiones financieras se han quintuplicado. El número de turistas se ha duplicado en las dos últimas décadas. Las comunicaciones internacionales han explotado: el tráfico internacional telefónico ha crecido unos 40.000 millones de minutos en 1991 a 140.000 millones en 2004, los usuarios de Internet que apenas existían en ese año se acercaban a los 900 millones en 2005.

Los consumidores tienen ahora más opciones, conocen otras posibilidades, esto incrementa la competencia entre los productores lo que, a su vez, fomenta la creatividad, la innovación y el aumento de la productividad. Esa competencia fuerza a los productores a buscar aquellos lugares que presenten las mejores condiciones para la producción, que no son otras que las derivadas de aquellas tres leyes que David Hume planteara y comentáramos al comienzo de este trabajo.

*La globalización, entonces, somete a los países a la competencia, y éstos compiten ofreciendo “marcos institucionales” para atraer los recursos cuya movilidad ha acelerado la globalización. Tanto sea para atraer recursos externos como para retener a los propios. Los países que pueden ofrecer esas condiciones reciben recursos, los que no, los expulsan (personas, capitales, ideas, innovaciones, tecnologías).*

¿Cuáles son esos marcos institucionales y cómo se desempeña la Argentina en cada caso? Es muy difícil medir la “calidad institucional” de un país ya que se trata de un concepto “cualitativo” y, además, determinado por muy diferentes variables. Existen, no obstante, una serie de indicadores comparativos que nos permiten tener una idea de lo que estamos hablando, los que abarcan una gran cantidad de variables.

Los considerados a continuación son los índices de libertad económica, el índice de competitividad global, el índice de percepción de la corrupción, el informe sobre la libertad de prensa, el indicador de “voz” y de rendición de cuentas, el índice de vigencia del derecho (*rule of law*), y el índice de calidad institucional.

### *I. Índices de Libertad Económica*

Existen dos indicadores de este tipo: uno es realizado por James Gwartney de Florida State University y Robert Lawson de Capital University con la colaboración de Erik Gartzke de Columbia University, publicado por el Fraser Institute de Canadá y la colaboración de un gran número de institutos de investigación en todo el mundo; el otro lo elaboran Marc Miles, Edwin Feulner y Ana Isabel Eiras de la Heritage Foundation y Mary Anastasia O’Grady

del Wall Street Journal, publicado por estas dos organizaciones con la colaboración, también, de un gran número de instituciones de todo el mundo.

Si bien tienen un objetivo similar, difieren levemente en su metodología, en las variables que tienen en cuenta y, por ende, en sus resultados. Los dos hacen énfasis en utilizar para cada una de las variables, informes y trabajos de organismos internacionales o institutos de reconocido prestigio y neutralidad.

Existen algunas diferencias entre ellos, pero más importante que analizarlas es determinar si tiene sentido el hecho de que hayan sido seleccionadas en cada caso, y cómo se vinculan con la “calidad institucional” a la que estamos haciendo referencia en este trabajo. Veamos:

1. Tamaño del gobierno (Fraser) o Intervención del gobierno en la economía (Heritage/WSJ): su importancia deviene de comprender que cuanto menor es el papel que cumple la elección personal y los mercados para asignar recursos hacia la producción de bienes y servicios, mayor es la discrecionalidad de los funcionarios y las áreas que están sujetas a sus propias decisiones. Esto genera una mala calidad institucional porque suele desviar la atención de las funciones del Estado hacia tareas que no le corresponden y a desatender aquellas que son fundamentales (justicia, seguridad). El mayor tamaño del Estado también aumenta las posibilidades de corrupción y alienta las actividades de lobby, ya que toda actividad está sujeta a cierta supervisión.

La mayor participación estatal, además, incrementa el “poder político” que en nuestras regiones suele también concentrarse en la figura del líder popular, el que tiene así un gran control de las actividades sociales. Esto resulta en una mala calidad institucional porque se convierte en el “gobierno del líder”, no ya el “gobierno de la ley”. Esta situación brinda muy poca previsibilidad, ya que los líderes cambian sus políticas, o inevitablemente se cambia de líderes y reina la inestabilidad institucional.

2. Estructura legal y respeto al derecho de propiedad:

Este es un aspecto fundamental, una de las tres leyes de Hume y de fácil comprensión. En la medida que no existe una adecuada estructura legal que permita la defensa de la propiedad cualquier abuso es posi-

ble. Si extendemos el criterio de propiedad en el sentido lockeano, de que los derechos individuales parten de la propiedad que se tiene sobre el propio cuerpo y mente, entonces todos los ahora llamados “derechos humanos” están claramente ligados al derecho de propiedad. Los indicadores aquí considerados prestan atención más bien a la propiedad sobre cosas ajenas al cuerpo y mente, pero son las que se obtienen con el fruto del propio esfuerzo. El respeto a los derechos humanos se completará más adelante con otro indicador, pero es importante tener en cuenta que si la justicia no funciona para defender este derecho de propiedad, si no hay una justicia independiente e imparcial respecto a la propiedad de los ciudadanos, es muy probable que tampoco exista para defender sus derechos humanos.

3. Una moneda confiable:

Se desprende del anterior. Sin una moneda confiable se pierde el capital, los ahorros y el fruto del propio trabajo. El objetivo de las instituciones es, precisamente, proteger eso, y la moneda es una “institución” fundamental que nos permite multiplicar los intercambios y la cooperación en el mercado. Si el Estado impone en primer lugar la obligación de usar la moneda estatal (curso forzoso) y luego deteriora el valor de la moneda impidiendo además que los ciudadanos se protejan utilizando otra, está minando un elemento institucional de sustancial importancia.

El deterioro del valor de la moneda termina corrompiendo las instituciones porque se trata de un impuesto que no es votado por ningún parlamento, distribuye ingresos de acreedores a deudores, confisca la propiedad y viola la libertad económica de los ciudadanos.

4. Libertad de comercio/Política comercial:

Ninguno de nosotros cuestiona las bondades de que los ciudadanos de la ciudad de Chaco comercien con los ciudadanos de la ciudad de Corrientes, o que los vecinos de Vicente López lo hagan con los de Belgrano. Cualquiera que se interpusiera en el medio de estas transacciones estaría violando los derechos de las partes a intercambiar libremente el fruto de su trabajo.

No obstante, por alguna razón cuando se trata de un ciudadano argentino comerciando con uno peruano o guatemalteco la situación es distinta y el individuo ya no es libre de comerciar, aunque los beneficios de tal intercambio sean los mismos para ambas partes que cuando se trata de los primeros ejemplos presentados.

Las barreras al comercio internacional se encuentran entre los principales mecanismos de deterioro institucional porque generan incentivos para que ciertos sectores obtengan “privilegios” a través de aranceles proteccionistas, cuotas y otras barreras al comercio. El deterioro institucional que imponen proviene de la misma palabra, ya que “privilegio” viene de “ley privada”, todo lo contrario a una ley de carácter general que demanda una buena constitucionalidad.

Las barreras al comercio, además, generan todo tipo de corrupción, la que se está presente desde las Aduanas hasta los legisladores o funcionarios que sancionan estas normas.

#### 5. Regulaciones:

Las leyes, en general, deberían estar dirigidas a proteger los derechos de los ciudadanos, su propiedad, y la libertad y cumplimiento de los contratos. Otro tipo de normas serían las que se dictan para administrar los recursos del Estados que se dedican con ese objetivo.

Pero las regulaciones tienen otro sentido, el de interferir en las transacciones de los individuos con objetivos que son ajenos a las partes que contratan para buscar alcanzar otros desviando al mercado y promoviendo otros objetivos que supuestamente, el regulador conoce y que serán superiores a los beneficios de las partes.

Las regulaciones, no obstante, terminan alcanzando otros objetivos, lejos de aquellos que incluso reguladores bien intencionados se plantearon. De la misma forma que las trabas al comercio internacional terminan actuando como “privilegios” para reducir o eliminar la competencia y obtener una rentabilidad mayor.

Normalmente se afirma que son necesarias para que exista “control” en el mercado, pero lo cierto es que el mejor control que puede existir es el del consumidor y su capacidad de elección. Al poder elegir entre un

producto y/o servicio y otro pone en competencia a los distintos proveedores, obligándolos a obtener su aprobación y forzándolos a acomodar sus productos y servicios a las necesidades del consumidor. La competencia es el mejor “control” posible. La regulación quita el control de mano de los consumidores para ponerlo en manos de los funcionarios, aumenta el poder de éstos, quienes incluso si tuvieran la mejor de las intenciones, no tienen la información suficiente como para controlar adecuadamente.

Además de la potencial corrupción que esto puede generar, termina distrayendo la atención de los funcionarios públicos respecto a los servicios fundamentales que deberían estar brindando a la población.

Los dos trabajos aquí citados difieren levemente en las variables que toman en cuenta y en aspectos metodológicos, por lo que llegan a resultados comparativamente diferentes. En el caso de Heritage/WSJ toman en cuenta 50 variables económicas independientes, las que son agrupadas en las 10 áreas que se reportan más arriba para 161 países. Cada una de esas áreas recibe la misma ponderación; esto es los diez factores tienen la misma importancia. En el estudio del Fraser Institute, se toman en cuenta 21 variables, que junto a sus diferentes componentes hace un total de 38 indicadores, los que resultan clasificados en cinco áreas principales para 127 países. No obstante, nos dan una buena idea de la situación relativa de la Argentina y el resto de los países de América Latina en relación al mundo. (Ver los resultados para el año 2006 en el Cuadro 1.)

Ambos estudios coinciden en ubicar a Chile en primer lugar, aunque el segundo es para Trinidad & Tobago y Bahamas en un caso y El Salvador, Panamá y Costa Rica en el otro. Uruguay aparece en una posición relativamente similar, también Guyana, Argentina, Paraguay y Venezuela, este país en los últimos lugares en ambos casos.

En cuanto a cuáles son los países que ocupan los primeros lugares, para los dos índices los dos primeros puestos corresponden a Hong Kong y Singapur, en ese orden, luego difieren en el ordenamiento pero en las primeras posiciones se destacan: Luxemburgo, Estonia, Nueva Zelanda, Irlanda, Reino Unido, Dinamarca, Suiza, Islandia, Australia y Estados Unidos.

<b>CUADRO 1. Índices de Libertad Económica comparados (2006)</b>		
	<b>Índice Heritage/WSJ</b>	<b>Índice Fraser</b>
<b>América Latina</b>	Posición relativa	
Chile	11	20
Trinidad y Tobago	23	53
Bahamas	23	48
Barbados	28	80
El Salvador	29	30
Uruguay	33	40
Jamaica	45	40
Panamá	47	30
Mexico	48	60
Costa Rica	51	30
Belice	56	68
Nicaragua	61	70
Perú	63	48
Guatemala	68	60
Brasil	70	88
Colombia	73	109
Guyana	89	74
Argentina	95	74
Paraguay	99	74
República Dominicana	100	111
Ecuador	108	95
Honduras	110	63
Bolivia	112	63
Suriname	130	
Haiti	134	90
Venezuela	144	126
Cuba	156	
Fuentes: Gwartney et al. (2006); Miles, et al. (2006).		

## II. Índice de Competitividad Global

Elaborado por el *World Economic Forum* este índice está compuesto por tres subíndices: Requerimientos Básicos (Instituciones, Infraestructura, Macroeconomía, Salud y Educación Primaria), Promotores de la Eficiencia (Educación Superior y Capacitación, Eficiencia de los Mercados y Disponibilidad Tecnológica) y Factores de Sofisticación e Innovación (Sofisticación Empresarial e Innovación), los cuales se calculan en base a datos y a respuestas de encuestas. Los países son clasificados, además, en distintos grupos según su ingreso per cápita, teniendo más peso en los de menores ingresos los Requerimientos Básicos mientras que en los países más ricos esto sucede con los Factores de Sofisticación e Innovación.

Desde nuestra perspectiva institucional, sin embargo, los más importantes son los componentes siguientes:

### *Instituciones públicas*

Derechos de propiedad: Ya fue señalada su importancia en los indicadores anteriores, pero es tal que no está de más volver a señalarla.

Corrupción: Una clara muestra del deterioro institucional.

Influencias indebidas: Cuando hay instituciones débiles estas son atrapadas por los intereses sectoriales. Un aspecto clave es el grado de independencia de la justicia.

Ineficiencia gubernamental: El grado de burocracia e ineficiencia del aparato estatal se convierte en una pesada carga para los ciudadanos y en una fuente de corrupción e influencias

### *Entorno macroeconómico*

Estabilidad macroeconómica: Los datos que se verifican son el déficit o superávit fiscal, la tasa de ahorro nacional, la inflación, el tipo de cambio real efectivo, el spread entre las tasas de ahorros y préstamos y la deuda gubernamental. En este caso se destaca la importancia de la percepción existente respecto a la calidad del gasto público. Por otro lado, la existencia de déficit o superávit fiscal y el monto de la deuda pública son claros indicadores de un buen manejo de los recursos públicos y de adecuados controles institucionales al gasto y al endeudamiento.

### *Eficiencia de los mercados*

En este caso se consideran las trabas que impiden un eficiente funcionamiento de los mercados: sus marcos regulatorios, el peso de los impuestos, la intensidad de la competencia local (vinculada con políticas comerciales proteccionistas), la existencia de barreras comerciales, las restricciones a la propiedad por empresas o individuos extranjeros, la apertura de los mercados laborales y la sofisticación de los mercados financieros.

Los países que mejor califican en este indicador son los siguientes, en este orden: Suiza, Finlandia, Suecia, Dinamarca, Singapur, Estados Unidos, Japón, Alemania, Holanda, Reino Unido y Hong Kong. Las posiciones para los países latinoamericanos se indican en el Cuadro 2.

El indicador presenta datos para el año 2006 referidos a 125 países de todo el mundo. Nuevamente Chile aparece en la primera posición entre los latinoamericanos, seguido por Barbados y más lejos por Costa Rica, Panamá y México.

### *Haciendo negocios*

El siguiente indicador forma parte de un programa iniciado por el Banco Mundial para generar una base de datos con medidas objetivas de las regulaciones sobre las actividades económicas y su aplicación para un total de 155 países. En general, buscan dar una idea sobre los costos regulatorios para todo tipo de negocio.

La introducción a este informe es más que clara:

Si estuviera abriendo un negocio en la República de Laos los procedimientos necesarios le tomarían 198 días. Si lo estuviera abriendo en Siria le demandaría 61.000 dólares de capital mínimo, 51 veces el ingreso anual promedio. Si estuviera construyendo un depósito en Bosnia-Herzegovina, los aranceles para conectarse a las empresas de servicios públicos y el cumplimiento con las normas edilicias le demandaría 87 veces el ingreso promedio. Y si tuviera un negocio en Guatemala le tomaría 1459 días resolver una simple disputa en los tribunales. Si estuviera pagando impuestos en Sierra Leona le demandaría el 164% de las ganancias brutas de su empresa.

<b>CUADRO 2. Índice de Competitividad Global (2006)</b>	
	<b>Competitividad global</b>
<b>América Latina</b>	Posición relativa
Chile	27
Barbados	31
Costa Rica	53
Panamá	57
México	58
Jamaica	60
El Salvador	61
Colombia	65
Brasil	66
Trinidad y Tobago	67
Argentina	69
Uruguay	73
Perú	74
Guatemala	75
República Dominicana	83
Venezuela	88
Ecuador	90
Honduras	93
Nicaragua	95
Bolivia	97
Suriname	102
Paraguay	106
Guyana	111
Fuente: <i>World Economic Forum</i> .	

Mencionamos antes que el exceso de regulaciones es motivo de una mala calidad institucional porque involucra al Estado en actividades que no debería realizar, crea gigantescas burocracias, oportunidades de corrupción y

desvía la atención de los funcionarios electos de cuestiones que deberían ser prioritarias. Además, algunos componentes de este indicador son directamente relevantes para la calidad institucional. En general se refieren a regulaciones que afectan la actividad económica, las que impactan sobre la calidad institucional como fuera mencionado. No obstante, ciertas áreas tienen particular importancia.

### 1. Registro de propiedad

Es un elemento de fundamental importancia. Un país puede afirmar que se protege y respeta el derecho de propiedad, incluso mencionarlo en su Constitución, pero si luego los impedimentos para registrar la propiedad impiden que muchos puedan hacerlo, el derecho se diluye. Este es el tema estudiado por Hernando de Soto en todo el mundo.

### 2. Obtención de crédito

Cuando hablamos de “instituciones” no nos referimos solamente a instituciones públicas, sino también a la existencia de otras que permiten el funcionamiento de los mercados, tal el caso de la información sobre la calidad crediticia de personas y empresas. También es muy importante la existencia de legislación que, supuestamente dictada para favorecer a deudores, termina actuando como una barrera para que las personas obtengan crédito.

### 3. Cumplimiento de los contratos

Es un indicador que permite verificar el grado de funcionamiento de la justicia, elemento esencial de la calidad institucional.

Todos los indicadores mencionados son agregados en uno general denominado “Facilidad para los negocios (o la actividad económica)”, en el cual los primeros lugares corresponden en este orden a: Singapur, Nueva Zelanda, Estados Unidos, Canadá, Hong Kong, Reino Unido, Dinamarca, Australia, Noruega e Irlanda. Las posiciones para los países latinoamericanos y caribeños se indican en el Cuadro 3.

Como ejemplo, se observa que el primer lugar en “Iniciar un negocio” lo ocupa Canadá, donde se requieren 2 procedimientos que duran 3 días con un costo del 1% del ingreso promedio y ningún capital mínimo requere-

<b>CUADRO 3. Indicador de la facilidad para hacer negocios</b>	
<b>País</b>	<b>Posición sobre un total de 155 países*</b>
Puerto Rico	19
St. Lucia	27
Chile	28
Antigua y Barbuda	33
México	43
St. Vincent & Grenadines	44
Jamaica	50
Belice	56
Trinidad & Tobago	59
Uruguay	64
Perú	65
Nicaragua	67
El Salvador	71
Dominica	72
Grenada	73
Colombia	79
Panamá	81
St. Kitts & Nevis	85
Argentina	101
Costa Rica	105
Honduras	111
Paraguay	112
Rep. Dominicana	117
Guatemala	118
Brasil	121
Suriname	122
Ecuador	123
Bolivia	131
Guyana	136
Haití	139
Venezuela	164

Fuente: World Bank and International Finance Corporation (2006)

\*El ranking ordena los países de más fácil a menos fácil según los costos regulatorios

ruido. El promedio de la región de América Latina y el Caribe es de 10,2 procedimientos que demandan 73,2 días hábiles a un costo promedio del 48,1% del ingreso y un capital mínimo exigido del 18,1% del ingreso per cápita. La región va desde el extremo de Puerto Rico, donde hacen falta 7 trámites que se hacen en 7 días a un costo del 0,8 % del ingreso y sin ningún capital mínimo exigido, hasta Haití, con 12 trámites que se hacen en 203 días hábiles a un costo del 127,7% del ingreso y un capital mínimo exigido del 124,7% del ingreso.

Para el registro de una propiedad hacen falta en la región latinoamericana y caribeña 6,6 trámites que demandan 77,4 días a un costo del 6,0% del valor de la propiedad. En los países del este de Asia y el Pacífico hacen falta 4,2 trámites, en los de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que agrupa a los países desarrollados, 4,7. En este último caso esos trámites se hacen en 31,9 días. El menor costo es en Europa y Asia Central con el 2,7% del valor.

En cuanto al pago de impuestos, América Latina se encuentra en uno de los peores lugares. Hacen falta en promedio 41,3 pagos en comparación con los 15,3 de los países desarrollados de la OCDE, los que demandan 430,5 horas para preparar y presentar en comparación con las 202,9 de esos países y el monto total de impuestos a pagar por las empresas y comercios es del 49,1% de las ganancias brutas a diferencia, por ejemplo, del 40,8% de los países del Medio Oriente y norte de África. No es de extrañar que esta elevada carga de impuestos, más las dificultades burocráticas para su pago, den como resultado altas tasas de evasión en la región. Comenta el informe que: “Estos altos impuestos generan incentivos para la evasión, llevando a muchas empresas a la economía informal, y no se traducen en un aumento de los ingresos. Por ejemplo, varios impuestos a la empresa que se aplican en Uruguay son tan elevados, que la evasión del 20% de ellos podría aumentar la utilidad bruta de las empresas hasta en un 80%”.

Increíblemente, en las islas Maldivas se realiza un sólo pago de impuestos, que no implica ninguna demora de tiempo y tan sólo el 9,3% de las ganancias brutas. Colombia se encuentra en la última posición de la región

<b>CUADRO 4. Economías informales como porcentaje del PIB</b>		
<b>Región o economía</b>	<b>INB per cápita</b>	<b>Economía informal estimada (% PIB)</b>
África al sur del Sahara	766,8	42,3
América Latina y el Caribe	3.084,50	41,5
Asia oriental	806,3	35,7
Asia oriental y el Pacífico	4.343,50	24,3
Europa y Asia central	3.783,70	37,7
OCDE	31.217,40	17,4
Oriente Medio y Norte de África	5.876,30	27,5
Fuente: World Bank and International Finance Corporation (2006)		

en este indicador, con 68 pagos que demandan 456 horas, por un 82,8% de las ganancias brutas.

América Latina es la segunda región en términos de economía informal estimada, muy cerca de la última posición ocupada por el África subsahariana, como se muestra en el Cuadro 4.

Por último, en cuanto se refiere al cumplimiento de los contratos se cuenta el número de procedimientos que necesita realizar un demandante hasta obtener el pago, los días necesarios para resolver la disputa y los costos del proceso judicial tanto sea de la justicia misma como de abogados en relación a la deuda a cobrar. Para la región latinoamericana hacen falta 39,3 procedimientos (en la OCDE, 22,2), que demandan 641,9 días (OCDE = 351,2) a un costo de 23,4% de la deuda (OCDE = 11,2).

### *III. Índice de Percepción de la Corrupción*

Éste es el reconocido índice elaborado por Transparency International, que mide las percepciones existentes en materia de corrupción en 163 países. Se trata de una encuesta compuesta que refleja las percepciones de empresarios y analistas de distintos países, a los que califica respecto al grado en que se percibe la corrupción que existe entre los funcionarios públicos y

los políticos. Se basa en 16 encuestas realizadas por 10 instituciones diferentes, para que un país sea incluido debe participar al menos en tres de las encuestas. Por esa razón, algunos países, que podrían encontrarse entre los más corruptos, no aparecen en la lista por falta de datos, aunque están todos los de América Latina y el Caribe.

Se define a la corrupción como el abuso de cargos públicos para beneficio privado, por ejemplo sobornos. Es un claro indicador de la mala calidad de las instituciones, del abuso de poder y de la falta de reglas de juego que un mercado necesita para funcionar adecuadamente.

Puede existir también corrupción en las actividades económicas que se realizan en el mercado, pero son de naturaleza muy diferente y existen las sanciones para tales conductas. En las actividades privadas cuando un empleo acepta un soborno de otra empresa perjudica esencialmente al dueño de la empresa que lo contrata, pero cuando eso sucede con el funcionario público, la carga recae sobre todos los ciudadanos. Además, en el mercado tiene un lugar destacado el papel que cumple la reputación, y cualquier comerciante o empresario corrupto va a tener problemas de encontrar socios para una transacción comercial a menos que sean corruptos como él, ante lo cual estaríamos ya en presencia de delincuencia organizada que las leyes que protegen al mercado prohíben.

Por otro lado, aunque no puede afirmarse un vínculo causal, la pobreza y la corrupción están presentes al mismo tiempo, aunque no es el nivel de pobreza el determinante de la corrupción sino la participación del Estado en la economía. Cuanto más amplia es ésta, mayor es la corrupción, ya que la realización de un gran número de actividades demanda la aprobación de un cierto funcionario y este poder es la fuente de todo acto corrupto. Veamos un ejemplo: si un funcionario tiene que otorgar su permiso para que una persona escriba un libro como éste, se genera en forma inmediata la posible existencia de un “precio” para la obtención de ese permiso, sobre todo cuanto más engorrosos son los trámites necesarios para obtenerlo. Pero si cualquiera puede escribir un libro sin tener que pedir permiso, entonces la “fuente” de la corrupción ha desaparecido. Ya no es una cuestión de si tendremos un funcionario corrupto o uno honesto, simplemente

no hace falta su aprobación para una actividad que cualquier tiene derechos a realizar.

Evaluados en una escala de 1 a 10, donde la nota mayor implica menos corrupción, el índice nos dice que los países con menor percepción serían los que se muestran en el Cuadro 5.

No nos extrañan los países que aparecen en los primeros puestos. En cuanto a los de América Latina y el Caribe, las posiciones se indican en el Cuadro 6.

<b>CUADRO 5. Índice de Percepción de la Corrupción (2005)</b>		
<b>Posición</b>	<b>País</b>	<b>Calificación</b>
1	Finlandia	9.6
	Islandia	9.6
	Nueva Zelanda	9.6
4	Dinamarca	9.5
5	Singapur	9.4
6	Suecia	9.2
7	Suiza	9.1
8	Noruega	8.8
9	Australia	8.7
	Holanda	8.7
11	Austria	8.6
	Luxemburgo	8.6
	Reino Unido	8.6
14	Canadá	8.5
15	Hong Kong	8.3
16	Alemania	8.0
17	Japón	7.6
18	Francia	7.4
	Irlanda	7.4
Fuente: Transparency International (2005)		

**CUADRO 6.** Índice de Percepción de la Corrupción en Latinoamérica, 2005

<b>Posición</b>	<b>País</b>	<b>Calificación</b>
20	Chile	7.3
24	Barbados	6.7
28	Uruguay	6.4
53	Dominica	4.5
55	Costa Rica	4.1
57	El Salvador	4.0
59	Colombia	3.9
61	Jamaica	3.7
66	Belice	3.5
	Cuba	3.5
	Grenada	3.5
70	Brasil	3.3
	México	3.3
	Perú	3.3
79	Trinidad & Tobago	3.2
84	Panamá	3.1
90	Suriname	3.0
93	Argentina	2.9
99	República Dominicana	2.8
105	Bolivia	2.7
111	Guatemala	2.6
	Nicaragua	2.6
	Paraguay	2.6
121	Guyana	2.5
	Honduras	2.5
138	Ecuador	2.3
	Venezuela	2.3
163	Haití	1.8

Fuente: Transparency International (2005)

El correcto funcionamiento del mercado demanda un aparato jurídico-administrativo que garantice el cumplimiento de la ley en forma neutral, con igualdad para todos los participantes, con acceso a mecanismos de resolución de las disputas que inevitablemente se presentarán. La corrupción de este aparato es extremadamente dañina para un buen desempeño de la economía.

#### *IV. Informe sobre la Libertad de Prensa*

La libre circulación y publicación de ideas es, además de un derecho humano básico, de fundamental importancia para la calidad de las instituciones pues se trata de la posibilidad de emitir opiniones relacionadas con las instituciones mismas, con las autoridades que han sido designadas para gestionarlas. En este sentido, la libertad de prensa es un elemento clave en el control y la limitación del poder otorgado a los gobernantes y, como tal, el grado de libertad de prensa existente es un factor de peso en la calidad institucional.

El Informe sobre la Libertad de Prensa, elaborado por Freedom House, evalúa el grado de libertad en cada país, incluyendo la prensa escrita, radio, televisión e Internet. Las calificaciones se establecen en base a tres categorías: el entorno legal dentro del cual operan los medios de comunicación, las influencias políticas existentes sobre el periodismo y el acceso a la información, y las presiones económicas sobre el contenido y la diseminación de noticias. El informe provee una calificación entre cero (los países más libres) y cien (los menos libres) para un total de 194 países, entre los cuales, 75 (39%) resultaron calificados de libres, 50 (26%) de parcialmente libres, y 69 (35%) como no libres. En términos de población, el 17% de los habitantes del mundo viven en países con libertad de prensa, 38% en parcialmente libres y 45% en no libres.

Los diez primeros clasificados se indican en el Cuadro 7.

Las posiciones de los países de América Latina se indican en el Cuadro 8.

<b>CUADRO 7. Informe sobre la Libertad de Prensa: Países con más Libertad</b>			
<b>Posición</b>	<b>País</b>	<b>Calificación</b>	<b>Estatus</b>
1	Finlandia	9	Libre
	Islandia	9	Libre
3	Dinamarca	10	Libre
	Noruega	10	Libre
	Suecia	10	Libre
6	Bélgica	11	Libre
	Luxemburgo	11	Libre
	Holanda	11	Libre
	Suiza	11	Libre
10	Liechtenstein	13	Libre
	Nueva Zelanda	13	Libre

Fuente: Freedom House (2007)

### V. *Indicador de “Voz” y Rendición de Cuentas*

Mencionamos antes los conceptos desarrollados por Albert Hirschman sobre la forma en que las personas expresan sus preferencias, las que pueden ser agrupadas en dos grandes categorías: “voz” y “salida”, siendo la primera de ellas la que incluye todo tipo de actividades por medio de las cuales los ciudadanos se expresan. Éstas incluyen por supuesto los actos electorales y todo tipo de consultas al electorado vía referéndum, plebiscito, consulta popular, cabildo abierto, reuniones, pero también la expresión por medio de actos políticos, manifestaciones, pancartas, artículos en los diarios, opiniones en los medios periodísticos, cartas de lectores y una numerosa cantidad de acciones.

Por supuesto que resulta muy difícil medir la libertad que tiene la gente para expresarse por medio de estos mecanismos, pero ya hemos tomado en cuenta la libertad de prensa, un elemento sustancial, y ahora agregamos un componente de los indicadores de gobernabilidad que elabora el Banco

<b>CUADRO 8. Informe sobre la Libertad de Prensa: América Latina</b>			
<b>Posición</b>	<b>País</b>	<b>Calificación</b>	<b>Estatus</b>
17	Bahamas	16	Libre
	St. Vincent & the Grenadines	16	Libre
23	Barbados	17	Libre
	Jamaica	17	Libre
26	Costa Rica	18	Libre
	St. Lucia	18	Libre
31	Dominica	19	Libre
41	Belice	21	Libre
	St. Kitts & Nevis	21	Libre
49	Grenada	23	Libre
	Surinam	23	Libre
53	Chile	26	Libre
	Trinidad & Tobago	26	Libre
57	Guyana	27	Libre
59	Uruguay	28	Libre
76	Bolivia	33	Parcial
81	República Dominicana	37	Parcial
83	Antigua & Barbuda	38	Parcial
85	Brasil	39	Parcial
	Perú	39	Parcial
91	Ecuador	41	Parcial
93	El Salvador	43	Parcial
	Panamá	43	Parcial
96	Nicaragua	44	Parcial
99	Argentina	45	Parcial
103	México	48	Parcial
111	Honduras	52	Parcial
118	Paraguay	57	Parcial
121	Guatemala	58	Parcial
128	Colombia	61	No libre
151	Haití	68	No libre
158	Venezuela	72	No libre
190	Cuba	96	No libre

Fuente: Freedom House (2007)

Mundial con el nombre, precisamente, de “Voz y Rendición de Cuentas”.

Estos indicadores cubren 205 países del mundo y se publican cada dos años, siendo el último disponible el que contiene datos referidos a 2005. Se construyen tomando en cuenta cientos de variables obtenidas de 37 fuentes de datos distintas, elaboradas por 31 instituciones (Kaufmann et al., 2005)

Este indicador evalúa, entre otros, los siguientes aspectos:

- ¿En qué medida el Estado y/o grupos aliados a él reprimen a los ciudadanos?
- ¿En qué medida se aplican medidas no aceptadas internacionalmente para cumplir con las funciones de velar por la seguridad interna?
- Respeto a los derechos humanos, a la libertad de asociación, de religión, de reunión, de participación política.
- Derechos políticos: elecciones libres y honestas, respeto a las minorías, representatividad legislativa.
- Rendimiento de cuentas por parte de los gobernantes en relación a su gestión.
- Libertad de traslado y desplazamiento tanto internamente como hacia el exterior.
- Participación de los militares en la política.
- Representatividad del sistema político. Estabilidad política
- Confianza de los ciudadanos en el parlamento y el funcionamiento de la democracia, en la legislación.

Todos estos se relacionan con los derechos “políticos” desarrollados básicamente en Occidente desde la Grecia ateniense y, particularmente en su versión más moderna y actual desde la Carta Magna firmada por Juan sin Tierra en Inglaterra el 15 de junio de 1215, origen de los parlamentos modernos. Este documento fundacional de los derechos individuales modernos es también una clara demostración de que no existe una separación lógica entre libertades “políticas y económicas”, se refieren todas a la libertad de acción sin violar derechos de terceros. De hecho, en la Carta Magna, unos se encuentran a continuación de otros, sin diferencia. Por ejemplo:

39) Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.

40) No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.

41) Todos los mercaderes podrán entrar en Inglaterra y salir de ella sin sufrir daño y sin temor, y podrán permanecer en el reino y viajar dentro de el, por vía terrestre o acuática, para el ejercicio del comercio, y libres de toda exacción ilegal, con arreglo a los usos antiguos y legítimos. Sin embargo, no se aplicará lo anterior en época de guerra a los mercaderes de un territorio que esté en guerra con nosotros. Todos los mercaderes de ese territorio hallados en nuestro reino al comenzar la guerra serán detenidos, sin que sufran daño en su persona o en sus bienes, hasta que Nos o nuestro Justicia Mayor hayamos descubierto como se trata a nuestros comerciantes en el territorio que esté en guerra con nosotros, y si nuestros comerciantes no han sufrido perjuicio, tampoco lo sufrirán aquéllos.

42) En lo sucesivo todo hombre podrá dejar nuestro reino y volver a él sin sufrir daño y sin temor, por tierra o por mar, si bien manteniendo su vínculo de fidelidad con Nos, excepto en época de guerra, por un breve lapso y para el bien común del Reino. Quedarán exceptuadas de esta norma las personas que hayan sido encarceladas o puestas fuera de la ley con arreglo a la ley del reino, las personas de territorios que estén en guerra con Nos y los mercaderes, que serán tratados del modo indicado anteriormente.

Estos derechos son de fundamental importancia para la calidad institucional ya que su vigencia permite la limitación del poder, brindando una respuesta a la famosa pregunta: ¿quién custodia a los custodios? Si los ciudadanos otorgan al Estado el monopolio de la fuerza, son cruciales los límites que se impongan a quienes ejercen el poder de forma tal que no lo utilicen en beneficio propio.

<b>CUADRO 9. Indicador de Voz y Rendición de Cuenta: América Latina</b>	
<b>País</b>	<b>Posición sobre un total de 205 países</b>
Bahamas	26
Barbados	28
Dominica	29
Chile	36
St. Lucia	38
St. Vincent & the Grenadines	39
Aruba	42
Bermuda	43
Puerto Rico	45
Uruguay	48
Costa Rica	49
Belice	54
St. Kitts & Nevis	57
Grenada	59
Anguilla	62
Suriname	65
Martinica	74
Antillas Holandesas	75
Antigua & Barbuda	78
Panamá	79
Guyana	81
Trinidad y Tobago	83
Argentina	84
Guyana francesa	86
Brasil	89
México	95
El Salvador	97
República Dominicana	99
Perú	105
Nicaragua	109

<b>CUADRO 9.</b> Indicador de Voz y Rendición de Cuenta: América Latina (continuación)	
<b>País</b>	<b>Posición sobre un total de 205 países</b>
Bolivia	115
Honduras	118
Ecuador	120
Paraguay	121
Colombia	130
Guatemala	132
Venezuela	140
Haití	184
Cuba	200
Fuente: Kaufmann, Kraay y Maestruzzi (2005)	

Los países que ocupan los diez primeros lugares son Dinamarca, Finlandia, Noruega, Holanda, Suiza, Suecia, Irlanda, Nueva Zelanda, Islandia y Luxemburgo. Las posiciones de los países de América Latina se indican en el Cuadro 9.

#### VI. Vigencia del derecho (*Rule of Law*)

Las principales categorías que analiza este indicador (nuevamente, entre muchas otras) son:

- Independencia de la justicia
  - Protección del derecho de propiedad
  - Existencia de crimen organizado y violento
  - Pérdidas como resultado de crímenes
  - Cumplimiento de los contratos gubernamentales y privados
  - Efectividad de la ley (respeto)
  - Confianza en la Suprema Corte, los jueces y en la policía
  - Honestidad de los funcionarios judiciales, rapidez de sus decisiones
- El economista Robert Barro analiza el impacto que tiene la vigencia

del derecho (*rule of law*) en el funcionamiento de la economía e, indirectamente, en la democracia. La metodología que utiliza es tomar el índice elaborado por 3Political Risk Services, en una escala de cero a seis, y transformarla en otra de cero a uno, donde el mayor respeto a los derechos presenta un índice de 1,0 tal el caso de la mayoría de los países de la OCDE, y el menor uno de cero en el cual ningún país se encontraba en 1997 pero siendo una calificación que previamente habían recibido países como Etiopía, Guyana, Haití, Sri Lanka, Yugoslavia y Zaire. El índice general mostraba un indicador de 0,50 en 1982, donde se mantuvo con pocos cambios hasta 1991, para luego crecer a 0,71 en 1996 y 0,70 en 1997.

Barro concluye de su análisis de regresiones estadísticas que la evolución de los derechos electorales y los derechos legales es en gran medida independiente. Sin embargo, la evolución de sus índices muestra una correlación positiva en el tiempo y esto se explicaría porqué el crecimiento económico tendería a hacer crecer a ambos. Pero, en verdad, el mejoramiento independiente del respeto a los derechos legales pondría en movimiento la clase de crecimiento de las variables económicas que lleva a una expansión de los derechos electorales. La relación sería, entonces, la siguiente: un mejoramiento de los derechos legales promueve el crecimiento económico y esto trae aparejado un fortalecimiento de los derechos electorales.

Los países que aparecen en las primeras diez posiciones en cuanto a la vigencia de la ley son ya conocidos: Islandia, Suiza, Noruega, Dinamarca, Luxemburgo, Finlandia, Nueva Zelanda, Austria, Suecia y Singapur. La calificación de los países latinoamericanos se puede ver en el Cuadro 10.

### VII. *Índice de Calidad Institucional*

No es sencillo reducir a un indicador la calidad de las instituciones. Lo que hemos intentando hacer hasta aquí ha sido presentar distintos indicadores que de una u otra forma reflejan distintos aspectos que pueden mostrar su calidad en forma más o menos directa.

El siguiente paso será agregar esa información para poder obtener un indicador propio al que denominaremos Índice de Calidad Institucional. Para

<b>CUADRO 10.</b> Indicadores de Vigencia del derecho ( <i>Rule of Law</i> ) en América Latina			
<b>Posición</b>	<b>País</b>	<b>Posición</b>	<b>País</b>
16	Anguilla	101	Panamá
24	Bahamas	103	Suriname
25	Barbados	115	El Salvador
27	Chile	117	Brasil
37	Aruba	124	México
38	Bermuda	129	Jamaica
40	Guyana francesa	131	Argentina
41	Martinico	137	República Dominicana
42	Antillas Holandesas	138	Nicaragua
48	St. Kitts & Nevis	139	Colombia
49	St. Lucia	147	Perú
50	St. Vincent & the Grenadines	149	Honduras
58	Antigua & Barbuda	150	Bolivia
67	Dominica	152	Guyana
68	Puerto Rico	159	Ecuador
71	Costa Rica	171	Paraguay
79	Uruguay	175	Guatemala
84	Grenada	183	Cuba
93	Belice	186	Venezuela
98	Trinidad y Tobago	201	Haití

Fuente: Robert Barro (1996)

su elaboración seguiremos una metodología muy simple, empleada en el indicador *Haciendo Negocios*, antes analizado. El mencionado indicador es elaborado como el promedio simple de rankings en cada uno de los diez indicadores que integran el indicador compuesto. Se menciona el siguiente ejemplo: “El ranking sobre el inicio de un negocio es el promedio de las posiciones de ese país sobre la cantidad de procedimientos, días, costo y requerimientos de capital mínimo para abrir un comercio. En Islandia esto

toma 5 procedimientos, 5 días y 2,9% del ingreso anual per cápita en tasas y cargos. El capital requerido mínimo es de 17% del ingreso per cápita. En estos cuatro indicadores, Islandia se encuentra en las posiciones 7°, 1°, 8° y 48°. Por lo tanto, en promedio, Islandia se ubica en la posición 16° en relación a la facilidad para abrir un negocio.”

Una vez obtenido ese promedio se repite la operación para el caso de los otros diez indicadores, llegando a un promedio general de las distintas posiciones relativas obtenidas por el país. En nuestro caso, la metodología es similar, sólo que tomamos al indicador de *Haciendo Negocios* como uno más de los otros que han sido analizados aquí. Como los distintos indicadores considerados tienen números diferentes de países, no se considera el puesto de un país en el ranking (por ejemplo, posición 58 o 97) sino su posición porcentual, por lo que todas las posiciones fueron transformadas en valores porcentuales dentro del índice en consideración. El resultado final es el promedio de las posiciones porcentuales. Para su inclusión en este nuevo índice se tomaron solamente aquellos países que, al menos, eran evaluados en cuatro de los aquí considerados.

La fortaleza de un indicador compuesto es que puede incorporar más información que una sola fuente y los márgenes de error son menores. Sin embargo, estos márgenes son todavía amplios y se debe ser cauto en el análisis (Kaufmann et al., 2005).

En cierta forma, se trata de replicar un mecanismo de “agregación de información” que cumpla con las condiciones planteadas para brindar una información de valor. Estas condiciones serían:

- Diversidad de opiniones (cada persona tiene cierta información privada aun cuando sea una interpretación particular de la misma)
- Independencia de criterio (las opiniones no están determinadas por las de otros o por los resultados que se busca obtener)
- Descentralización (los participantes se han especializado en las condiciones locales)
- Agregación (existe un mecanismo para acumular las opiniones individuales en un resultado general) (Surowiecki, 2004:10).

Los indicadores seleccionados han sido elaborados tanto en base a

datos estadísticos como a opiniones de expertos, tanto por organismos internacionales como por institutos de investigación o think tanks, permitiendo así esa diversidad de opiniones. No obstante, no se ha tratado simplemente de acumular los resultados de cuanto indicador internacional se encuentre sino que su selección se debe a que evalúan aspectos que se han considerado relevantes para medir la calidad institucional (lo que se explica antes en cada uno de los casos).

El Indicador de Calidad Institucional, entonces, muestra a los siguientes como los primeros 20 países, junto a su promedio de posiciones relativas en cada uno de los indicadores para el año 2006, para un total de 184 países (ver Cuadro 11.)

Nuevamente, no sorprende encontrar estos países, cuyos nombres aparecen repetidamente en los anteriores. No obstante, algunas conclusiones (y seguramente muchas otras que podrán hacerse) se desprenden de una rápida mirada al mismo)

1. En comparación con los Índices de Libertad Económica hay países que caen en las clasificaciones debido a su mediocre desempeño en indicadores tales como “Libertad de Prensa” o “Voz y Rendición de Cuentas”. Ejemplos de esto son Hong Kong, Singapur o algunos países árabes.
2. Los países pequeños, como algunos que son islas del Caribe o del Pacífico, obtienen mejores calificaciones que países más grandes como China o India. Esto podría tener una explicación en que su tamaño los fuerza en cierta forma a ser economías abiertas donde se respetan los contratos y el derecho de propiedad, ya que no son economías que puedan auto-sustentarse en forma cerrada.
3. La “herencia” de sistemas jurídicos como el *common law* británico muestra que ciertos países han podido lograr un mejor desempeño en materia de funcionamiento de la justicia, como lo muestran, por ejemplo, los elevados puntajes que obtienen ciertos países caribeños en comparación con otros países de América de tradición jurídica heredada de España o Portugal.

En cuanto al hemisferio americano se refiere, se ha preferido aquí incluir a todos ellos, no simplemente a los “latinoamericanos”, ya que en todos

<b>CUADRO 11.</b> Indicador de calidad Institucional: los primeros 20 países		
<b>País</b>	<b>Calificación</b>	<b>Posición</b>
Suiza	97.00	1
Dinamarca	96.49	2
Finlandia	96.38	3
Nueva Zelanda	95.78	4
Islandia	95.68	5
Suecia	93.94	6
Luxemburgo	93.93	7
Estados Unidos	93.87	8
Holanda	93.63	9
Reino Unido	93.53	10
Canadá	93.01	11
Irlanda	92.68	12
Australia	92.61	13
Noruega	92.38	14
Alemania	91.32	15
Bélgica	89.58	16
Austria	88.26	17
Japón	87.68	18
Estonia	86.47	19
Hong Kong	86.31	20
Fuente: elaboración propia en base a World Bank y International Finance Corporation (2006)		

los casos son países relativamente “jóvenes” y se encuentran en la misma región. Es cierto que han heredado distintas tradiciones políticas y culturales, como se mencionara antes, pero esto no obsta a que países como Chile, Uruguay o Costa Rica, por ejemplo, se encuentren compitiendo en las primeras posiciones.

Los resultados para la región para el año 2006 se indican en el Cuadro 12.

<b>CUADRO 12. Indicador de Calidad Institucional en América</b>		
<b>País</b>	<b>Calificación</b>	<b>Posición</b>
Estados Unidos	93.87	8
Canadá	93.01	11
Chile	84.05	22
Bahamas	83.39	23
St. Lucia	82.19	25
St. Vincent and the Grenadines	80.92	29
Barbados	78.88	32
Dominica	72.91	44
St. Kitts and Nevis	69.79	47
Uruguay	68.57	50
Antigua y Barbuda	68.31	51
Costa Rica	67.61	54
Belice	65.99	56
Jamaica	64.94	58
Grenada	64.80	59
Trinidad y Tobago	62.31	63
El Salvador	60.85	65
Panamá	59.15	68
México	56.98	75
Perú	52.44	80
Brasil	47.66	90
Argentina	45.23	93
Nicaragua	44.66	95
Suriname	43.97	97
Colombia	43.10	100
Guatemala	38.59	109
Guyana	38.47	111
Honduras	38.37	113
República Dominicana	37.98	114
Bolivia	37.30	118
Paraguay	33.03	128
Ecuador	31.50	133
Venezuela	15.76	161
Cuba	15.17	164
Haití	15.00	165

Fuente: elaboración propia en base a World Bank y International Finance Corporation (2006)

Venezuela, Cuba y Haití ocupan cómodamente los últimos lugares y, tal vez, lo peor de todo sea considerar que no parece haber allí oportunidades de cambio positivo. Tal vez en Cuba se abra una oportunidad con la transición luego del abandono del gobierno por parte de Fidel Castro, pero, por el contrario, las expectativas en Venezuela son para peor, igual que para países que se encuentran un poco más adelante que éstos como Ecuador y Bolivia, donde los intentos de manipulación de las constituciones y el marco institucional vigente muy probablemente deterioren la calidad institucional de esos países.

Los tres países grandes de la región (México, Brasil y Argentina) muestran un pobre desempeño, aunque México parece despegarse, seguramente a partir de su asociación con los países del Hemisferio norte.

Los países más pequeños ocupan interesantes posiciones, no solamente los caribeños ya mencionados sino otros como Uruguay, Costa Rica, Panamá y El Salvador, los dos primeros con una larga tradición democrática, de respeto a los derechos individuales y ambiente políticos “moderados”, los dos últimos que han pasado por momentos traumáticos en su historia pero han sabido ordenarse y fortalecer su institucionalidad. Y en este último campo el mejor caso, por supuesto, es el de Chile, que sigue dando muestras de solidez institucional a punto de llegar a posicionarse entre los primeros del mundo.

Finalmente, Estados Unidos y Canadá, países grandes, con economías abiertas y muy sólida institucionalidad, mostrando un ejemplo a los otros grandes de la región de cómo se puede generar riqueza a partir de un marco institucional sólido.

## **Conclusiones**

Enfrentados a la competencia institucional, acelerada por el proceso de globalización, los países tienen básicamente dos opciones: participar de ella y obtener sus beneficios, o aislarse y dejarlos de lado. ¿Cuáles son esos beneficios? Veamos primero lo que sucede con los países que buscan evitarla:

- a. Un país cerrado a la competencia institucional externa es un país cerrado al comercio, por lo cual perdería los beneficios del intercambio comercial.
- b. Vería perder recursos propios (en particular, humanos) que buscarían trasladarse a otras jurisdicciones. Para evitar esto tendría que impedir esa salida en forma autoritaria (Cuba, Corea del Norte).
- c. No atraería recursos externos (inversiones, tecnología), los que suelen ser escasos y se vuelven mucho más escasos aún en los países cerrados.
- d. Condenaría a su población a un bajo nivel de ingreso y de calidad de vida. No es de extrañar que los países peor ubicados en el índice también muestran los niveles más bajos de ingresos per cápita.
- e. Muy probablemente, la ausencia de competencia externa haría más probable la existencia de un gobierno dictatorial reduciendo además la competencia “interna” que promueve la democracia.

En definitiva, un país que se cierra a la competencia institucional pierde los beneficios del progreso y condena a su población a una peor calidad de vida, no sólo en términos de ingreso, sino en relación a la posibilidad de ejercer libremente sus derechos. Por el contrario, los países que asumen su papel en el contexto institucional se ven impulsados por la competencia a modernizar sus instituciones, se benefician de las bondades del comercio, reciben recursos, tecnología e inversiones, promueven una mejor calidad de vida y un mayor respeto a los derechos individuales.

Está claro que mejorar las instituciones de un país no es una tarea sencilla y que en las ocasiones en que se las ha querido transplantar de un lugar a otro sin tomar en cuenta las tradiciones locales existentes ha resultado en un completo fracaso. No obstante, existen muchos ejemplos positivos para tomar en cuenta.

Tal el caso de Estonia, que ocupa el puesto 19 del Índice, un país que abandonara el socialismo hace unos 15 años luego de décadas de dominación soviética. También Lituania en el 35 o Letonia en el 38. O el típico caso latinoamericano de Chile, en el puesto 22, país que se deshiciera de una economía estatizada primero y de una dictadura militar después para consolidar instituciones modernas y estables. O Portugal, en el puesto 24, que

resolviera también esos mismos problemas. O las pequeñas islas del Caribe, países en muchos casos carentes de “recursos naturales” y de tamaños muy pequeños, como St. Lucía en el puesto 25 o San. Vicente y las Granadinas en el 29, mostrando precisamente que el menor tamaño los presiona a abrirse al mundo y esto, a su vez, los lleva a mejorar su calidad institucional.

También los hay negativos, particularmente en América Latina: Haití que nunca logra consolidar un mínimo esbozo de controles institucionales al poder; Venezuela que deteriora la calidad de su democracia, la que fuera un ejemplo por varias décadas en las que predominaban los gobiernos militares en el continente, o la Argentina, que fuera la gran promesa de la región a comienzos del siglo XX para sumirse luego en una espiral decreciente de golpes militares y crisis económicas.

Seguramente el proceso de competencia institucional no puede ser el único elemento determinante de la calidad institucional, ya que el predominio de ideas que la deterioran llevarían también a una país a buscar la forma de aislarse de ese proceso, y tampoco tenemos una garantía de que el mundo no vuelva a procesos de aislamiento como los hubo en el pasado.

Pero, en tanto las preferencias de la gente se dirijan hacia un estado intervencionista y redistribuidor, el límite que encontrarán será la competencia institucional; si esas preferencias cambiaran dando prioridad a la libertad individual, entonces ambas fueras actuarían en el mismo sentido, reforzando seguramente el control de los custodios.

## NOTAS

---

- 1 Hume, David (1739-40), *A Treatise of Human Nature*, Cap. 83, Sect. xi, Of the Laws of Nations, <http://etext.library.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/chapter83.html>
- 2 Weber, Max, (1919), "Politics as a Vocation", en Gerth, H.H. and Mills, C.W 1948 (Editors) From *Max Weber: Essays in sociology*. Translated, edited and with an introduction by Hans Heinrich Gerth and Charles Wright Mills. New York: Oxford University Press, 1946. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd, 1947/1948 <http://www.mdx.ac.uk/www/study/xweb.htm>

## Bibliografía

- Barro, Robert J. (1996): “Democracy and Growth”, *Journal of Economic Growth* 1: 1-27.
- Barro, Robert J. (1997): *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study*, MIT Press.
- Benson, Bruce L. (1989): “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal*, January, pp. 644-61.
- Bish, Robert L., (1987): “Federalism: A Market Economics Perspective”, *Cato Journal*, Vol 7, N° 2, Fall, pp. 351-368.
- Boettke, Peter J. (1994): *The Elgar Companion to Austrian Economics*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Ltd.
- Brennan, Geoffrey y Buchanan, James M. ([1987]1997): *El Poder Fiscal*, Barcelona: Ediciones Folio S.A.
- Breton, Albert (1998): *Competitive Governments: An Economic Theory of Politics and Public Finance*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Buchanan, James M. (1995/96): “Federalism and Individual Sovereignty”, *Cato Journal*, Vol. 15 N° 2-3, Fall/Winter.
- Carta Magna (1215): Traducción disponible en [http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/carta\\_magna.html](http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/carta_magna.html)
- Coase, Ronald H., ([1937] 1996) “La Naturaleza de la Firma”, en William-son y Winter, op. cit.
- Cowen, Tyler (ed.) (1988): *The Theory of Market Failure*, Fairfax, Virginia: George Mason University Press.
- de Soto, Hernando (1992): *El Otro Sendero: La respuesta económica al terrorismo*, Lima: Instituto Libertad y Desarrollo.
- de Soto, Hernando (2002): *El Misterio del Capital*, Lima: Instituto Libertad y Desarrollo.
- Freedom House (2007): Freedom of The Press Map, en <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=16>
- Gerth, H.H. y Mills, C.W., Eds., (1948): *From Max Weber: Essays in Sociology*, London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd, en <http://www.mdx.ac.uk/www/study/xweb.htm>

- Gwartney, James, Lawson, Robert et al. (2006): "The Economic Freedom of the World: 2006 Annual Report", Vancouver: The Fraser Institute.
- Hayek, F. A. von, (1945): "The use of knowledge in society", *American Economic Review*, 35: 519-30.
- Hayek, F. A. von, (1990): *La Fatal Arrogancia*, Madrid: Unión Editorial.
- Hirschman, Albert O. (1970): *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Hume, David (1739-40), *A Treatise of Human Nature*, Cap. 83, Sect. xi, Of the Laws of Nations, <http://etext.library.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/chapter83.html>
- Kaufmann, Daniel, Kraay, Aart y Mastruzzi, Máximo (2005): "Governance Matters IV: Governance Indicators for 1996-2004", The World Bank, Mayo, en [http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/GovMatters\\_IV\\_main.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/GovMatters_IV_main.pdf)
- Kobayashi, Bruce y Ribstein, Larry E. (1997): "Federalism, Efficiency and Competition" (borrador), <http://papers.ssrn.com>
- Miles, M., Feulner E., Eiras, A. y O'Grady, M. A. (eds.) (2006): *Index of Economic Freedom 2006*, Published by Heritage Foundation/Wall Street Journal.
- Milgrom, P., North D. C., y Weingast, B. (1990): "The Role of Institutions in the Revival of Trade: The Law Merchant, Private Judges, and the Champagne Fairs"; *Economics and Politics* 2 Marzo, pp. 1-23.
- North, Douglass C. (1993): *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Nozick, Robert ([1974] 1988): *Anarquía, Estado y Utopía*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Surowiecki, James (2004): *The Wisdom of the Crowds*, New York: Doubleday.
- Teather, Richard (2005): *The Benefits of Tax Competition*, Londres: Institute of Economic Affairs.
- Tiebout, Charles M. (1956/1988): "A Pure Theory of Local Expenditures", *Journal of Political Economy* 64, October, pp. 416-24, reproducido en Cowen, op. cit.

- Transparency International, 2007: “Corruption Perception Index”, en [http://www.transparency.org/policy\\_research/surveys\\_indices/cpi/2005](http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2005)
- Vaubel, Roland (1999): “Enforcing Competition Among Governments: Theory and Application to the European Union”, *Constitutional Political Economy*, 10, pp. 327-338.
- Weber, Max (1919/1948): “Politics as a Vocation”, en Gerth, H.H. y Mills, C.W, op. cit.
- Williamson, Oliver E. y Winter, Sydney G. (comp.) (1996): *La Naturaleza de la Firma: Orígenes, Evolución y Desarrollo*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Wilson, J. (1986): “A theory of interregional tax competition”, *Journal of Urban Economics*, 19: 296-315.
- Witt, Ulrich (1994): “Evolutionary economics”, en Boettke, op. cit.
- World Bank y International Finance Corporation (2006): *Doing Business in 2006: Creating Jobs*, Washington D.C., en [http://www.doingbusiness.org/documents/DoingBusiness2006\\_fullreport.pdf](http://www.doingbusiness.org/documents/DoingBusiness2006_fullreport.pdf)
- World Economic Forum (2007/2008): *The Global Competitiveness Report 2007/2008*, <http://www.weforum.org/en/initiatives/gcp/Global%20Competitiveness%20Report/index.htm>
- Zodrow, G. y Mieszkowski, P. (1986): “Pigou, Tiebout, property taxation and the underprovision of local public goods”, *Journal of Urban Economics*, 19: 356-370.

## INFRACAPITALIZACION SOCIETARIA, RESPONSABILIDAD DE LOS ACCIONISTAS Y CAPITAL SOCIAL: UN ANÁLISIS ECONÓMICO\*

*Eduardo Stordeur (h)\*\**

### **Resumen**

Este trabajo analiza algunos argumentos sobre el concepto de capital social, intentando mostrar sus indeseables efectos y cuestionar la racionalidad económica del concepto tal como se le entiende en general en la legislación de la mayoría de los países, al menos latinos, en materia de derecho de sociedades. El autor concluye que la actual exigencia de adecuar el capital social al objeto social en el derecho de las sociedades llevaría a una paradoja: debería eliminar cualquier noción plausible de la función empresarial y por lo tanto, al mismo tiempo, aquellos proyectos precisamente más eficientes.

### **Abstract**

This article reviews the arguments on the concept of social capital, and tries to show its pernicious effects and to challenge its underlying economic rationality (as understood in the legislation of a majority of countries, mostly in Latin America). The author concludes that the present legal

---

\* Este trabajo fue presentado en la XII Reunión Anual de la Asociación Latino Americana y del Caribe de Derecho y Economía en mayo de 2007 en Brasilia y publicado como Working Paper en la página de la Universidad de Berkeley (accesible en repositories.cdlib.org/bple/alacde/050307-02/).

Agradezco los comentarios recibidos, aunque el contenido es exclusiva responsabilidad del autor.

\*\* Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Investigador de la Fundación F. A Hayek y Profesor de Posgrado en ESEADE y UBA. eduardo\_stordeur@yahoo.com.ar

requirement of adapting the social capital to the firms' purposes would lead to a paradox: it would eliminate any plausible notion about the role of business and therefore it would eliminate the most efficient business projects.

## Introducción

Desde hace algunos años se ha impuesto –tanto a nivel teórico como práctico– la llamada tesis o doctrina de la infracapitalización societaria (en adelante RIS). En esencia, la misma postula: (a) no autorizar el funcionamiento de aquellas sociedades que a juicio de la autoridad de aplicación no cuenten con capital apropiado al objeto social o bien, dado este antecedente, (b) responsabilizar directamente a socios y directores por deudas de sociales, una vez que la empresa está funcionando.<sup>1</sup>

En otra oportunidad he intentado mostrar que la misma, al menos en general, lleva a consecuencias poco deseables o “ineficientes” (Stordeur y Stordeur (h), 2003). En ese trabajo la finalidad principal fue el análisis de las consecuencias probables de la aplicación de la RIS y el modo en el cual esta regla neutraliza buena parte del sentido económico de la limitación de la responsabilidad. En otro trabajo (Stordeur (h), 2006) he intentado mostrar además que con independencia de los efectos, la institución era “irrazonable” o “inconsistente” desde el punto de vista de su “racionalidad económica”: en el extremo, que perfectamente aplicada por un funcionario omnisciente, llevaría simplemente a la aniquilación de aquellos proyectos que pueden considerarse más eficientes. Quería ilustrar allí la siguiente paradoja: que la RIS llevaría, “perfectamente” aplicada, a neutralizar por completo cualquier versión posible de “función empresarial” y por lo tanto a la eliminación de cualquier innovación provechosa para la sociedad. En otros términos, algo más técnicos, que sólo aquellos emprendimientos que pagan renta (por propiedad) o interés puro (por capital) serían autorizados por la autoridad de aplicación, puesto que la misma supone la aniquilación del beneficio empresarial. Otro modo de ver el asunto es que sólo debería admitir

proyectos “en equilibrio” de mercado, cuando en realidad la función empresarial se ha caracterizado por la innovación de las condiciones de mercado.

En este trabajo, que renueva algunos argumentos y desarrollos antes presentados, quiero abordar ambos temas: mostrar sus indeseables efectos y cuestionar la racionalidad económica de la regla. Al mismo tiempo, por su amplitud y abordaje, esta versión puede considerarse un cuestionamiento económico al concepto mismo de capital social tal como se le entiende en general en la legislación de la mayoría de los países, al menos latinos, en materia de derecho de sociedades.

Con esa finalidad, primero voy a presentar muy brevemente la RIS y la función que tradicionalmente se reconoce al capital social en nuestro derecho. Luego, voy a desarrollar una breve (pero suficiente a los fines del trabajo) explicación de la teorías más difundidas de la actividad empresarial, con especial énfasis en la teoría “austriaca”. Luego voy a mostrar que de la correcta aplicación de la doctrina de la RIS se sigue una serie importante de dificultades conceptuales y que, en el extremo, de su correcta aplicación se sigue un completo absurdo: la misma debería tender a aniquilar la actividad y beneficio empresariales y por lo tanto aquellos proyectos más eficientes. Espero, así, ilustrar que dicha institución no tiene adecuada justificación económica.<sup>2</sup> Finalmente, voy a ilustrar algunas consecuencias evidentemente muy poco deseables de aplicar una regla de responsabilidad como la propuesta.

## **El capital social y la RIS**

El régimen argentino de sociedades comerciales se distingue, entre otros aspectos, por la existencia de diversos tipos societarios que establecen diferentes tipos de responsabilidad para los socios con relación a las deudas contraídas por las sociedades y sigue en este sentido un patrón muy generalizado en todos los países de tradición jurídica continental. En nuestro caso, la ley 19.550 de la ley de sociedades comerciales (LSC) reconoce el principio de limitación de responsabilidad de los socios por las deu-

das sociales, principalmente en el caso de la sociedad de responsabilidad limitada (artículo 146 LSC) y la sociedad anónima (artículo 163 LSC).<sup>3</sup> En el caso de la sociedad anónima la responsabilidad del socio se limita solamente a la integración del capital suscrito y en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, la ley contempla, además, la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por la integración de los aportes de los otros socios y sobre-valoración de los aportes en especie. En el régimen de la sociedad anónima, el instrumento societario de mayor importancia, los accionistas, solamente responden en forma personal, es decir con su propio patrimonio, por el capital “aportado y por el prometido aportar”, cuya sumatoria en conjunto constituye, propiamente, el capital social.

Las excepciones a este principio de limitación de responsabilidad están establecidas en el artículo 54, última parte, de la LSC, que dispone la responsabilidad de los socios cuando la estructura societaria encubre la consecución de fines extra-societarios, ilícitos, o violatorios del “orden público” o bien para “frustrar derechos de terceros”. En estos casos los socios (y los controladores, en su caso) tienen responsabilidad directa (es decir no pueden solicitar el beneficio de exclusión sobre los bienes de la sociedad), solidaria (responde cada uno por el total) e ilimitada (es decir con todo el patrimonio personal) por los perjuicios causados. Es la excepción que se conoce en la doctrina como “corrimiento del velo societario” e implica la imposibilidad de oponer la personalidad social frente a las deudas sociales.

El capital social, por su parte, se distingue claramente del patrimonio de la sociedad: mientras el primero es un instituto de naturaleza legal, destinado fundamentalmente a dar protección a terceros eventuales acreedores de la sociedad, el concepto de patrimonio es de naturaleza económica; mientras el primero permanece -en principio- invariable y sólo puede ser modificado por medio de los mecanismos previstos en la LSC, el segundo es esencialmente dinámico. Mientras el primero es de naturaleza normativa, el segundo lo es “de hecho”.

El capital social, entonces, es propiamente el capital suscrito al momento de la constitución o aquél que resulte luego de aumentos del mismo o bien de disminuciones obligatorias que la ley dispone, y tiene su correlato

numérico con los aportes efectuados por los socios al menos al momento de la constitución de la sociedad, o en el caso de aumentos de capital, de modo que, además, tiene la función de determinar la posición del socio en cuanto a su participación societaria; y representa un compromiso frente a los acreedores sociales. De ahí el principio ampliamente aceptado en nuestra doctrina (equívocamente denominado) de “intangibilidad del patrimonio” que informa algunos aspectos de la ley en la materia, al disponer ciertas restricciones de distribución de dividendos y honorarios a administradores, la obligación de reducir el capital en ciertos casos (cuando las pérdidas insumen más del 50 % del capital, conforme lo establece el artículo 206 de la ley) y hasta la obligación de liquidar la misma cuando el mismo simplemente se ha perdido como consecuencia del fracaso empresarial, entre otras disposiciones muy conocidas en la materia.

Según la finalidad que le reconoce la doctrina, el “capital social” opera, en concreto, como garantía a favor de terceros potenciales acreedores al permitir a éstos conocer el respaldo con que cuenta la sociedad para responder por sus obligaciones. Sin embargo, se señala, el capital social no ha logrado su finalidad, en la práctica, de otorgar garantías suficientes a los terceros contratantes de la sociedad y esto ha llevado al surgimiento de la denominada “teoría” de la ICS que voy a comentar sólo en sus aspectos esenciales en lo que sigue.

En efecto, el principio de limitación de responsabilidad es el principio general pero, como se ha señalado, dicho principio “fue objeto de serios embates en el mundo entero desde principios de la segunda mitad del siglo XX” y que “con la misma orientación, se fue desarrollando en Alemania y en los Estados Unidos la doctrina de la infracapitalización o subcapitalización de la sociedad, como fenómeno generador de responsabilidad, encuadrable en el abuso subjetivo de derecho” (Nissen 2001: 553). El mismo autor afirma que en los Estados Unidos la regla de la capitalización suficiente de la compañía fue enunciada en el año 1946 por Ballantine en su obra *On corporations*, en la cual sostenía que “si una sociedad se constituía originalmente o interviene en el comercio con capitales tan reducidos que resulta probable que los bienes disponibles no sean suficientes para atender a las deudas, no resulta

equitativo que los accionistas puedan montar una estructura tan endeble que les permita eludir su responsabilidad individual” (citado en Nissen, Ib. Idem, p. 554). De modo que los embates contra el concepto de limitación de la responsabilidad y oponibilidad de la personalidad jurídica para las deudas sociales es un fenómeno no sólo limitado al derecho argentino.<sup>4</sup>

Se ha señalado que el instrumento del capital social no ha sido eficaz a la hora de garantizar a los terceros acreedores de la sociedad. En efecto, manifiesta un autor que estos recaudos (el capital social, tal como está dispuesto en nuestra ley y práctica): “se han mostrado insuficientes para asegurar a los terceros la función de garantía que cumple el capital social, en la medida que nuestra legislación carece de una norma de carácter general que imponga la existencia de adecuar el valor del capital social a la naturaleza del objeto social, así como tampoco existe una disposición que obligue a los socios a la realización de nuevos aportes para adecuar el capital social al pasivo y al nivel de gastos de la sociedad” (Nissen 1998: 399). Para algunos autores, en suma, podría evitarse el perjuicio a terceros por medio de la capitalización obligatoria de la sociedad conforme el cumplimiento de su objeto social y esta alternativa podría encuadrarse (en el caso argentino) como un supuesto de abuso del derecho previsto en el artículo 1071 del Código Civil, que permitiría la aplicación del artículo 54 in fine de la ley 19.550.

Cabe destacar que la jurisprudencia de los tribunales argentinos fue tradicionalmente restrictiva respecto del tema, pero en la actualidad la Inspección General de Justicia exige la adecuación del capital al objeto social a los fines de la inscripción de las sociedades que limitan la responsabilidad y la doctrina, como he mencionado, va ganando espacio en la práctica. Quizás, de hecho, la primera aplicación de la doctrina en la variante que me interesa ahora es el conocido caso de “Beca Constructora SRL”, la que en trámite de inscripción le fue requerida la adecuación del capital social al objeto social (Bonilla 2001: 139). En la actualidad, sin embargo, dicha exigencia se ha vuelto frecuente y habitual.

## Modelo de competencia perfecta, empresa y empresario

Para el lector no familiarizado con teoría económica probablemente resulte una curiosidad el hecho de que el marco teórico más empleado en teoría de los precios, el modelo de competencia perfecta, no permita una explicación consistente de la empresa, el empresario, la función y beneficio empresariales. El modelo de competencia perfecta antes que explicar estos fenómenos elementales del mercado, simplemente los “da por supuesto”.<sup>5</sup> No viene al caso ahora evaluar las causas de esta notable ausencia, aun cuando probablemente la naturaleza estrictamente formal y los muy restrictivos supuestos del modelo expliquen, al menos como hipótesis, estas ausencias. La innovación, creatividad y asunción de riesgos que caracterizan a la actividad empresarial quizás sean elementos algo esquivos a la rígida mecánica y alto nivel de abstracción que caracterizan al mismo.

Como se sabe, el modelo supone que un mercado opera en equilibrio cuando concurren ciertas hipótesis muy restrictivas, entre las que se destacan: a) plena información respecto de los elementos relevantes del mercado (o “información perfecta”), (b) muchos operadores, (c) homogeneidad de bienes y (d) ausencia de costos para ingresar o salir de los mercados, tanto como (e) ausencia de costos para intercambiar derechos o “costos de transacción”. Supuestos que, desde luego, la teoría incorpora tan sólo a fines analíticos y no con la finalidad de “describir” siquiera parcialmente la realidad.<sup>6</sup> Es probablemente el primero de los supuestos, el de “información perfecta”, el que en mayor medida bloquea una explicación de la acción empresarial, aun cuando los otros –creo– podrían tener incidencia.

Bajo estas condiciones el mercado actúa en condiciones “competitivas”: el punto usualmente representado por la intersección de las curvas de oferta y demanda en los libros de texto, donde éstas se igualan, impidiendo la existencia de sobrantes y faltantes. Entre otras propiedades deseables, además, el equilibrio supone que “no hay otra distribución” que maximice en mayor grado la utilidad de los agentes de mercado. Puesto en términos algo más técnicos, todo equilibrio de mercado constituye un óptimo en el sentido de Pareto.<sup>7</sup> Esto, muy simplificado, quiere decir que

no hay otra distribución posible sin que al menos se afecte la utilidad de un participante del mercado, de manera tal que dicha asignación “agota” todos los intercambios provechosos que son posibles entre los participantes.<sup>8</sup>

El equilibrio supone, puesto en simple, que todos los eventuales intercambios capaces de maximizar la utilidad individual (y eso supone la teoría que el agente intenta efectivamente hacer) han sido realizados y que no hay disponible otra posible distribución capaz de beneficiar a algún agente sin afectar a la vez la utilidad de otro. La idea es muy intuitiva: las personas, en equilibrio, “agotan” todos los intercambios que son mutuamente provechosos en tanto las especiales condiciones que supone el mismo, en particular, información perfecta. El lector no muy familiarizado con el modelo puede pensar en el equilibrio como las condiciones en las cuales todos los planes individuales coordinan perfecta y automáticamente por medio de intercambios que agotan todas las posibilidades provechosas de intercambios. Puesto en otros términos: el desequilibrio supone que hay posibles intercambios que suponen ventajas para los participantes sin que de estos se sigan disminuciones de utilidad de otros agentes de mercado, de manera tal que dicha “coordinación perfecta” de planes individuales no opera.

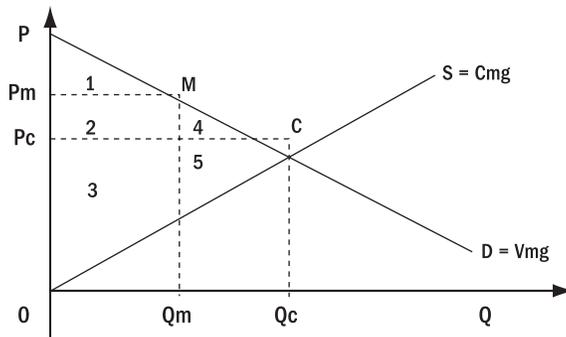
Es por esa perfecta coordinación de planes que al “punto de equilibrio” ningún vendedor tiene incentivos para ofertar del mismo modo que ningún comprador los tiene para demandar, en tanto todos los posibles intercambios han sido practicados hasta arribar al equilibrio (óptimo) donde nadie puede sacar ventaja de ninguna otra distribución sin afectar, al mismo tiempo, la función de utilidad de otra persona.<sup>9</sup>

Por otra parte, entre otras propiedades que usualmente se estiman deseables, al punto de equilibrio se maximiza la utilidad de oferentes y demandantes y el precio se iguala con el costo de producir la última unidad y la utilidad que reporta la misma, ambas propiedades intuitivamente muy deseables. Resulta intuitivo (no tiene sentido insistir más con esto) que producir algo cuya utilidad es menor que el costo resulta un desperdicio de recursos y que la inversa deja intercambios que incrementan la utilidad sin explotar. Esta es

otra forma de comprender porqué en equilibrio se verifica el óptimo aludido.

El equilibrio de mercado supone que la utilidad “total” de los agentes del mercado es maximizada. En términos algo más técnicos, supone que el excedente total del mercado se maximiza con ventajas para todos los operadores.<sup>10</sup> Una forma más precisa de ilustrar esto es mostrando que el excedente total (que representa la ganancia en utilidad quienes intercambian) se ve maximizada en equilibrio. A la función de demanda subyace la utilidad marginal decreciente por los bienes y expresa por lo tanto la relación entre cantidad de bienes demandados y los precios que se pagan por cada una de las unidades. El excedente es la diferencia entre lo que paga y lo que valora el bien o lo que estaría dispuesto a pagar por el mismo. Alguien podría estar dispuesto a pagar hasta \$10 por un bien y sin embargo pagar por el mismo, por ejemplo, \$6. En ese caso el excedente sería de \$4. Una forma tradicional de mostrar tal relación queda determinada por el área que se encuentra por debajo de la curva de demanda. El “excedente” del productor sirve para mostrar el beneficio social de los oferentes. Surge de restar al ingreso total percibido por las empresas los costos totales de provisión. Simplificando, puede representarse el mismo por el área que está por debajo de la oferta que presenta el costo marginal por ofrecer el bien. El “excedente total” (es decir el del consumidor y del productor) opera o se verifica en el punto de equilibrio donde la demanda se iguala con la oferta. Cuando el mercado opera en competencia perfecta es cuando, precisamente, se maximiza el “excedente total”.

La teoría supone que cada agente intenta “maximizar” su excedente en un contexto donde nadie puede influir en los precios. El precio de equilibrio iguala el precio a la utilidad marginal y al costo marginal, es decir con el costo que tiene para las oferentes o empresas producir una unidad adicional del bien. Por ese motivo nadie tiene interés en demandar una unidad adicional ni ofertar una unidad adicional (y se verifica el óptimo). Desde el punto de vista social todo esto es muy intuitivo: el costo social se iguala con la utilidad social, representada la primera por la función de demanda que expresa la utilidad marginal y la segunda por la función de oferta que expresa el costo marginal.

**GRÁFICO 1.**

El gráfico 1 ilustra comparativamente un mercado en condiciones competitivas con un mercado donde opera un mercado en monopolio. C es el punto de equilibrio y M representa una situación donde el mercado no opera competitivamente. En M el excedente del productor ocupa un área mayor mientras que en C ocupa una menor. Pero en "C" (es decir en equilibrio) el excedente total es mayor que en M. El par de puntos en los ejes (PC – QC) implica un excedente, en efecto, mayor que el par (PM – QM), como puede verse en el gráfico.<sup>11</sup>

Como se señalado, al punto de equilibrio el costo de producir la última unidad (expresada por la curva de oferta) y la utilidad (expresada por la curva de demanda) que reporta está, se igualan con el precio, una propiedad indudablemente atractiva. Parece poco plausible producir un bien cuyo costo es superior a su utilidad, tanto como dejar de producir un bien cuya utilidad es mayor, todavía, que su costo. El equilibrio de mercado, garantiza, en este mundo de plena información, que se arribe a ese deseable punto de coordinación.

El modelo sugiere "orden" no planificado y constituye, por lo tanto, una especificación más formal de las condiciones en las cuales cada agente de mercado buscando su propio bienestar, lleva al óptimo social, es decir las condiciones bajo las cuales opera la clásica "mano invisible" de Smith.

En tanto la elegancia subyacente del modelo y las deseables propiedades normativas implicadas y otras eventuales muy útiles aplicaciones teóricas (que no voy a discutir ahora) no es extraño que la mayor parte de los economistas hayan centrado su atención en las propiedades del mismo, esto es, el análisis de las propiedades de los mercados “en equilibrio”, en la idea de que *dados* ciertos datos básicos (preferencias, tecnología y recursos, fundamentalmente) el problema económico consiste, centralmente, en encontrar los valores cuantitativos compatibles con el equilibrio. Cuando opera un cambio, en general, el examen se centra de ese modo en las condiciones de ese nuevo equilibrio *dadas* estas nuevas condiciones. El análisis fundamental se centra en los precios y cantidades que permiten el equilibrio y consecuentemente todas las propiedades normativas que hemos señalado. El precio de mercado, como un subastador no intencionado, vacía los mercados a determinado precio de equilibrio y la indagación de las propiedades de este “estado final de reposo” es parte fundamental de las investigaciones de buena parte de la profesión económica.

Durante las últimas décadas, sin embargo, muchos economistas y hasta acreditadas escuelas de pensamiento económico, fundamentalmente en ámbitos institucionales, han comenzado a relajar algunos supuestos del modelo, en particular, el análisis en equilibrio y el supuesto de la información perfecta, aun cuando (al menos en la generalidad de los casos, pero no en todos) sin amenazar la “síntesis” neoclásica y sus supuestos fundamentales. Muchos autores creen, de hecho, que en realidad estos trabajos “completan” el enfoque de equilibrio, aun cuando otros se apartan directamente de este enfoque.

Por ejemplo, una idea muy común a autores de la importancia de North, Coase, Williamson, Hayek y otros, es que las elecciones no tienen lugar en un vacío institucional, sino que éstas –en tanto proveen incentivos– pueden ser de utilidad para explicar las mismas elecciones. Las instituciones, “elementos externos” al modelo, son para muchos las que en realidad generan el progreso económico en tanto modelan los incentivos.<sup>12</sup>

Muchos de esos análisis suponen costos de transacción positivos y transcurren en contextos de desequilibrio de mercado. Las condiciones extrema-

damente restrictivas del modelo, su alta abstracción y formalización, en general complica una explicación adecuada de determinadas instituciones. Por ese motivo no es extraño que tanto la empresa como el empresario y la función empresarial hayan sido considerados, hasta antes de la generalización de estos estudios, como verdaderos “fantasmas” en la teoría económica más predominante, a pesar de su muy intuitiva conexión con los mismos fenómenos que la teoría de los precios tiene por finalidad *precisamente* explicar.

### **Teoría económica y la función empresarial**

Un aporte fundamental en el creciente desplazamiento teórico que he mencionado es el clásico trabajo de Coase de 1937 donde explica la empresa apelando al concepto de costos de transacción: los costos de operar en el mercado. Esto es –muy simplificado– aquellos asociados al buscar con quien contratar, formalizar los convenios, supervisarlos y hacerlos cumplir, tareas que no necesariamente (al menos si nos interesan las instituciones) debemos suponer gratuitas. Una forma de ver el mercado es que éste supone intercambios de derechos de propiedad antes que de bienes y servicios y que ese intercambio no es gratuito. Por lo tanto, “usar” el mercado conlleva costos y éstos –señaló Coase, fundando a la vez la moderna economía de la organización y el análisis económico del derecho– determinan al menos en gran parte la elección de los agentes económicos de utilizar los precios de mercado (y pagar los costos de transacción) o de organizarse jerárquicamente (y pagar otros costos).

Las empresas, en suma, suponen costos de transacción y por lo tanto, es natural que su explicación dé por supuesto el desequilibrio de mercado. Las empresas emergen, para Coase, como consecuencia de un intento de reducir los costos de transacción. En equilibrio, en tanto usar el mercado se supone “gratuito”, simplemente la noción de empresa no tiene sentido: conviene a cada cual contratar el factor allí donde maximiza la utilidad. La empresa, puesto de otros modo, permite un “paraguas” donde las costosas fricciones del mercado (los costos de los intercambios) son eliminadas. Sim-

plemente en muchos casos es conveniente la organización al mercado a fines de eliminar, en el margen, los costos de las transacciones. Para este autor, entonces, entre el tipo de organización descentralizada que supone el sistema de precios y las decisiones centralizadas del Estado debe también reconocerse un lugar a las organizaciones como típico procedimiento para reducir los costos de transacción. A partir de este trabajo fundamental, se cree, de hecho, que muchas veces la jerarquía puede ser conveniente al mercado para eliminar marginalmente los costos de las transacciones.<sup>13</sup>

Pero el modelo excluye los costos de las transacciones y con ello impide una explicación consistente de las instituciones e inclusive de la empresa. El modelo, en efecto, supone que las transacciones no tienen costos y si las transacciones no tienen costos queda inexplicada la existencia de la empresa (en tanto siempre sería más conveniente directamente contratar los factores individualmente) tanto como las instituciones fundamentales que hacen de marco al funcionamiento del mismo mercado. De hecho, la clásica función de producción de los manuales de economía deja inexplicada parte importante, y la existencia misma, de la empresa tal y como la conocemos en el mundo cotidiano de los negocios.

Y dado este antecedente, no es extraño que algo similar haya ocurrido con el empresario y la función empresarial.<sup>14</sup> En un contexto teórico donde virtualmente las operaciones se han agotado, la competencia ha sido eliminada, donde no hay costos de transacción y donde opera conocimiento perfecto, el elemento empresarial básico (“el motor del mercado”) queda también inexplicado.<sup>15</sup>

Como señala Kirzner (1998: 41-42): “En el estado de equilibrio no hay sitio para el empresario. Cuando las decisiones de todos los participantes en el mercado se ajustan entre sí enteramente, de manera que cada uno de los planes asume correctamente los planes correspondientes de los otros participantes y no existe posibilidad de una alteración de los planes, preferidos simultáneamente por los participantes interesados, al empresario ya no le queda nada que hacer. Será incapaz de descubrir oportunidad de comprar a los que infravaloran el deseo de los compradores potenciales para vender luego a esos compradores ansiosos (que, a su vez, quizá infravaloro-

ran la ansiedad de los vendedores). (...) Una economía que insiste en el equilibrio tiende, por tanto, a pasar por alto el papel del empresario”.

Casson, quien ha trabajado largamente el tema, por ejemplo, destaca la notable ausencia de una teoría consolidada del empresario desde el enfoque de equilibrio. Asume, de hecho, que las muy limitadas asunciones de la economía neoclásica pueden explicar esta singular ausencia. Destaca que la “mecánica” del sistema de precios supone automáticas respuestas maximizadoras por parte de los agentes económicos y que el análisis de equilibrio, en general, explica el crecimiento económico casi exclusivamente en factores materiales y descuida, de este modo, el factor de innovación que caracteriza a la función empresarial. En cualquier caso, la idea de que el modelo de competencia no dispone de una explicación de la función empresarial es una idea extendida y probablemente intuitiva a quienes están familiarizados con la teoría económica (Casson, 2003).

Por ese motivo no es extraño que todas las explicaciones supongan un mercado en desequilibrio o pronto a eliminar violentamente el equilibrio o alguna noción dinámica que permita la creatividad, el riesgo, la perspicacia y otras propiedades que intuitivamente tendemos a admitir como propias de la función empresarial. Estas teorías, que podemos denominar “clásicas” en tanto las más modernas se han construido en general sobre sus bases, y que voy a exponer en sus aspectos fundamentales en lo que sigue, suponen condiciones dinámicas y de información muy diferentes al análisis de equilibrio.<sup>16</sup>

La más conocida de todas las explicaciones es la “destrucción creativa” de Schumpeter (1912) Para el conocido historiador de las ideas económicas, la función empresarial se caracteriza por la introducción de innovaciones que se plasman en nuevas técnicas y oferta de nuevos productos en el mercado, dejando otras técnicas simplemente obsoletas. El empresario supone una “destrucción creativa” del mercado, sacando a éste del equilibrio de reposo. La función empresarial introduce innovaciones, deja obsoletos previos modelos de producción y genera una tendencia hacia el desequilibrio de mercado. El empresario es un factor desequilibrante que altera esa perfecta coordinación de planes a la que hacíamos referencia (a fines didácticos).<sup>17</sup>

No voy a profundizar ahora en la visión de Schumpeter del asunto. Pero parece evidente que en este contexto teórico la RIS enfrentaría al menos dos problemas para su aplicación. La primera es que el componente empresarial no es parte del “capital” conforme la visión contable que normalmente supone la relación adecuada entre capital social y objeto social. Una estricta aplicación de la RIS sólo debería permitir y computar como capital cualquier activo en propiedad o “capital” (ahora en sentido económico) que permite “renta” o “interés” pero no beneficios empresariales. En otros términos, el funcionario omnisciente debería eliminar la “destrucción creativa” que supone la actividad empresarial desde este enfoque y sólo autorizar empleos conocidos, “de equilibrio”, de los factores, aquellos por los cuales el “empresario” (o sea el no empresario) percibiría “renta” por propiedad de bienes y “interés” por capital en sentido estricto. Esta es la conclusión si es que efectivamente vamos a insistir en que el capital social (es decir los factores y el capital en sentido estricto) debe estar *adecuado* al objeto social.

La “idea empresarial”, la “nueva técnica” que saca al mercado de su estado de reposo, simplemente no forma parte del “capital” para la RIS (y el concepto de “capital social” de la LSC). Por otra parte, y dejando de lado ahora el supuesto de omnisciencia del funcionario, sucede que el tipo de actividad innovadora implicado en el empresario de este conocido autor no puede conocerse por medio de los actuales precios de equilibrio. El funcionario debería conocer los futuros precios de desequilibrio o del nuevo equilibrio y esto es más de lo que puede pedirse al más competente de los hombres: adivinar las futuras preferencias de los operadores del mercado y otros elementos relevantes a la futura “destrucción creativa”.

Después de todo, el funcionario sólo puede evaluar relaciones de “medios-fines” conforme los precios actuales de mercado y en el caso de anticipar los precios futuros consecuencia de la innovación destructiva debería eliminar estos procesos a fines de garantizar la relación “capital social” – “objeto social”.

De hecho, por ejemplo, las preferencias que permiten “luego” ese beneficio empresarial, al momento de la inscripción no se han “revelado” y aun

cuando fuese el caso de un funcionario omnisciente (como luego voy a mostrar) éste sólo debería permitir emprendimientos cuyo pago tenga la naturaleza de renta por propiedad o interés por capital. Esto en tanto la visión poco informada de “capital”, casi “contable”, que adopta la LSC en general y la RIS en particular.

En la práctica, cuando mayor sea la valoración (supongamos) por los “nuevos bienes” mayor debería ser la brecha entre el precio de los factores y/o capital en sentido estricto que se aporta al proceso de “destrucción creativa” y una correcta aplicación de la RIS debería, por propia definición, reducir el beneficio empresarial (y con ello la actividad puramente empresarial) simplemente a cero. El empresario que desequilibra al mercado debería también, de hecho, obtener ingresos muy por arriba de la renta o el interés derivado de su calidad de propietario o capitalista, al menos inicialmente. Esa innovación de mercado no puede ser conocida por el funcionario. Y si fuera conocida, debería ser anulada: sólo cuenta el capital o la propiedad pero no la función empresarial en la descripción del “capital” que se hace en la LSC y que se toma en cuenta en la RIS.<sup>18</sup>

Una muy conocida visión del problema es la que aporta Knight, quien tampoco deja muy bien parada a la RIS. Para este autor, el principal factor que explica el beneficio (y por lo tanto la actividad empresarial) es la asunción del riesgo. Desde un punto de vista más operativo la ganancia empresarial queda definida por la diferencia de valor entre los factores de la producción (en la definición de los clásicos, trabajo, tierra y capital) “antes” y “después” del proceso de producción en un contexto dinámico y donde, desde luego, no opera un “conocimiento perfecto”. El beneficio empresarial es la diferencia entre ambos, pero esa diferencia (salvo que el funcionario pueda anticipar las preferencias y riesgos asociados a la inversión de capital, lo que supone un ejercicio de adivinación) debería también eliminar el proyecto: sólo cuenta el valor actual de los activos y –como en las otras versiones– la diferencia debería quedar eliminada. Esta visión del empresario se funda en una estimación del futuro en condiciones de incertidumbre. Es el cambio y la incertidumbre lo que da sentido a la ganancia empresarial en la visión del profesor Knight, pero ciertamente, que la valoración

“contable” implícita en la regla de la RIS debería también favorecer aquellos proyectos cuyos eventuales ingresos sólo están compensados por eventuales ingresos en concepto de “interés” o “renta”. La RIS debería, también en este marco teórico, eliminar el elemento empresarial.<sup>19</sup>

Aun considerando al beneficio simplemente como el pago por la contribución a la producción o la asunción de los riesgos, supone que el funcionario conoce o puede conocer “la contribución” antes que ésta haya operado o que puede apreciar el riesgo (en condiciones donde antes que riesgo hay en realidad incertidumbre). En todo caso, aun cuando fuese omnisciente, la regla de la RIS debería eliminar el proyecto si insiste –como se supone– en el valor contable de los bienes “actuales” y toma los precios de mercado para verificar la relación “capital” – “objeto social”. De hecho, en mi opinión no es nada extraño que el capital social sea sólo un “fantasma” de la teoría legal poco empleada en la vida corriente de los negocios, en general más interesada en el “patrimonio” de las empresas.

Una visión “clásica” y diferente del problema viene de la tradición austriaca, fundamentalmente de “Mises –Hayek –Kirzner” que voy a considerar más en detalle más tarde. Brevemente expuesta, la función empresarial queda explicada (en la versión de Kirzner, la más refinada, actual y completa de éstas) como un elemento que tiende al equilibrio de mercado antes que a la “destrucción creativa”. Tiene como nota central el *descubrimiento* en contextos de desequilibrio de oportunidades de arbitraje que tiene explicación en la ignorancia respecto de datos relevantes del mercado. El empresario “austriaco”, cuando descubre oportunidades de arbitraje, remueve marginalmente la ignorancia del mercado presente en el sistema de precios e introduce de este modo nueva información que genera una tendencia al equilibrio. Se ha señalado que el equilibrio supone que se han agotado todos los intercambios provechosos. En desequilibrio, sin embargo, por ignorancia, hay diversos intercambios provechosos. El empresario, simplemente, saca partida de la ignorancia en beneficio propio, arbitra allí donde le conviene, y al mismo tiempo introduce un elemento “rectificador” del mercado. El empresario, lejos de “destruir creativamente” introduce nueva información que permite coordinar mejor los planes de los agen-

tes de mercado, en beneficio de todos.<sup>20</sup> Es, en buena medida, también una explicación muy afín al sentido común: la actividad empresarial consiste en comprar allí donde (por error) los factores u otros recursos están subvaluados y vender allí donde (también por error) los bienes finales están sobrevaluados en términos de los precios de los factores (costos). El funcionario que aplica la RIS, desde luego, sólo puede conocer esto último, pero no lo primero. De hecho, como voy a mostrar luego en detalle, de la aplicación correcta de la RIS se sigue necesariamente la eliminación de la función empresarial en cuanto tal y por lo mismo la eliminación de aquellos proyectos potencialmente más rentables y eficientes.

Una visión interesante y ciertamente afín a la austríaca es la de Schutz, para quien la función empresarial tiene como nota característica la constante reasignación de factores en condiciones de desequilibrio, y donde el beneficio empresarial constituye el “premio” o prestación de mercado por acertar con las preferencias de los consumidores. Esta es una visión ciertamente muy similar al enfoque de los autores de la tradición “austríaca”.

Hay desde luego muchas otras explicaciones más actuales, pero en general –como he comentado en cita a Casson– todas tienen como punto de partida alguna de las expuestas precedentemente (con independencia quizás, de algunas más empíricas que persiguen una descripción de las variables que explican los motivos por los cuales la gente se lanza a la actividad empresarial).

Pero como hemos visto, al menos en general, las explicaciones más clásicas y difundidas de la función empresarial (tanto como nuestras más comunes intuiciones) sugieren un tipo de actividad donde la creatividad, perspicacia ante la oportunidad, aceptación del riesgo o incertidumbre, constituyen condiciones, en general, fáciles de aceptar.<sup>21</sup> La RIS, en otros términos, elimina la noción de función empresarial en todas o casi todas sus explicaciones más tradicionales. Sin embargo, ahora quiero mostrar esto en más detalle y respecto del enfoque “austríaco” de la función y beneficio empresarial.

## **La naturaleza de la ganancia empresarial: un descubrimiento de oportunidades de arbitraje**

Una vez que dejamos de lado la asunción de “información perfecta” e ingresamos en un escenario teórico donde esa perfecta coordinación de planes individuales que supone (sólo a nivel analítico) el modelo de equilibrio, podemos considerar la función y el beneficio empresariales. Si desde el enfoque de equilibrio, interesan las propiedades de ese estado final de reposo, ahora nos interesa (desde la visión “austríaca”) el *proceso* antes que el estado final. Es decir, interesa a estos autores el proceso que lleva a ese estado final de reposo que en los hechos nunca opera por cambios en las condiciones del mercado. En este escenario, podemos suponer un universo teórico donde los agentes son ignorantes, las condiciones de mercado (como las preferencias y dotaciones de factores) cambian y donde muchas oportunidades de arbitraje están todavía no aprovechadas, alentando la “perspicacia” empresarial.

A un nivel más básico, de “teoría de la acción”, podemos suponer que los individuos no sólo intentan “maximizar” (dado el presupuesto de conocimiento perfecto) “dados” determinados fines y medios que se asumen conocidos, sino que podemos también suponer que el individuo debe “descubrir” esos fines y esos medios. El problema central que debe resolver el sistema de precios (para el enfoque de los autores de la Escuela Austriaca de Economía), no es tanto un problema de maximización de utilidad sino del modo en el cual, en contextos donde no hay “información perfecta”, podemos sacar mejor partida del conocimiento disperso en la sociedad, de modo tal que la coordinación de planes individuales opere facilitando la cooperación. Es natural, dado este antecedente, que normalmente el análisis de los autores “austríacos” se centre, antes que en el equilibrio final (que bloquea parte importante de la función coordinadora e informativa del mercado) en el análisis del *proceso de mercado*, esto es los mecanismos y patrones que permiten ajustar los planes de vida antes que las propiedades del estado, una vez que (como en el análisis de equilibrio) esto ha sido ya realizado por los omniscientes agentes del mercado.

Quizás el siguiente clásico pasaje de Hayek permita una mejor comprensión de la idea central que (respecto del punto que me interesa ahora) está en la medula del análisis de “austríaco” del sistema de precios:

El carácter peculiar del problema de un orden económico racional está determinado precisamente por el hecho de que el conocimiento de las circunstancias que debemos utilizar no se encuentra nunca concentrado ni integrado, sino que únicamente como elementos dispersos de conocimiento incompleto y frecuentemente contradictorio en poder de los diferentes individuos. (...). De ese modo, el problema económico de la sociedad no es simplemente un problema de asignación de recursos “dados” –si “dados” quiere decir dados a una sola mente que deliberadamente resuelve el problema planteado por estos “datos”–. Se trata más bien de un problema referente a cómo lograr el mejor uso de los recursos conocidos por los miembros de la sociedad para fines cuya importancia relativa sólo ellos conocen. O, expresado brevemente, es un problema de la utilización del conocimiento que no es dado a nadie en su totalidad (Hayek, 1945).

El sistema de precios puede ser visto, de ese modo, no sólo como un sistema para asignar maximizando determinadas condiciones (“dadas”), sino también y principalmente como un descentralizado sistema de “comunicaciones” que sintetiza conocimiento disperso en el mercado. De ese modo un mayor precio de un bien final “X” por ejemplo se traduce en una mayor demanda del factor de la producción “Y” que es relativamente específico a la producción de ese bien final. Es muy deseable que si hay más demanda por “X” ocurra lo mismo con “Y”, en tanto “Y” es necesario para ofertar “X”. El sistema de precios se ocupa “descentralizadamente” de generar los incentivos y sintetizar la información de modo tal que “X” e “Y” sean provistos por el mercado en una sucesión no planificada de actividades coordinadas por medio del sistema de precios como una constante adaptación a nuevas condiciones de mercado derivada del aprendizaje y la experiencia empresarial.

¿Pero quien es, en la visión de la escuela austríaca de economía, quien conduce ese proceso? Ese proceso de coordinación que permite ofertar bien-

es y servicios según las preferencias relativas de los demandantes, en los múltiples y más variados mercados, está coordinado (descentralizadamente y de manera “no intencionada”) por el figura del empresario (como herramienta analítica, desde luego). Es el empresario en su función típica, es decir con independencia de su eventual calidad de propietario, quien demanda factores y ofrece típicamente bienes finales o de consumo. La función empresarial supone un estado de “perspicacia” que permite “descubrir” medios infravalorados en relación a sus fines posibles, en un contexto de desequilibrio e ignorancia. El motor del mercado no es la decisión casi pasiva de maximizar (“dados determinados fines y medios”) sino la actividad incesante de empresarios que, alertas a las posibilidades de provechoso arbitraje, “descubren” oportunidades de intercambio allí donde antes no habían sido advertidas, introduciendo así por medio de sus pujas y abstenciones de comprar, nueva información al sistema de precios que permite una mejor coordinación hacia el equilibrio de mercado.

La función empresarial constituye así, con independencia de las modificaciones de las condiciones de mercado (típicamente preferencias, dotaciones de recursos y tecnología), un elemento dinámico dentro del mercado. Es sólo la “imperfección” del mercado la que permite el beneficio empresarial derivado del descubrimiento de mercado, del error en las valorizaciones discordantes de medios y fines que permite el arbitraje. Una vez que éste o éstos tienen lugar nueva información (o conocimiento, para ser más preciso) es introducido en el sistema de precios que tiende a alertar a otros empresarios de los potenciales beneficios de ese tipo de intercambios.

La actividad del empresario, de ese modo, supone una tendencia al equilibrio de mercado. De hecho si suponemos preferencias y las demás condiciones de fundamentales del mercado estáticas, el resultado final debería ser, supuesto que se han descubierto todas las transacciones potencialmente provechosas, un estado final de reposo de “equilibrio” (o por lo menos “didácticamente” así podemos representar la situación).<sup>22</sup> Pero nuevos cambios en las preferencias, dotaciones de los factores, y otros elementos, suponen cambios en las el mercado y con ellos nuevas oportunidades de ganancias que

deben ser “descubiertas” por la función empresarial que nuevamente tiende a corregir imperfecciones e introduciendo, vía sistema de precios, mejor y mayor información respecto de las “nuevas” condiciones de mercado.

Hay en la función empresarial –desde este punto de vista– una necesaria relación con procesos de aprendizaje que permiten sintetizar mejor la información y –por medio del sistema de precios– lograr un mejor empleo del mercado dando lugar a una tendencia hacia el equilibrio. El empresario, en suma, “descubre” fines (y aplicaciones de medios a esos fines) que son potencialmente provechosos y que no habían sido correctamente advertidos hasta ese momento. Lejos de la visión de la actividad empresarial como elemento “destrutivo” del mercado, esta visión de la actividad típicamente empresarial supone decisiones producto de uso de información privada en contextos de aprendizaje que tienden a corregir errores y orientar al mercado hacia el equilibrio.

Mises había señalado en su monumental *La Acción Humana* cierta visión de la función empresarial en igual dirección: es el empresario quien “media” entre el mercado de factores de la producción y el mercado de bienes finales, y quien anticipa –dependiendo de ello sus ganancias– las preferencias del consumidor. Aun cuando en un sentido más amplio (y menos analítico) “todos” los agentes del mercado son empresarios (Ravier, 2006: 290 y ss.). Pero, como afirma Kirzner, una vez que hemos supuesto el mercado en desequilibrio y adoptamos este punto de vista, podemos simplificar la teoría y suponer, simplemente, que todos los demás agentes de mercado toman sus decisiones conforme el modelo tradicional, simplemente para maximizar utilidad. De hecho, en un mismo agente, por ejemplo el “productor”, podemos separar analíticamente, la función empresarial de su calidad de dueño de factores.<sup>23</sup> Son agentes pasivos de la función empresarial que, en su elemento típico, supone la constante búsqueda de medios y fines antes no aprovechados. Actividad empresarial que puede explicar –enteramente, esto es suponiendo las condiciones de mercado constantes– cambios en precios, cantidades y calidades (Kirzner 1973/1998: 56 y ss).

¿En que consisten entonces los beneficios empresariales? La función empresarial típica es comprar barato y vender caro, es decir el arbitraje. “Des-

cubrir” oportunidades de negocios allí donde otros no lo han descubierto, enviando a su vez información correcta por medio de los cambios en los precios relativos del mercado. Hay una clara diferencia por el ingreso que se tiene de la venta por la propiedad de factores: “El descubrimiento de una oportunidad de ganancia *significa el descubrimiento de que algo se puede obtener a cambio de nada*”, como señala Kirzner. Con independencia de la inversión necesaria que conlleva cualquier intercambio la ganancia empresarial típicamente supone aprovechar ese conocimiento de que algo se puede intercambiar beneficiosamente y sacar partida de la ignorancia del mercado. Ingreso que analíticamente es diferente al precio de la venta de la propiedad. Es la clásica distinción entre el *interés puro* y el *beneficio puro*, muy conocida en la literatura (Kirzner 1973/1998: 56 y ss). En cuanto a la empresa y por lo tanto a la sociedad, está es claramente un instrumento institucional que emerge (para reducir costos de transacción y aprovechar beneficios de la limitación de la responsabilidad), una vez que se ha tomado una decisión empresarial. La empresa, supone (con independencia de otros actos posteriores en igual sentido) una toma de decisión empresarial (Kirzner 1973/1998: 60).

Pero conviene finalmente decir algo respecto de la calidad de accionista y la acción empresarial típica tal como la hemos definido: “El hecho de que el accionista sea *dueño* parcial de la empresa no afecta a lo que acabamos de decir. Está en posición de una persona que ha tomado prestado capital de sí mismo para comprar recursos; es propietario de los recursos, pero, pese a ello, es también un capitalista, ya que ha “prestado” el capital invertido. (...). Cuando un accionista percibe “beneficios”, a veces se le describe como “propietario” que recibe sus “ganancias” empresariales. Pero, por supuesto, la propiedad no tiene nada que ver con los beneficios empresariales. En tanto se le considere como capitalista lo que recibe es interés implícito; en tanto se le considere como propietario lo que recibe es *cuasi* renta. Si el accionista es un empresario, cualquier ganancia empresarial que pueda ser descubierta no podrá adscribirse ni a su función de capitalista ni a su función de propietario”. El accionista, en suma, percibe ganancia empresarial por su función empresarial, aún cuando en la práctica pueda estar com-

binada con elementos de cuasi renta o de interés (Kirzner 1973/1998: 70).

El origen mismo de la ganancia empresarial está en la imperfección del conocimiento de los agentes de mercado, “dado” que en práctica no se cuenta con información perfecta. Simplemente si todos los agentes del mercado tienen “información perfecta” de todos los elementos relevantes del mercado, todos los precios deberían estar, siempre, ajustados. Todos los intercambios, simplemente, realizados y las “ganancias” en el sentido que le damos en este trabajo) simplemente, realizadas. Un estado de desequilibrio, por el contrario, supone que hay problemas de información y conocimiento y que es precisamente la función empresarial la que, buscando beneficios, elimina parcialmente la misma, impulsando el mercado hacia el equilibrio. Esa fue, en parte, la visión del empresario que adelantó Mises: “Empresario quiere decir un hombre que actúa de acuerdo con los cambios que tienen lugar en el mercado”, noción implícita en su “insistencia en la empresariedad como fuerza impulsora para la distribución de los recursos de manera que correspondan a los deseos de cada consumidor”.<sup>24</sup>

Toda experiencia en el mercado supone una corrección de información que se vuelca luego en nuevos planes que requieren a su vez nuevas modificaciones, todas decisiones que, en su aspecto de compra y venta, modifican los precios y ofrecen nueva información para corregir esos desajustes en los planes individuales.

### **La doctrina “perfectamente aplicada” debería eliminar *precisamente* los proyectos más eficientes**

Como hemos tenido oportunidad de observar, a la luz de las teorías clásicas sobre función y beneficios empresariales, la RIS constituye una doctrina poco informada desde el punto de vista económico.

En primer lugar, en cualquiera de las versiones sobre la actividad empresarial que hemos examinado, el funcionario (tanto como el Juez) tiene fuertes limitaciones de tipo cognitiva para aplicar correctamente la misma: sólo puede evaluar la relación “capital social” – “objeto social” apelando a

los actuales precios de mercado los que necesariamente no contienen información respecto del proyecto empresarial. En cualquiera de las versiones de función empresarial, tanto si partimos de equilibrio como de reequilibrio de mercado, está supone una alteración de las condiciones iniciales del mercado que tiene como nota común la innovación, el riesgo y la creatividad. Antes de que el “nuevo proyecto” haya sido introducido al mercado, esto es, “después” de la eventual inscripción, los precios de mercado no pueden relevar información respecto del mismo. El funcionario sólo tiene, puesto en simple, en el mejor de los casos, una vaga intuición respecto del mismo y sólo la puede evaluar contablemente. Pero aún la evaluación contable resulta extremadamente complicada por la imposibilidad de “evaluar” el elemento empresarial, la “innovación” que supone el proyecto. Aún cuando este pudiese ser conocida por el funcionario, tiene todavía el problema que los precios –en tanto son desequilibrio de mercado– podrían estar transmitiendo evaluaciones contingentes “equivocadas” de los elementos relevantes del mercado.

Pero las futuras condiciones de mercado, tanto como la relación “capital – objeto” no están “allí” disponibles para el funcionario. Por el contrario, la dinámica de la formación de precios en el mercado y el beneficio empresarial en un mundo donde las preferencias individuales (aquellas que debe satisfacer el empresario para obtener beneficios) son mudables, subjetivas e inconmensurables, se explica adecuadamente a través de la idea de que el empresario *descubre* una oportunidad de ganancias cuando arbitra en su beneficio (y en el de la comunidad) entre los precios de los factores de la producción (costes contables en general) y los precios finales de los bienes de consumo que coloca en el mercado y esto se aplica no solamente a los grandes emprendimientos, sino también a los emprendimientos de menor envergadura, en realidad, a cualquier operación comercial, y explica las ganancias empresariales (y las pérdidas). De otro modo, si el beneficio empresarial no fuese un “descubrimiento”, es decir si el mercado de factores subvaluado fuese conocido “antes” habría sido aprovechado por otros empresarios en cuyo caso (valga la redundancia) habría también un *descubrimiento*, una oportunidad de negocios antes no vista operada con anterioridad o de lo contrario, sim-

plemente no tendría cabida teórica el beneficio empresarial como tal. La RIS, puesto en otros términos, sólo puede permitir emprendimientos que paguen “renta” (por propiedad de factores) o “interés” (por capital en sentido estricto), pero no “beneficio empresarial” puesto que este surge *precisamente* cuando hay diferencia por arbitraje entre factores y bienes finales.

Pero supongamos que el funcionario es omnisciente. Una hipótesis que implicaría mayores problemas que beneficios. Como he intentado mostrar, la RIS tan sólo debería permitir proyectos empresariales donde la incidencia de la función empresarial sea igual a cero, siempre que sea “perfectamente aplicada”. Esto en tanto la RIS (por la noción contable e capital que maneja) sólo debería permitir emprendimientos bajo la figura de una sociedad que limite la responsabilidad que obtenga ingresos por renta derivada de la propiedad de los factores y otros bienes o interés puro del capital en sentido estricto, pero debería eliminar el beneficio empresarial. Esto en tanto la función empresarial propiamente considerada (y asilada de la calidad de propietario y capitalista) se manifiesta precisamente por una diferencia de precios entre los factores y capital en sentido estricto (capital social que maneja la RIS) y el precio de los bienes finales. Cuando más subvaluados estén los primeros en términos de los segundos, más eficiente es el proyecto, más beneficios implica para la sociedad, pero al mismo tiempo, paradójicamente, menos “adecuado” resulta el capital al objeto social. La RIS, “perfectamente” aplicada por funcionarios “omniscientes”, simplemente debería llevar a la aniquilación de la función y beneficios empresariales en sentido puro.

En cualquiera de las teorías clásicas sobre la función empresarial la RIS, como hemos visto, nos llevaría correctamente aplicada (lo que afortunadamente es imposible) a aniquilar los proyectos más eficientes. Esto en tanto, en cualquiera de las explicaciones que hemos comentado, los emprendimientos más rentables deberían llevar a una fuerte divergencia entre el precio de los factores o el capital que considera normalmente la RIS y los bienes finales respecto de los cuales considera “el objeto social”. La “capitalización” así entendida, por lo tanto, debe eliminar esa diferencia y esa diferencia es, precisamente, la función empresarial. Esto es, la RIS,

aplicada por funcionarios omniscientes, debería llevar a aniquilar la función empresarial y con ella a los proyectos más eficientes.

Simplificando la noción de función empresarial podemos decir que la misma supone un introducir una “buena idea”. Una buena idea que lleva a “descubrir” como organizar factores de un modo tal que, cuando más eficiente el proyecto, menos capitalizada debería estar la empresa, en tanto la futura divergencia entre el precio de los factores (o “capital social”) y los bienes finales. Un ejemplo claro de un proyecto que no pasaría por la RIS es el de William Gates quien, junto a Paul Alen, revolucionarían el mundo de la PC creando un lenguaje para la misma, lo que los llevaría a firmar el primer convenio con MITS por la cual obtuvieron *tan sólo u\$s 16.000*, sin embargo, además está decirlo, tenían una “visión”, habían descubierto una oportunidad de negocios, no vista hasta entonces por nadie, que les reportaría beneficios inimaginables.<sup>25</sup> Sin duda en el caso de Gates, la falta de adecuación del “capital social” al objeto social, era evidente y la sociedad debería haber sido, simplemente, no autorizada: eran chicos menores de 21 años, incapaces que no contaban con crédito ni capital adecuado, poniendo fin desde sus mismos inicios a uno de los emprendimientos más rentables de las últimas décadas y que ha transformado al mundo tal y como lo conocemos. Después de todo: ¿Cómo pensar que u\$s 16.000 constituyen una capitalización suficiente para el “objeto social” de operar en el mercado de la tecnología? La respuesta es que simplemente no hay “un modo” o un conjunto determinados de modos de operar un mercado, pero detrás de la RIS se esconde esta desafortunada idea. Muchos de los grandes emprendimientos económicos son producto de *ideas que luego* han obtenido aportes de capital. Sólo puedo racionalmente establecer una relación entre “capital social” y “objeto social” si asumo una relación “conocida” previa y estable entre ambos y la actividad empresarial –por definición– supone lo contrario y aún en ese caso debería eliminar el proyecto eficiente que supone divergencia entre capital y objeto.

La paradoja queda bien establecida apenas consideramos que los emprendimientos más rentables son, precisamente, aquellos que mayor diferencia hay entre el precio de los factores de la producción (el “capital” en el sentido jurídico), y los precios de los bienes finales, de modo que una correc-

ta aplicación de esta doctrina implicaría, en los casos extremos, *eliminar aquellos proyectos más rentables*. Cuanto mayor es la incidencia del descubrimiento de mercado y por lo tanto más eficientes son los proyectos empresariales más subvaluados deben estar los precios de los factores de la producción con relación a los precios de los bienes finales y por lo tanto menos “capitalizada” deben estar las empresas. Es por esa razón que la RIS no tiene sentido económico, tanto como la noción de “capital social” que se maneja en la LSC. No es extraño, por lo tanto, que en la vida corriente de los negocios el “capital social” pase en general completamente inadvertido. Tampoco, de hecho, que el ideal de la empresa corporativa sea la inversa del modelo que asume implícitamente la RIS: una empresa con “poco capital” y alta rentabilidad.

### **La RIS y las consecuencias: síntesis de una institución ineficiente**

La limitación de la responsabilidad constituye un *instrumento* simple y claro (y por ello económico) para diversificar inversiones sin demasiados costos en control y fiscalización, al mismo tiempo que permite trasladar el riesgo empresarial a terceros cuando ello es eficiente, entre otras funciones elementales. La limitación de la responsabilidad y la participación accionaria segura, exenta de riesgos, es la base del mercado accionario y sin la plena vigencia de estos instrumentos legales, en esencia, se generan enormes dificultades para la reunión de grandes capitales.

En suma, correr el velo corporativo en las empresas por “capitalización deficiente con relación al objeto”, en opinión de los autores sería profundamente poco eficiente<sup>26</sup> en cuanto tendería a:

1. Limitar la aparición, precisamente, del ideal de la empresa corporativa, es decir de la empresa de poco capital y altos rendimientos. En efecto, la naturaleza misma del beneficio empresarial supone “descubrir” factores de la producción que están subvaluados en términos de los bienes finales o de consumo. De modo que cuando más eficiente es el proyecto más “descapitalizado” debe estar por definición.

Una ganancia empresarial es un “descubrimiento” de diferencia de valores entre costos contables (el precio de los factores de la producción) y los ingresos estimados de los bienes finales, que definen la ganancia, ¿cómo establecer, desde criterios dogmáticos, cuando un proyecto está descapitalizado sin incurrir en gruesos errores conceptuales respecto a la naturaleza del “capital”?

2. Si bien no podemos desarrollar este punto en tan breve espacio, la RIS, podría colocar el riesgo del fracaso empresarial en la parte que los afronta a mayores costos, desconociendo que la función de la sociedad de responsabilidad limitada es trasladar riesgos a los terceros, lo que –en la generalidad de los casos– es eficiente en razón de que estos tienen mayor información y recursos para establecer garantías adicionales o bien trasladar al precio los riesgos implícitos en la contratación. Mucho más costoso e ineficiente, sería que los socios deban acordar para cada contrato en particular diversas limitaciones a su responsabilidad. La razón es simple: los terceros que contratan con las sociedades no enfrentan altos costos de transacción de modo que pueden ajustar los riesgos de modo más eficiente.

Supongamos que “A” SRL contrata con el Sr. B. Para simplificar, trabajemos con precios donde no hay costos de información y ambas partes tienen plena certeza del cumplimiento del convenio. Supongamos que la sociedad está dispuesta a vender el producto X a B por un precio de hasta \$330. Y supongamos que el Sr. “A” SRL, el vendedor, está dispuesto a vender a la firma el bien X por precio no inferior a \$240. Supongamos que el precio final de la operación es de \$300. La firma obtiene un excedente de la contratación igual a \$60 y el comprador igual a \$40. En suma, hay un excedente total de la contratación igual a \$100<sup>27</sup>. Supongamos que el convenio es (para utilizar terminología legal) de “tracto sucesivo”, es decir que transcurre en varias entregas: es decir “B” paga por sucesivas entregas de X.

Ahora podríamos agregar al esquema los riesgos asociados a operar. Para simplificar, supongamos tres alternativas: garantía (1) que tiene un costo de \$10; garantía (2) que tiene un costo de \$15. Y garantía (3) que tie-

ne un costo de \$20. Si el “excedente” total del convenio era de \$100, con la garantía (1) éste queda reducido a \$90, con la segunda a \$85 y con la tercera y última a \$80. Conviene a ambas partes que la garantía sea la primera, ya que queda mayor excedente en mutuo beneficio. La garantía (1) podría ser, claramente, el patrimonio de los socios, o no, pero siempre el órgano de administración de una sociedad con responsabilidad limitada en trato directo con los terceros tiene menores costes de transacción (y de información, que están incluidos en el primer concepto) que los accionistas para resolver estos aspectos.

Es por lo expuesto que si la sociedad está infracapitalizada en todo sentido, y es conveniente que la responsabilidad esté en cabeza de los socios, las partes así lo resolverán (en beneficio también de los propios socios) y siempre con mayores posibilidades de éxito (por menores costes de información) que la *autoridad* de turno que enfrenta enormes costes de información para valuar el capital y fundamentalmente la “idea empresarial” en los más variados ámbitos donde se despliega la actividad comercial (mayores, seguro, que el empresario individual guiado por el sistema de precios y el conocimiento preciso del mercado donde opera).

3. Si hay mayores riesgos de operar por medio de sociedades que limitan la responsabilidad, es posible simplificar la situación (a fines del presente) afirmando que “sube” el precio de utilizar el instituto. Frente a ello se impone considerar que habrá menor demanda a favor de sustitutos que bien puede implicar, en la práctica, menor nivel de inversión.
4. Trazando un paralelo con otros mercados institucionales es posible anticipar la probable aparición de un mercado de “accionistas testaferrros”, aumentando los costos de transacción (a estos fines, “de papeleo”) y desviando la asignación de capital de necesidades y prioridades reales de los consumidores, expresadas en la demanda de bienes y servicios.
5. Es admisible pensar que hay aumentos en los costos de control por parte de los accionistas en razón de los mayores riesgos y descuento de los costes asociados al control de gestión. Cada accionista tendría incenti-

vos para controlar el nivel de solvencia de sus socios más allá de la integración del capital inicial. Sabemos que a mayores costos hay menor oferta de bienes y servicios.

6. Las acciones dejarían de reflejar –algo muy eficiente– de modo preciso y relativamente homogéneo su valor de mercado para intentar reflejar algo muy complejo y variable con gran afectación del cálculo económico: la capacidad patrimonial de los socios. Eso generaría mayores costos y quitaría fluidez al mercado accionario. “Personaliza” de modo poco eficiente a una sociedad de capitales, para decirlo de otro modo.
7. Costos adicionales de burocracia y mayores supuestos de litigiosidad (que en nuestro país no son menores).
8. En la práctica los problemas asociados a la insolvencia, no serían resueltos de esta manera: si las ganancias esperadas del fraude son superiores a la probabilidad de que se aplique la sanción más la cuantía esperada, entonces, el fraude sigue siendo negocio. Por otra parte, si el “testaferro” es más barato que los costes antes señalados, entonces, esta será la manera en que operaran los actores individuales.

El problema asociado con evaluar alternativas legislativas es enorme, pues supone un nivel de conocimiento e información en manos del legislador que muchas veces no está disponible. En el mercado se efectúan múltiples transacciones entre particulares que difieren en sus objetivos, circunstancias, valorizaciones, y en otros elementos fundamentales que hacen a las respectivas operaciones. Los costos de información y transacción que enfrentan los individuos en sus respectivos tratos son necesariamente menores a los costos que enfrenta el legislador.<sup>28</sup> Esto sucede, claramente, en el supuesto que hemos analizado. También debe resultar evidente que legislar sin atender a las consecuencias puede constituir un caso de “voluntarismo” o ingeniería social y que, como decía Chesterton, “*There are no rules for a castle in the clouds*”.

## NOTAS

---

- 1 Se trata de una posición que fue ganando fuerza en la doctrina nacional y que –como se sabe en el ámbito del derecho comercial– está actualmente vigente en tanto las exigencias actuales de la Inspección General de Justicia.
- 2 Desde luego que podrían ofrecerse otras razones diferentes al “sentido económico”. Podría decirse que ello es justo o bien que captura otra propiedad normativa deseable. Pero esto debería justificarse adecuadamente. Pero aun en ese caso, si la solución fuese incorporar algo de seguridad jurídica a cambio de eficiencia, la solución debería consistir en alguna transacción entre ambas y no la eliminación de la función empresarial. Por otra parte esta interpretación supone que la RIS es conducente a ese resultado (mayor seguridad a terceros) y no creo que ese sea el caso, tal como he expuesto en mi trabajo (en colaboración) que he citado en la nota anterior.
- 3 La LSC también limita la responsabilidad, con diferentes alcances y modalidades, en los casos de las sociedades en Comandita Simple, en el caso del socio comanditario, en la sociedad de garantía recíproca y las sociedades de Capital e Industria, para el socio industrial. Para simplificar me detengo nada más en las SA y SRL que son los casos más conocidos y frecuentes.
- 4 Para un examen de la RIS en el derecho comparado, véase, por ejemplo, Vitolo, 2005:185.
- 5 Se cree que las organizaciones y las instituciones (incluido el derecho) son consecuencia de la existencia de costos de transacción y que estos suponen una economía en desequilibrio. En equilibrio, de hecho, no hay costos de transacción, o puesto en otros términos más intuitivos: “utilizar el mercado es gratuito”. Los costos de transacción son los costos de transferir derechos de propiedad o de “usar el mercado”. En los mercados no se transfieren bienes estrictamente sino “derechos sobre bienes”. El modelo supone, en cambio, que los intercambios son gratuitos y supone el derecho como elemento externo al mismo.
- 6 Friedman, 1953: 3-43. Una tradicional crítica al modelo es la irrealidad de sus supuestos. Friedman sin embargo ha señalado que no importa la realidad o irrealidad de los supuestos, sino la capacidad de la teoría para predecir. Pero no viene al caso ahora detenernos en la eventual utilidad del modelo.
- 7 La correlatividad entre el equilibrio de mercado y el óptimo en el sentido de Pareto constituye la base de la economía del bienestar. Según Little, “The jewel in the crown of theoretical welfare economics is that a competitive equilibrium is Pareto optimal” (1992: 20). La explicación que sigue es muy conocida y puede encontrarse casi en cualquier libro sobre economía del bienestar, véase por ejemplo, Hausman y McPherson, 1996: 43 y ss.
- 8 Un estado de cosas “X” es óptimo en el sentido de Pareto cuando no es posible la reasignación de ningún recurso sin afectar al menos la utilidad de un agente de mercado. Supone, puesto en simple, la mejor asignación posible, en tanto todos los participantes del mercado maximizan su utilidad en ese punto. Por el contrario un estado de cosas “X” es Pareto preferido a otros “Y” cuando al menos una persona puede “ganar” sin que

ese cambio de asignaciones implique un “perdedor”. El óptimo, supone, una situación donde no hay ningún estado de cosas que sea Pareto preferido, en tanto cualquier otra asignación –como se ha señalado– supone “perdedores”. El mercado en equilibrio supone el óptimo de Pareto, y constituye un estado distributivo en la cual los bienes están asignados en sus usos más valiosos que excluye, por lo tanto, una distribución alternativa dominada desde el punto de vista de este criterio de eficiencia distributiva.

- 9 Expuesto de modo simple, supongamos que en un mercado particular cualquiera, opera para un bien X un precio (de equilibrio) de \$10. Si el precio operara por debajo, digamos \$8, todavía hay intercambios posibles que signifiquen ganancias tanto para compradores como vendedores, en tanto el costo marginal es menor que la utilidad marginal. Hasta el precio de \$10 es razonable que tanto compradores como vendedores continúen efectuando transacciones (movimientos Pareto preferidos o superiores respecto del momento anterior). A la inversa, un precio superior supone que el precio es mayor que la utilidad marginal y cualquier adquisición en esas condiciones no tiene sentido para el comprador. Al precio de equilibrio \$10, el costo y la utilidad marginales se igualan al precio y se verifica el óptimo de Pareto. Por otro lado si la cantidad demandada es menor a la cantidad de equilibrio significa que todavía son posibles muchos intercambios fructíferos entre oferentes y demandantes y que los mismos son eficientes, además, en tanto el costo marginal de esas unidades es todavía menor a la utilidad de esas unidades adicionales. Y la inversa, si por algún motivo se intercambian cantidades más allá de la cantidad de equilibrio los costos marginales exceden a la utilidad marginal lo que significa que los demandantes pueden aumentar su utilidad reduciendo las transacciones a la cantidad de equilibrio.
- 10 La explicación que sigue es de “manual”. Puede encontrarse en casi cualquier introducción de microeconomía. Véase, por ejemplo, Varian, (1999): 253-4.
- 11 Este gráfico y la explicación que le acompaña es tan común y frecuente que puede encontrarse en cualquier libro de introducción a teoría de los precios. Expongo estos antecedentes, simplemente, para aquellos eventuales lectores no demasiado familiarizados con teoría de los precios.
- 12 Para una descripción en castellano de los elementos centrales de esta corriente de investigación véase por ejemplo, Ayala Espino, 1999.
- 13 Naturalmente que la empresa y las organizaciones tiene origen contractual y son, en un sentido más general, producto del mismo mercado. Quizás una forma de comprender la empresa y las organizaciones, que en principio me parece muy atractiva, es entenderla como “decisiones constitucionales” de los individuos. Véase Vanberg 1999: 113. Respecto del seminal trabajo de Coase, “La Naturaleza de la Empresa”, donde introduce el revolucionario concepto de costos de transacción en la teoría económica ver Coase, en O. Williamson y S. Winter, 1996.
- 14 Véase Kirzner (1973/1998), quien tiene varios libros donde desarrolla este enfoque, que supone una aplicación del particular enfoque desarrollado por los autores de la Escuela Austríaca de Economía, como F. A Hayek y L. Von Mises. Véase también Irigoien, (1988).

- 15 Soltow (1968: 84-92) señala por ejemplo que la figura del emprendedor o el empresario no han merecido suficiente atención inclusive por parte de las recientes investigaciones en historia de las ideas económicas, siendo paradójico, además, que los historiadores de “otras disciplinas” sí le hayan prestado significativa atención. En mi opinión, la tentativa de “imitar” la física y la creciente formalización en teoría económica puede tener alguna responsabilidad. Pero es sólo una hipótesis, desde luego. Respeto de la situación actual de la teoría económica, creo que cualquier persona familiarizada con la teoría de los precios convencional aceptaría que un mundo de tomadores pasivos de precios no permite una explicación plausible de la función empresarial. Véase, por ejemplo, Casson, 2003, donde punto 1.1 del libro precisamente se denomina: “A Gap in Economic Theory”. El autor destaca ampliamente la ausencia de análisis de la figura del emprendedor, y cree que las muy limitadas suposiciones de la economía neoclásica son una de las razones respecto de la notable ausencia. Precisamente destaca que la “mecánica” del sistema de precios implícitos supone automáticas respuestas maximizadoras por parte de los agentes económicos. Señala que la teoría ortodoxa funda el crecimiento económico casi exclusivamente en factores materiales.
- 16 Refiero al mencionado trabajo de Hebert y Link. Pero hay consenso respecto de que estas teorías –que he mencionado– constituyen básicamente las respuestas más conocidas. Véase Casson, 2003, Kirzner, 1998 y la extensa bibliografía que estos autores citan en igual dirección.
- 17 Como señala Ravier: “La innovación consiste en Schumpeter en la utilización de una nueva combinación de factores que puede darse bajo las siguientes formas: (a) introducción de un nuevo bien o nueva calidad del bien; (b) empleo de un nuevo método de producción o de comercialización de bienes; (c) apertura de nuevos mercados; (d) conquista de una fuente de materias primas o bienes manufacturados; (e) reorganización de una o varias industrias”. Ver Ravier, (2006): 267.
- 18 Schumpeter, 1912/1999. El capítulo II de este trabajo es fundamental para su descripción de la “destrucción creativa”; también el capítulo IV para su explicación de la ganancia empresarial (primera edición de 1912).
- 19 La concepción de la función empresarial de F. Knight es también muy conocida. Está comentada prácticamente en toda la bibliografía que he consultado, tanto en Casson como en Kirzner, por ejemplo. Véase Knight, 1921. Para un comentario donde se destaca la importancia del enfoque de Knight ver Hicks, (1931):170-189.
- 20 Este enfoque está desarrollado fundamentalmente en Kirzner, (1973/1998, 1997) y (1998) (esta última para una explicación introductoria). Buena parte de las reflexiones que desarrollo a continuación, en cuanto a formación de los precios en el mercado, sigue esta visión. Para una comparación entre la teoría austríaca en la versión de Mises y el enfoque de Schumpeter, véase Ravier, op cit.
- 21 Como he señalado, estos enfoques son los más destacados por la literatura, por ejemplo, Casson y Kirzner. Para Casson existe mucha literatura empírica que busca explicar las variables por las cuales determinados individuos eligen la actividad empresarial. Hay desde luego otras explicaciones, pero según este autor todo el trabajo posterior

- estaría en realidad continuando alguna de estas visiones más bien “clásicas”.
- 22 Aquí cuando refiero al equilibrio no necesariamente refiero (aún cuando la idea puede adaptarse fácilmente) al clásico concepto de equilibrio al que hice referencia. Refiero en realidad a una noción más general de equilibrio usual en economía (como en teoría de la decisión y de los juegos y otras disciplinas contiguas) en el sentido de que nadie tienen propiamente incentivos para actuar de modo diferente.
  - 23 Afirma Kirzner respecto del empresario: “Cuando le consideramos como propietario de recursos, no es necesario dotarle de ningún elemento empresarial. Podemos considerarle como “maximizador” del ingreso procedente de sus recursos, limitándose a aceptar los precios existentes. Además, gran parte de lo que habitualmente se estudia bajo el nombre de “teoría de la producción” se puede comprender sin referencia alguna a la empresarialidad. (...). Pero cuando consideramos la productor en su otro papel, como empresario puro, (...) en ese momento no aparece nada a lo que tenga que darle la mejor aplicación. Como puro empresario, lo único que hace es estar alerta para descubrir las diferencias de precios entre compras y ventas” (1973/1998: 60).
  - 24 Kirzner, op. cit., p. 97. Sin embargo en Mises queda claro que en sentido estricto (también surge del trabajo de Kirzner) todo agente de mercado es naturalmente empresario. Sólo que *analíticamente* tal actividad de descubrir medios y fines puede ser *analíticamente* separada de otras actividades típicas y con beneficio teórico.
  - 25 Cachanosky, (2000): 246-247. El autor explica ampliamente la función empresarial y la naturaleza del beneficio como “descubrimiento”, en la línea con la explicación que estoy empleando en esta parte final del trabajo. El autor destaca cómo “buenas ideas”, anticipar correctamente futuras decisiones de mercado, constituyen la explicación básica de la ganancia y éxito empresarial. Ilustra además el caso con varios ejemplos notables.
  - 26 A los fines del presente alcanza con la idea de eficiencia más común, que podría identificarse con simplemente evitar el derroche de recursos.
  - 27 Como es muy conocido en teoría económica el “excedente”, en este caso, es la diferencia entre lo que efectivamente se paga y lo que se estaría dispuesto a pagar. Cuanto mayor es el excedente, claramente, mayor es la utilidad derivada de la transacción.
  - 28 Tal principio es una implicancia del “Teorema de Coase”, marco teórico fundamental del Análisis Económico del Derecho. Ver Coase, (1960).

## Bibliografía

- Ayala Espino, José (1999): *Instituciones y Economía. Una introducción al neo-institucionalismo económico*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Bonilla, León A. (2001): “Infracapitalización societaria. Supuestos de responsabilidad”, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II.
- Cachanosky, Juan C. (2000): “Las decisiones empresariales y las predicciones en economía”, en *Libertas* 32, Mayo, Buenos Aires: ESEADE.
- Casson, Mark (2003): *The Entrepreneur: an Economic Theory*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, Segunda Edición.
- Coase, Ronald H. (1937/1996): “La Naturaleza de la Empresa”, en O. Williamson y S. Winter, *La naturaleza de la empresa, Orígenes, evolución y desarrollo*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Coase, R. H. (1960): “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, 1.
- Embid Irujo, José M. y Vitolo, Daniel R. (2005): *Sociedades Comerciales, los Administradores y los Socios*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Friedman, Milton (1953): “The methodology of positive economics” in *Essays in Positive Economics*, Chicago: University of Chicago Press.
- Hausman, Daniel y Mc Pherson, Michael (1996): *Economic Analysis and Moral Philosophy*, Cambridge University Press, UK.
- Hayek, F. A. (1945): “The Use of Knowledge in Society”, *American Economic Review*, XXXV, 4, 519-30, traducción al castellano en *Estudios Públicos* N° 12, Revista del Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile 1983.
- Hicks, John (1931): “Theory of Uncertainty and Profit”, en *32 Economica*, May, pp. 170-189.
- Irigoin, Alfredo (1988): “Desarrollo Económico y Función Empresarial”, *Libertas* 9, Buenos Aires: ESEADE..
- Kirzner, Israel (1973/1998): *Competencia y Empresarialidad*, 2º edición, Madrid: Unión Editorial.

- Kirzner, Israel (1997): “El significado del proceso de mercado”, en *Libertas* 27, ESEADE, Buenos Aires.
- Kirzner, Israel (1998): “El Empresario”, *Libertas* 29, Octubre, Buenos Aires: ESEADE.
- Knight, Frank (1921): *Risk, Uncertainty and Profit*, New York: AM Kelley Editor.
- Little, I. M. D. (1992): *Ethics, Economics & Politics*, Cambridge University Press, UK.
- Mises, L. V. (1949/1995): *La Acción Humana*, Madrid: Unión Editorial, 5ª edición.
- Nissen, Ricardo (2001): “Infracapitalización de Sociedades Comerciales. Abuso de Derecho y Responsabilidad de los Socios y Controlantes”, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo II.
- Nissen, Ricardo (1998): *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires: Had Hoc.
- Ravier, Adrián (2006): “Hacia un estudio comparativo de las teorías económicas defendidas por Joseph Shumpeter y Ludwig Von Mises”, en *Libertas* 44, Mayo ESEADE, Buenos Aires.
- Schumpeter, Joseph (1912/1999): *Teoría del desenvolvimiento económico*, México: Fondo de Cultura Económica.
- Soltow, James H. (1968): “The Entrepreneur in Economic History”, 58 *American Economic Review*, Vol. 58, No. 2, pp. 84-92.
- Stordeur (h), Eduardo (2006): “Infracapitalización Societaria o la Eliminación de la Función Empresarial”, en Stordeur (h), Eduardo, “Temas de Análisis Económico del Derecho Comercial”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* 220, Buenos Aires: Lexis Nexis, Argentina.
- Stordeur, Eduardo y Stordeur (h), Eduardo (2003): “Responsabilidad por infracapitalización societaria: apuntes para un análisis económico”, II Jornadas Iberoamericanas de Derecho Mercantil, organizadas por la Universidad de Valencia y la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Iguazú.
- Varian, Hal (1999): *Micro Economía Intermedia*, Barcelona: Anthony Bosh Editor, 5ta. Edición.

- Vitolo, Daniel R. (2005): “Capital Social, Infracapitalización, sobre endeudamiento y el principio de limitación de la responsabilidad, en José M. Embid Irujo y Daniel R. Vitolo, *Sociedades Comerciales, los Administradores y los Socios*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Vanberg, Víctor (1999): *Racionalidad y Reglas, Ensayos sobre teoría económica de la Constitución*, Barcelona: Gedisa.

## LIBERTAD ECONÓMICA Y CONVERGENCIA EN ARGENTINA: 1875-2000\*

*Isabel Sanz Villarroja\*\**

### Resumen

Este artículo trata de identificar los principales factores que explican el declive de la economía Argentina respecto al grupo de la OCDE. Para ello, se ha construido un índice de libertad económica que resume los principales resultados de las políticas implementadas a lo largo del período 1875-2000 y se demuestra cómo éste ha influido en su posición relativa.

### Abstract

This paper tries to investigate the main factors behind the decline of the Argentine economy, comparing its evolution to that of the OCDE. To do it, we have constructed a reduced economic freedom index which summarises the main political macroeconomic outcomes covering the period 1875-2000. The results obtained show how these outcomes have influenced the relative evolution of the Argentine economy.

---

\* Este trabajo fue presentado en el IX Encuentro de Economía Aplicada celebrado en el 2006 en Jaén (España). Agradezco todos los comentarios que los asistentes a dicho congreso hicieron sobre la primera versión del artículo. Un agradecimiento especial merece Leandro Prados de la Escosura, cuyas sugerencias fueron cruciales en la elaboración del mismo.

\*\* Doctora en Ciencias Económicas por la Universidad de Alcalá de Henares (Madrid) Profesora Asociada del Departamento de Estructura, Historia Económica y Economía Pública. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Gran Vía 2, 50005, Zaragoza, Universidad de Zaragoza. isanzvil@unizar.es

## Introducción

El estancamiento y la recesión son rasgos que definen en mayor o menor medida, salvando determinados momentos, a la coyuntura económica argentina desde hace varias décadas, empañando el pasado esplendoroso que caracterizó a este país hasta principios del siglo XX. Antes de finales del XIX y principios del XX su evolución podía equipararse, en términos generales, a la de otros países de la OCDE y, más en particular, a las de Australia y Canadá, dos países cuyas economías compartían con Argentina el hecho de ser territorios de nuevo asentamiento y de presentar pautas de crecimiento similares basadas en la explotación y exportación de bienes primarios.

Posteriormente, sin embargo, la economía argentina se separaría de la senda de las economías avanzadas e industrializadas. No es de extrañar, pues, que el estudio del atraso argentino haya acaparado la atención de los estudiosos de la economía y la historia.

En concreto, determinar en qué momento y por qué Argentina comenzó a separarse de la trayectoria seguida por otros países desarrollados constituye uno de los debates más controvertidos dentro de la historiografía Argentina y se erige como uno de los temas principales de estudio.

¿Fue la falta de libertad económica la causa de la interrupción del crecimiento económico de este país y, por ende, de su divergencia?

En este artículo nos proponemos localizar el momento exacto en el que Argentina comenzó a perder posiciones relativas respecto al grupo de países de la OCDE. Para ello empleamos contrastes de raíces unitarias y cambios estructurales en las series relativas de PIB per cápita. Los resultados obtenidos nos permiten situar dicho momento en 1913.

Además, y mediante la construcción de un índice reducido de libertad económica, se intenta interpretar la pauta relativa seguida por este país. Dicho índice se compone de un conjunto de variables macroeconómicas y se construye mediante la técnica de componentes principales. El análisis de co-integración realizado entre este índice y la serie de PIB per cápita argentino relativo al de los países de la OCDE, identifica a dicho índice como causante de la evolución comparada de este país.

En la siguiente sección se presenta un breve panorama sobre el debate de la convergencia en Argentina. En la sección tercera se contrasta empíricamente la hipótesis de convergencia de Argentina respecto al conjunto de países de la OCDE. Por último, y tras una cuarta sección en la que se construye un índice de libertad económica, se pasa a analizar la relación existente entre la evolución de dicho índice y la seguida por Argentina respecto a la OCDE en términos de PIB per cápita.

### **Historiografía y el planteamiento del problema**

En la historiografía argentina existen dos debates que se entrelazan: cuándo Argentina experimentó el fin de la etapa de la economía primaria exportadora, un período de intenso crecimiento, y en qué momento este país comenzó a separarse de la evolución seguida por otros países desarrollados. Por lo general, la comparación se realiza con Australia y Canadá, territorios de nuevo asentamiento que comparten con Argentina la peculiaridad de haber iniciado su crecimiento a partir de la explotación de recursos naturales. Hasta principios del siglo XX estos países se caracterizaron por la abundancia relativa de tierra con respecto al capital y al trabajo. Además, la exportación de productos primarios, la masiva llegada de inmigrantes y la importación de capital, procedentes en su mayor parte de Europa, contribuyeron al desarrollo de sus economías (Korol, 1991). Una comparación más generalizada de la evolución argentina se establece con un amplio grupo de países desarrollados y más concretamente con el grupo de países de la OCDE (Taylor, 1994; Cortés Conde, 1997).

En torno a este asunto, existen dos corrientes de opinión claramente diferenciadas. Según Díaz-Alejandro, el punto de inflexión aconteció a raíz de la Gran Depresión. La política liberal de orientación exportadora hizo que Argentina sorteara las dificultades de los primeros años del período de entre guerras y fueron, así, las políticas de sustitución de importaciones instrumentadas a raíz de los años treinta, las responsables de sus malos resultados posteriores (Díaz-Alejandro, 1970). Cortés Conde, por su parte, afirma

que “a partir de algún momento alrededor de la mitad del siglo XX Argentina comenzó a retrasarse respecto de Australia, EEUU, Reino Unido e Italia, brecha que se hizo cada vez más amplia a medida que nos acercábamos al presente”.<sup>1</sup> Ello fue consecuencia de las políticas de sustitución de importaciones, que se intensificaron durante la primera etapa peronista.

La otra corriente de pensamiento, encabezada por Di Tella y Zymelman, sostiene que el declive relativo argentino comenzó en fechas mucho más tempranas, en torno a 1913. De acuerdo a estos autores, las políticas aplicadas a partir de entonces no se adaptaron al lugar que ocupaba Argentina como economía exportadora de productos primarios y dependiente del exterior, en un contexto adverso que no favorecía ni el intercambio comercial ni las finanzas internacionales. La expansión horizontal de la frontera agrícola estaba llegando a su fin y dificultaba el avance de esta economía (Di Tella y Zymelman, 1973).

Taylor acepta la hipótesis que mantiene que el retraso argentino comenzó hacia 1913, que se haría más pronunciado tras la crisis de 1929 y se agudizaría a partir de 1950 (Taylor, 1994). Las causas que están detrás de esta evolución se derivan, inicialmente, de las consecuencias acarreadas por la Primera Guerra Mundial. La menor afluencia de capital extranjero que se produce desde entonces no pudo suplirse con ahorro interno, dada la elevada tasa de dependencia demográfica característica de este país, lo que redundaría en bajas tasas de acumulación de capital y, por ende, en menor crecimiento. Además, las distorsiones generadas por las políticas proteccionistas, aplicadas a raíz de la crisis de 1929, no hicieron sino incrementar el precio relativo de los bienes de capital perpetuando la escasez de capital e impidiendo así las posibilidades de recuperación (Taylor, 1992, 1994, 1998).

Las limitaciones derivadas de estas políticas desembocaron en una situación insostenible que, reforzada por la crisis del petróleo y la consecuente crisis de la deuda de los ochenta, se manifestaron de manera evidente a partir de 1974. No será hasta la década de 1990 cuando, tras una serie de acuerdos con el FMI y la instauración del Plan de Convertibilidad, la situación comience a mejorar, si bien la senda de convergencia que en un pasado sostuvo con otros países desarrollados no logró recuperarse.

Así, de lo comentado anteriormente, parece quedar claro que el marco institucional se erige como la causa de la evolución relativa seguida por Argentina. Ciertamente, este es el asunto que guiará el análisis que presentamos en este artículo y, por tanto, que comprobaremos, si bien desde una óptica más empírica que la utilizada hasta el momento en otros estudios. No obstante, para ello deberemos primero abordar el cometido de dar respuesta a la pregunta de cuándo Argentina comenzó a perder posiciones relativas.

Haciendo uso de la información ofrecida por Taylor, tendríamos los siguientes datos sobre la evolución relativa de Argentina respecto a la OCDE:

**CUADRO 1.** Niveles de PIB per cápita (en \$ PPA de 1990) y tasas de crecimiento, Argentina y la OCDE, 1900-1987

<b>Niveles de PIB por habitante (dólares internacionales, precios de 1980)</b>						
	<b>1900</b>	<b>1913</b>	<b>1929</b>	<b>1950</b>	<b>1973</b>	<b>1987</b>
Argentina	1284	1770	2036	2342	3713	3302
OCDE	1817	2224	2727	3553	7852	10205

<b>Tasas de crecimiento</b>		
	<b>1900/1913</b>	<b>1913/1929</b>
Argentina	2.47	0.88
OCDE	1.55	1.27

Fuente: Taylor, 1994.

Del análisis de esta información podemos observar que, desde 1900 hasta 1913, las diferencias en niveles de ingreso per cápita entre Argentina y la OCDE se habían reducido, pasando a representar el PIB per cápita argentino un 80% del de la OCDE respecto al 71% que representaba en 1900. La razón fue la mayor tasa de crecimiento de Argentina, país que en el momento inicial ofrecía el menor nivel de PIB per cápita, y la menor tasa de crecimiento registrada en la OCDE. En cambio, parece que en algún momento determinado entre 1913 y 1929 comenzó un proceso de diver-

gencia puesto que en este último año las diferencias en niveles por habitante entre Argentina y los países de la OCDE comienzan a ser evidentes. De acuerdo a los datos anteriores, en 1929 el producto por habitante de Argentina era el 75% del de la OCDE, disminuyendo al 65% en 1950 y continuando el descenso hasta suponer tan sólo un 32% en 1987.

Sin embargo, esta información, aunque de interés, no es suficiente para poder fijar con exactitud la fecha en la que la evolución de la economía argentina comenzó a separarse de la seguida por otros países industrializados. Tampoco nos permite realizar afirmación alguna acerca del período en el que, supuestamente, Argentina pudo converger con los otros países ni decantarnos por la postura de Díaz-Alejandro, la de Cortés Conde o la de Taylor. Hay que tener en cuenta, además, que esta información no es la más actualizada ya que hoy en día contamos con la serie completa de PIB per cápita, reconstruida por Cortés Conde (1996) desde 1875 hasta 1935, la cual enlazada posteriormente con los datos oficiales nos permite calcular las tasas de crecimiento en distintos períodos de una manera más precisa, así como abordar el tema de la convergencia desde una óptica más adecuada.

Por ello, ¿dónde se sitúa realmente ese momento en el cual Argentina comenzó a separarse de los países OCDE? El primer objetivo que se propone este artículo es precisamente responder a esta pregunta. Para ello se realizará un ejercicio de convergencia que nos ayude a concretar si durante algún período determinado se dio un proceso de este tipo entre Argentina y estos países y, si fue así, delimitar el momento en el cual éste se detuvo. Ello nos obliga previamente a estudiar la evolución aislada de la economía argentina y, de paso, a revisar el debate relativo al momento en el que se sitúa el fin de su fase expansiva.<sup>2</sup>

No obstante, antes de comenzar con el análisis de convergencia, es necesario hacer notar que, basándonos en toda la información ofrecida anteriormente, hemos realizado un razonamiento a través de datos de sección cruzada y definiendo convergencia en el sentido neoclásico. Sin embargo, veremos a continuación que esta forma de operar tal vez no sea la más adecuada para el caso que aquí se presenta.

## Convergencia: definiciones y teorías

En el estudio de los procesos de convergencia la teoría exógena del crecimiento ha sido, hasta el momento, la utilizada con más frecuencia. Ésta encuentra su soporte teórico en el modelo de Solow, según el cual, si los diferentes países poseen las mismas preferencias y tecnología, dada la existencia de rendimientos marginales decrecientes en el uso de factores acumulables, en concreto del capital, los países pobres tenderán a crecer más rápido que los ricos, hasta alcanzarlos. De esa manera, cada uno llegaría a su propio estado estacionario pero durante el período que transcurre hasta alcanzarlo, las diferencias de renta per cápita existentes entre ellos tenderían a disminuir.<sup>3</sup>

Hay que advertir, sin embargo, que la teoría exógena presenta inconvenientes en su intento de analizar empíricamente los procesos de convergencia por varias razones. Fundamentalmente, y en primer lugar, porque el concepto de convergencia no queda definido explícitamente y tiende a confundirse con el de *catching up*. Afortunadamente, este problema ha sido resuelto por Bernard y Durlauf quienes distinguen y definen ambos conceptos de manera precisa. La convergencia a largo plazo implica lograr la igualdad en el ingreso entre los países en un momento dado, mientras que el concepto de *catching up* queda asociado con la tendencia a reducir las diferencias de ingreso por habitante a lo largo del tiempo.<sup>4</sup>

Otro inconveniente que presenta la contrastación empírica de esta teoría procede de la utilización de datos de corte transversal o, en el mejor de los casos, de datos de panel para comprobar la validez de las hipótesis. El principal problema que presentan estas modalidades de datos es que tienden a ofrecer generalizaciones al no poder discernir explícitamente entre el corto y el largo plazo. Además, no describen el perfil del proceso y tampoco permiten distinguir entre convergencia estricta y *catching up*.

Por último, existe el problema adicional del planteamiento de las hipótesis nula y alternativa. En este tipo de análisis, la hipótesis nula sostiene que ningún país de los considerados en el estudio converge, mientras que la hipótesis alternativa mantiene que todos los países lo hacen sin que se

tomen en consideración, por tanto, los casos intermedios (Bernard y Durlauf, 1995,1996).

Para soslayar estos problemas, al menos parcialmente, los estudios más recientes consideran datos de series temporales y enmarcan todo el estudio de la convergencia y del *catching up* dentro de la teoría de raíces unitarias, bien mediante el uso de las técnicas de la co-integración (Bernard y Durlauf, 1995) o, simplemente, del análisis univariante de las series de PIB per cápita de los países considerados (Greasley y Oxley, 1998).

En el primero de estos dos casos, Bernard y Durlauf consideran que cuando la diferencia de producto por habitante entre dos países sea un proceso estacionario de media cero se dará una relación de co-integración entre ellos y la definición estricta de convergencia se cumplirá (Bernard y Durlauf, 1995). Tal noción de convergencia implica que el proceso tiene lugar entre dos economías cuando la relación existente entre sus series de renta per cápita es estacionaria y las diferencias observadas entre ambas son de carácter transitorio. Si, por el contrario, dichas series no mantienen una única tendencia a largo plazo, se trataría de una versión débil de convergencia, es decir, de *catching up*, que reflejaría la persistencia de distintos estados estacionarios.

Una posibilidad alternativa de análisis con series temporales es la ofrecida por Greasley y Oxley (1998) quienes aplican las propuestas de Perron y de Zivot y Andrews<sup>5</sup> a la serie relativa de producto per cápita entre dos países. Si dicha serie comparativa no es estacionaria, la definición estricta de convergencia no se cumpliría, y tampoco la de *catching up*, puesto que entonces cualquier *shock* persistiría y evitaría el proceso de convergencia.<sup>6</sup> No obstante, si la serie relativa presenta una tendencia segmentada, en este caso sí podríamos hablar de *catching up* aunque no de convergencia estricta. No se trataría de convergencia a largo plazo puesto que precisamente los cortes estructurales en la serie relativa nos indicarían que la igualación en PIB per cápita, si llegó a producirse en algún momento, no logró mantenerse. Sin embargo, los cortes hallados no tienen porqué impedir una reducción de las diferencias de producto por habitante; es más, éstos pueden favorecer que esa disminución se produzca. Por el contrario, si la serie original

es estacionaria entonces deberíamos distinguir entre convergencia a largo plazo y *catching up*.<sup>7</sup>

Así pues, para contrastar la hipótesis de convergencia con respecto a la OCDE en el estudio del caso argentino, lo acertado es considerar datos de series temporales.

En el resto del artículo, se analiza la convergencia entre Argentina y la OCDE en términos de PIB per cápita a partir de series temporales que cubren el período 1875-2000, y se opera de acuerdo a la aproximación metodológica más explícita de Greasley y Oxley (1998). Para ello, se utilizan las series de PIB por habitante ofrecidas por Maddison, las cuales se hallan expresadas en dólares internacionales de 1990. Para Argentina, y hasta 1935, se tomará la serie que Cortés Conde reconstruyó pero convertida a dólares internacionales de 1990 para que resulte comparable con la de la OCDE.<sup>8</sup>

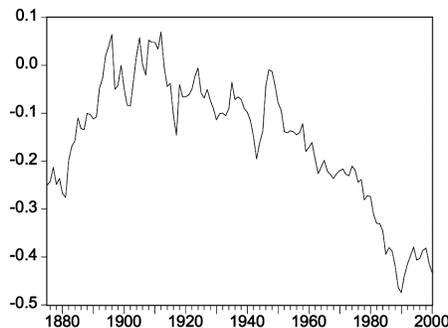
### **Convergencia en PIB per cápita**

Antes de estudiar la serie del PIB per cápita de Argentina con respecto a la de la OCDE deberemos analizar en primer lugar, y de acuerdo con la propuesta de Greasley y Oxley, las series de PIB per cápita de cada país por separado. La idea es identificar las distintas rupturas estructurales de cada una de las series y comprobar en qué medida éstas han podido favorecer o impedir la convergencia entre Argentina y la OCDE. Es posible que dos países sufran el mismo impacto en torno a una misma fecha, tradicionalmente en torno a las dos guerras mundiales y las depresiones de los años treinta y setenta y, sin embargo, que la magnitud de ese impacto sea diferente, lo que conllevaría una discontinuidad relativa.

El análisis univariante de las series de individuales de Argentina y de la OCDE se ofrece en el apéndice mientras que en este apartado se muestra el análisis relativo de ambas series.<sup>9</sup>

El análisis de la serie relativa de PIB per cápita argentino respecto al de la OCDE nos permitirá averiguar el momento exacto en el cual Argentina

**GRÁFICO 2.** El Proceso de Convergencia de Argentina versus la OECD: 1875-2000  
(diferencias de logaritmos)



Fuentes: Cortés Conde, 1996; Maddison, 1997, 2002

comenzó su proceso de divergencia, a la vez que nos ayudará a contrastar, de un modo más formal, la hipótesis de Taylor.

De dicho análisis se extrae que la serie no es estacionaria debido a que el ADF aplicado a la misma arroja unos valores que están por debajo de los críticos al 1%, 5% y 10% de significatividad (-2.733 respecto a -4.036, -3.447 y -3.148 respectivamente). Sin embargo, tras aplicar el método propuesto por Perron (1989) y Zivot y Andrews (1992) y sus posteriores extensiones, dicha serie puede convertirse en estacionaria una vez que se introducen aquellos cortes que marcan su tendencia segmentada. En este caso la introducción de un cambio a la baja, en el nivel de la serie en 1913 y dos cambios negativos en su tendencia tras 1913 y 1950, corroboran estas predicciones.<sup>10</sup> Dado que obtenemos rupturas en la tendencia de la serie, tan sólo podremos considerar la posibilidad de *catching up* y no de convergencia estricta, como ya se advierte en el gráfico 1.

Comprobamos, pues, que estos resultados corroboran la tesis de Taylor que sitúa el fin del proceso de *catching up* de Argentina respecto a la OCDE en 1913, año que coincide con el fin de la primera fase de crecimiento de la economía argentina, tal y como se comprueba en el apéndice al analizar su serie individual de PIB per cápita. El segundo cambio

estructural hallado en 1950 estaría relacionado con la mayor tasa de crecimiento archivada en la OCDE después de la Segunda Guerra Mundial y que se deriva del estudio individual de su serie, que también se reporta en el apéndice.

De estos resultados podemos deducir que existen cambios significativos en las series individuales que unas veces favorecen y otras perjudican e impiden los procesos de *catching up* entre las economías.

Los resultados del análisis comparado de Argentina respecto a la OCDE se muestran a continuación:

**CUADRO 2.** Análisis Univariante de Argentina respecto a la OCDE

$$\text{ADF: } \Delta Y_{t-1} = a_0 + \lambda * Y_{t-1} + a_1 * t + a_2 * duT_i + a_3 * dtT_i + \varepsilon_t$$

Variable	Parámetro	t-ratio
Constante	-5.266	-3.865
$Y_{t-1}$	-0.329	-5.192
t	0.003	3.862
du1913	-0.057	-3.709
dt1913	-0.003	-3.421
dt1950	-0.002	-3.538

Adj.-R<sub>2</sub>=0.187

DW=1.680

AIC= -6.979

F=6.716

Donde Y representa el PIB per cápita relativo de Argentina respecto al de la OCDE y donde t representa una tendencia temporal. Además,  $duT_i=1$  si  $t > T_i$  ( $T_i=1913, 1950$ ) y es cero en caso contrario, y  $dtT_i= (t-T_i)$  si  $t > T_i$  y es cero en caso contrario. Por tanto,  $duT_i$  representa cambios en el nivel de la serie a partir del año indicado y  $dtT_i$  representa cambios en la tendencia.

**Las causas del fracaso argentino: el índice de libertad económica**

¿Por qué Argentina, un país que hasta principios del siglo XX figuró entre los diez países con mayor renta per cápita del mundo, se rezagó hasta alcan-

zar su posición actual, más cercana a la de Turquía que a la de Europa occidental? ¿Por qué no logró acortar distancias con la OCDE durante más tiempo? ¿Cuál es el origen del retraso de la Argentina? Dado que parece existir una posición unánime entre los autores que señalan al marco institucional y a los resultados de las políticas aplicadas como los causantes últimos del mal desempeño argentino, ¿cómo medir de una manera sintética su impacto?

Desde comienzos de los años noventa del pasado siglo el marco de incentivos que condicionan el comportamiento de los agentes económicos en economías de mercado ha sido investigado con el propósito de obtener indicadores cuánticos de libertad económica. El Fraser Institute ha construido un índice de libertad económica basado en componentes objetivos que muestran la presencia o ausencia de libertad económica y comprende 21 elementos o indicadores que reflejan la coherencia de acuerdos institucionales y de las políticas económicas.<sup>11</sup> En nuestro caso, se considera un índice mucho menos ambicioso y comprende resultados fundamentales de la política fiscal, la monetaria y la dimensión de la política comercial, al tiempo que se considera el caso argentino desde una perspectiva histórica.<sup>12</sup>

Para llevar a cabo dicho objetivo, se ha construido un índice de libertad económica que, si bien puede considerarse en su versión reducida, recoge los principales elementos representativos de los resultados del conjunto de políticas aplicadas en cada momento.

Entre los elementos que integran el índice ‘reducido’ de libertad económica [IRLE, en adelante] figura, en primer lugar, el consumo público ( $G_i$ ) como proporción del consumo total ( $G_i/(G_i+C_i)$ ), siendo  $C_i$  el consumo privado. Además, se incluyen la ‘depreciación del valor real del dinero’ ( $Infl/(100+Infl)$ ), siendo  $Infl$  la tasa de inflación en porcentaje; la protección nominal ponderada ( $Tariff$ ), medida como la proporción de los ingresos aduaneros sobre el valor total de importaciones y exportaciones; y la desviación del tipo de cambio oficial con respecto al de mercado (su diferencia en logaritmos), que denominamos ‘mercado negro’ ( $Black$ ). Para construir el ILE hemos recurrido al análisis factorial basado en el método de componentes principales, cuyos resultados se presentan en el Cuadro 3. Se observa que todas las variables consideradas, excepto la protección nomi-

nal ponderada, aparecen en una primera componente con ponderaciones negativas, lo que indica que están inversamente asociadas con la libertad económica. El hecho de que la protección nominal ponderada aparezca con signo positivo se debe a que ésta ha ido disminuyendo en tendencia al pasar el tiempo mientras que las otras presentan una tendencia creciente.

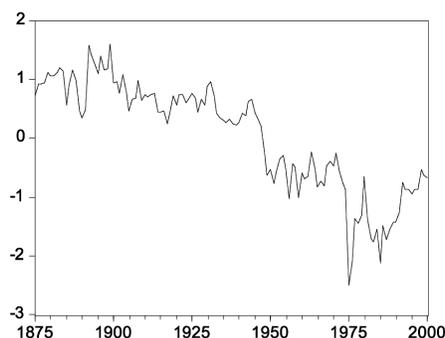
Finalmente, el ‘índice reducido de libertad económica’ (ILE) se ha obtenido como una combinación lineal de cada una de dichas variables, donde los valores que asigna el análisis factorial a cada componente, en proporción de su valor total, han sido empleados como ponderaciones respectivas.<sup>13</sup>

Los resultados del análisis de componentes principales se muestran a continuación así como el gráfico del índice construido:

**CUADRO 3.** Análisis de Componentes Principales para la Determinación del IRLE

	Consumo público/consumo total	Depreciación real del dinero	Protección nominal ponderada	‘mercado negro’
Factor 1	-0.825	-0.733	0.795	-0.626

**GRÁFICO 2.** Evolución del Índice de Libertad Económica en Argentina: 1885-2000 (datos normalizados)



¿Se corresponde la evolución del ILE con los verdaderos hechos históricos de la económica argentina? En la evolución del ILE se observa, en primer lugar, una fase de tímido ascenso y de altos valores comprendida entre 1875 y comienzos de la década de los años treinta, salvando el pequeño descenso que advertimos a principios del XX. Se trata en conjunto de un período de escasas distorsiones macroeconómicas, pese al carácter expansivo de las políticas monetaria y fiscal, como corroboran los valores elevados de ILE. Argentina estaba adherida al patrón oro, e incluso cuando se suspendió la convertibilidad del peso entre 1885 y 1899, las autoridades monetarias no se alejaron de él en su forma de operar.<sup>14</sup> El elevado grado de apertura que se corresponde con la política de *laissez faire* fue acompañado de la entrada de capitales, lo que explica el déficit por cuenta corriente y la expansión del gasto público.<sup>15</sup>

El descenso que observamos en los valores del índice en a comienzos del siglo XX podría ser consecuencia de la crisis Baring que evidenció una mala combinación de políticas económicas. Dicha crisis se explica, de acuerdo con della Paolera y Taylor (2001), por el conflicto generado entre un déficit fiscal elevado, la imposibilidad de mantener el tipo de cambio fijo y un sistema bancario mal regulado. La falta de coordinación entre las políticas monetaria y fiscal fue, a juicio de estos autores, el factor que en última instancia provocó la crisis y supuso el hundimiento del sistema bancario.<sup>16</sup>

No obstante, entre los rasgos de esta primera etapa que se extiende hasta los años treinta, destaca que Argentina estuviera anclada entre 1890 y 1935 en el régimen de currency board gracias al funcionamiento de la Caja de Conversión, cuyo principal cometido era precisamente garantizar el valor externo de la moneda.<sup>17</sup> Se aplicó, además, una política monetaria restrictiva, como reflejan los altos tipos de interés.<sup>18</sup> Por otra parte, la política comercial librecambista no experimentó cambios significativos hasta la crisis de los treinta. El mantenimiento de altos niveles del ILE es un reflejo de todo ello.<sup>19</sup>

A partir de 1935, el declive del ILE, aunque aún mantuviera valores altos durante una década, se asocia con cambios en la política macroeconómica. Desde el final de la Gran Depresión, el sector público practicó una políti-

ca de equilibrio fiscal y para ello, además de recortar gastos necesitó nuevas fuentes de ingresos.<sup>20</sup> Una proporción nada despreciable la constituía el pago del servicio de la deuda pública. Para reducirlo, el gobierno ideó un plan de reconversión que disminuía el tipo de interés pagado y ampliaba su horizonte temporal (Alhadeff, 1986: 96, 109 y 110). Esta disminución del tipo de interés, y sus consecuencias en términos de aumento de la inflación, podría explicar parcialmente el descenso del ILE entre 1935 y 1940.<sup>21</sup> El giro en la política comercial también contribuiría a hacerlo.<sup>22</sup> En efecto, tras la devaluación de la libra en 1931, fue introducido el control de cambios y se practicaron devaluaciones significativas del peso, al tiempo que se establecía un sistema de restricciones cuantitativas (Alhadeff, 1986:104). El paulatino descenso que experimenta el ILE es su clara consecuencia.

La llegada de Perón al poder en 1945 y sus dos mandatos consecutivos se corresponden con una contracción del nivel del ILE. El primer peronismo fue una etapa de distorsiones macroeconómicas, en el que se intensificó la estrategia de industrialización por sustitución de importaciones (ISI). El comercio bilateral, el control de divisas y los tipos de cambio múltiples constituyeron sus elementos definitorios (Rock, 1988). Ello fue acompañado de una expansión del papel del Estado, como refleja el aumento de la propiedad pública, el intervencionismo y el incremento del gasto público, financiado, en gran medida, mediante el impuesto inflacionario (Di Tella y Dornbusch, 1989, cap.4). La política macroeconómica expansiva, encaminada a la redistribución de la renta y el aumento del consumo, se tradujo, además, en altas tasas de inflación.

Los años comprendidos entre 1960 y 1973 fueron de descenso en el ILE a pesar de que coinciden con una política orientada a afrontar la inflación, el déficit público y la deuda externa, así como a promover la apertura de la economía. Pese a ello, estas medidas, calificadas de “*stop and go*” no surtieron demasiado efecto y el ILE declinó.<sup>23</sup>

El segundo mandato peronista fue acompañado de una política monetaria expansiva que derivó en un aumento incontrolado de la inflación.<sup>24</sup> La reforma financiera de 1977, ante la hiperinflación y las tasas negativas

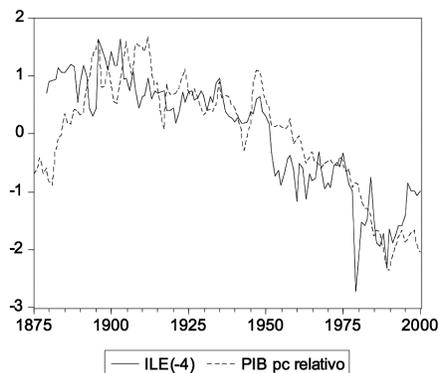
de interés real, sólo logró un breve éxito, que interrumpió la crisis de 1980.<sup>25</sup> A ella se unieron la fuga de capitales, los elevados déficits fiscal y exterior y, sobre todo, una enorme deuda externa que tocaría fondo en 1982, año en que estallaría la guerra de las Malvinas (Gerchunoff y Llach, 1998:375). Los intentos, a partir de 1983, de atajar la hiperinflación y llevar a cabo una reforma fiscal se saldaron con un nuevo fracaso. Todo ello se corresponde con el hundimiento del ILE. No sería hasta la década de 1990, bajo la presidencia de Menem, cuando se recupere el indicador ILE al ser controlada la hiperinflación, establecido un tipo de cambio fijo y llevada a cabo una liberalización de la economía.

En suma, el indicador ILE parece comportarse como una medida de los resultados de las políticas aplicadas. Lo que nos queda por ver es si estos resultados afectaron a la posición relativa de Argentina respecto a la OCDE.

### **La libertad económica y la posición relativa de argentina**

De acuerdo a la historiografía y al gráfico que a continuación se muestra, en el que se observa conjuntamente el ILE y el PIB per cápita relativo de argentina, parece ser que los resultados del conjunto de políticas aplicadas son los responsables de la evolución relativa seguida por la economía argentina.<sup>26</sup> No obstante, nada en el gráfico nos indica el sentido de la causalidad en la que supuestamente esta relación opera. Para ello, deberemos realizar un análisis econométrico que nos confirme si realmente existe una relación de causalidad entre ambas variables y, si es así, comprobar qué variable es la causante inicial del comportamiento de la otra.

**GRÁFICO 3.** Posición Relativa de Argentina respecto a la OCDE en términos de PIB per cápita y el Índice de Libertad Económica (datos normalizados)



Aplicando los tests Augmented Dickey-Fuller (ADF) y Phillip-Perron sobre dichas series vemos que ambas son integradas de orden 1,  $I(1)$ , con lo que podemos proseguir estableciendo una relación de co-integración a largo plazo entre ambas.

**CUADRO 4.** Orden de Integración de las Variables\*

	<b>ADF niveles</b>	<b>PP niveles</b>	<b>ADF primeras diferencias</b>	<b>PP primeras diferencias</b>	<b>Orden de Integración</b>
PIB pc relativo	-2.551	-2.456	-10.633**	-10.750**	$I(1)$
ILE	-2.817	-3.104	-12.296**	-13.750**	$I(1)$

\* Contrastes aplicados sobre bajo el supuesto de un modelo con constante y tendencia y teniendo en cuenta el número de retardos adecuado

\*\* Significa rechazo de la hipótesis nula que sostiene la existencia de raíz unitaria al 1% de significatividad

La relación de co-integración encontrada entre ambas variables, suponiendo que el PIB per cápita relativo es, en principio, la variable dependiente es la siguiente:<sup>27</sup>

$$\text{PIB pc relativo} = -0.00008 * T + 0.113 * \text{ILE}(-4) + u_t \quad R^2\text{-adj} = 0.647 ; \text{AIC} = -2.181 \\ (-22.048) \quad (14.559)$$

Donde T representa la variable de tendencia y los t-ratios se expresan entre paréntesis y  $u_t$  representa el término de residuos. No obstante, el test ADF establecido sobre dichos residuos para contrastar la hipótesis nula que mantiene que no existe co-integración entre ambas variables no nos permite rechazarla al 1% de significatividad, puesto que arroja un valor del  $-3.525$ , inferior al  $-4.035$  correspondiente al valor crítico a ese nivel de significatividad.<sup>28</sup> No obstante, y de acuerdo con Hansen (1992) y Gregory-Hansen (1996), ello puede ser debido a la existencia de una ruptura en la relación de co-integración, expresada en un cambio en el nivel y/o la tendencia de la serie o, incluso, en un cambio de régimen que afecta a la relación entre ambas variables. Haciendo uso de dicha metodología, deberemos ser capaces de encontrar, de manera endógena, el punto de ruptura que ofrezca el menor valor, –el mayor en términos absolutos–, para el test ADF realizado sobre los residuos de la relación de co-integración que contenga el punto de ruptura.

Efectivamente, dicho punto se encuentra en 1945 y representa un cambio tanto en el nivel como en la tendencia de la serie a partir de ese momento. La nueva relación hallada es la siguiente:

$$\text{PIB pc relativo} = 1.354 - 0.0007 * T + 0.0026 * \text{ILE}(-4) + 0.049 * \text{DU}1945 - 0.005 * \text{DT}1945 + e_t \\ (1.809) \quad (-1.919) \quad (2.242) \quad (2.694) \quad (-9.833)$$

$$R^2\text{-adj} = 0.878; F = 208.278; \text{AIC} = -3.186$$

Donde DU1945 y DT1945 son dos variables *dummies* que representan respectivamente el cambio en nivel y en tendencia tras 1945.

El ADF aplicado sobre los residuos de esta ecuación ofrece un valor de  $-4.257$ , superior al  $-4.039$  correspondiente al valor crítico al 1% de significatividad. Con lo cual, podemos rechazar la hipótesis nula al 1% llegando a la conclusión de que existe una relación estable y a largo plazo entre estas variables, una vez que consideramos el cambio en el nivel y en la tendencia que se produce en dicha relación tras 1945. Ello no significa en absoluto que la relación se diluya en el tiempo sino que adquiere otro régimen en el que los parámetros cambian. Además, son los residuos de esa relación los que nos permiten establecer el *test* de causalidad entre ambas variables.

Para llevar a cabo tal cometido, descendemos al corto plazo, realizando el Modelo de Corrección del Error (MCE) entre las variables en diferencias:

$$\Delta PIB_{pcrelativo,t} = \alpha_1 + \alpha_{PIBpc} e_{t-1} + \sum_{i=1} \alpha_{11}(i) \Delta PIB_{pcrelativo,t-1} + \sum_{i=1} \alpha_{12}(i) \Delta ILE_{t-1} + \varepsilon_{PIBpc,t}$$

$$\Delta ILE_t = \alpha_2 + \alpha_{ILE} e_{t-1} + \sum_{i=1} \alpha_{21}(i) \Delta PIB_{pcrelativo,t-1} + \sum_{i=1} \alpha_{22}(i) \Delta ILE_{t-1} + \varepsilon_{ILE,t}$$

En este sentido, diremos que  $\Delta ILE$  no causa  $\Delta PIB_{pc}$  relativo en el sentido de Granger si  $\alpha_{PIBpc}$  es cero y todos  $\alpha_{12}(i)=0$ . Del mismo modo,  $\Delta PIB_{pc}$  relativo no causará  $\Delta ILE$  si  $\alpha_{ILE}=0$  y todos los  $\alpha_{22}(i)=0$ . La estimación del MCE es la siguiente:

$$\Delta PIB_{pcrelativo,t} = -0.286e_{t-1} + 0.172\Delta PIB_{pcrelativo,t-1} - 0.003\Delta ILE_{t-1} + \varepsilon_{PIBpc,t} \quad (1)$$

$$\Delta ILE_t = -1.037e_{t-1} - 0.854\Delta PIB_{pcrelativo,t-1} - 0.162\Delta ILE_{t-1} + \varepsilon_{ILE,t} \quad (2)$$

El test de Wald aplicado para comprobar la significatividad conjunta de los coeficientes  $\alpha_{PIBpc}$  y  $\alpha_{12}(i)=0$ , nos indica que podemos rechazar la hipótesis nula que sostiene que todos esos coeficientes son cero.

Wald test (1)	Ho: $\alpha_{PIBpc} = \alpha_{12}(i)=0$
	F-stat.= 10.55* (3.96)
	Chi-sq.= 21.108* (12.84)

Sin embargo, el test de Wald aplicado a la segunda ecuación no nos permite rechazar la hipótesis que sostiene que  $\alpha_{ILE}=0$  y  $a_{22}(i)=0$ .

Wald test (2)     $H_0: \alpha_{ILE} = \alpha_{22}(i) = 0$ .  
 F-stat.= 2.219 (3.96)  
 Chi-sq.= 4.439 (12.84)

Con lo cual, de acuerdo a todos los resultados anteriores, queda demostrado que el ILE causa el PIB per cápita relativo pero no al contrario. Por tanto, existe una relación de co-integración entre ambas variables que va de ILE a PIB per cápita relativo, que se modifica a partir de 1945 pero que continua existiendo siendo, por tanto, estable a largo plazo.

## Conclusiones

La determinación del momento en que Argentina comenzó a distanciarse del grupo de países desarrollados, así como encontrar las causas de dicho acontecimiento, constituye uno de los principales temas de estudio de la historiografía contemporánea argentina. Mediante el recurso a técnicas de series temporales, en este artículo hemos podido establecer que el momento exacto en el que Argentina comenzó a frenar su proceso de acercamiento con los países de la OCDE fue 1913. Además, en base al análisis de co-integración realizado, comprobamos cómo la evolución relativa de esta economía puede estar modelada y causada por el distinto grado de libertad económica mostrado por este país a lo largo del período 1875-2000, y representado por un índice que resume los principales resultados de las políticas económicas llevadas a cabo. Esto es, el conjunto de políticas económicas aplicadas habrían restringido el grado de libertad económica en este país, lo que le impidió seguir avanzando en la tendencia de crecimiento registrada antes de 1913. Los canales a través de los cuales la libertad económica estaría incidiendo en el crecimiento tendrían que ver con los procesos de acumulación y de innovación. Es lógico pensar que en una economía en la que el grado de libertad económica es bajo y cambiante, el ahorro se reduz-

ca y, por tanto, también la inversión. Del mismo modo, en una economía relativamente cerrada es más difícil que se produzcan las transferencias de tecnología necesarias que ayuden a mantener y realimentar el futuro crecimiento del país, así como sus posibilidades para seguir convergiendo con otros más desarrollados.

El análisis llevado a cabo en este estudio muestra que las tendencias seguidas por el índice de libertad económica calculado y las tendencias observadas en la evolución de la serie relativa de PIB per cápita de Argentina respecto al de la OCDE son a largo plazo similares, indicando que la relación entre ambas variables se mantiene al pasar el tiempo. Descendiendo a corto plazo, se observa que a pesar de las desviaciones coyunturales que puedan producirse en la relación, ésta continúa siendo estable pues revierte a su tendencia de largo plazo. Además, se demuestra que es el grado de libertad económica la variable que precede y causa la posición relativa y, por ende, la posible convergencia o divergencia de la economía Argentina con la OCDE. Ello nos lleva a decir que la combinación y el tipo de políticas económicas implementadas han podido condicionar la evolución relativa y a largo plazo de este país desde 1875 hasta la actualidad. Este resultado es una idea compartida en la historiografía por la mayoría de los autores pero que, hasta el momento, no había sido tratada de un modo analítico y formal, lo que constituye la aportación original del trabajo aquí presentado.

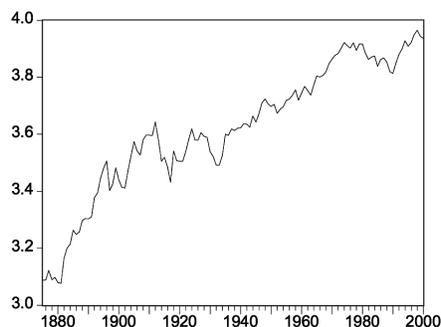
Obviamente, este artículo deja muchos flancos abiertos que invitarían a establecer un análisis más riguroso en el que el índice de libertad económica se compusiera de más variables institucionales y en el que se construyera un índice similar para todos y cada uno de los países que componen la muestra ODCE. Sin embargo, este cometido, aunque de enorme interés, desborda el propósito de este estudio, centrado en detectar la posibilidad de que las políticas aplicadas en Argentina hayan condicionado su posición relativa, suponiendo todo lo demás constante.

## APÉNDICE: ANALISIS UNIVARIANTE DE LAS SERIES DE PIB PER CÁPITA

### Análisis de la serie de PIB per cápita argentino: 1875-2000:

La serie argentina cuyo gráfico se presenta a continuación resulta, en principio, no ser estacionaria puesto que el valor del ADF<sup>29</sup> es del  $-3,03$  frente a unos valores críticos, tabulados por Dickey y Fuller del  $-4,03$ ,  $-3,44$  y  $-3,14$  al 1%, 5% y 10% respectivamente.

#### GRÁFICO A.1. Serie de PIB per cápita Argentino: 1875-1990 (logaritmos)



Fuentes: Cortés Conde, 1996 y Maddison, 1997, 2002

Sin embargo, esta serie se convierte en estacionaria al modelar su tendencia con el conjunto adecuado de cortes estructurales que maximizan el valor absoluto de la variable correspondiente en el contraste de DFA.<sup>30</sup> Estos se encuentran situados en 1913, 1929 y 1974. Tal y como se observa en la siguiente estimación, dos cambios negativos en nivel en 1913 y 1929 y dos negativos en tendencia en 1913 y 1974 hacen que la significatividad de la variable retardada aumente hasta superar los correspondientes valores críticos al 1%, 5% y 10% de significatividad, tabulados mediante un experimento de Monte Carlo.<sup>31</sup>

**CUADRO A1.** Análisis Univariante de la Serie de PIB per cápita Argentino

$$\text{DFA: } \Delta Y_{t-1} = a_0 + a_1 * duT_t + a_2 * t + a_3 * dtT_t + \lambda * Y_{t-1} + \varepsilon_t \quad ^{32}$$

Variable	Parámetro	Estadístico
Cte.	-23.223	-5.571
$Y_{t-1}$	-0.385	-6.165
t	0.013	5.696
du1913	-0.179	-5.274
dt1913	-0.006	-4.101
du1929	-0.069	-2.929
dt1974	-0.006	-3.559

$R^2$ -Adj.=0.23

DW=1,806

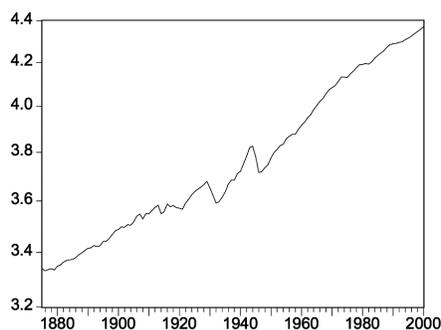
AIC= -2.60

F=7.39

Donde  $duT_{t-1}$  si  $t > T_i$  ( $T_i$ -1913, 1929, 1974) y es cero en otro caso, y  $dtT_t$ - ( $t-T_i$ ) si  $t > T_i$  y es cero en otro caso. Por tanto,  $duT_t$  representa cambios de nivel en la serie correspondientes a los años indicados entre paréntesis y  $dtT_t$  representa cambios en tendencia.

## Análisis de la serie de PIB per cápita de la OCDE: 1875-2000:

**GRÁFICO A.2.** Serie de PIB per cápita en la OCDE: 1875-1990 (logaritmos)



Fuentes: Maddison, 1997, 2002

Esta serie no es estacionaria dado que el valor del ADF es de  $-1.408$  por debajo del valor crítico. Sin embargo, podemos encontrar ciertos cambios estructurales situados en 1930 y 1945 que modelan su tendencia y que, una vez considerados, convierten a la serie en estacionaria, tal y como podemos observar en los resultados que se presentan en el siguiente cuadro.<sup>33</sup>

**CUADRO A.2.** Análisis Univariante de la Serie de PIB per cápita en la OCDE

$$\text{ADF: } \Delta Y_{t-1} = a_0 + \lambda * Y_{t-1} + a_1 * t + a_2 * duT_t + a_3 * dtT_t + \varepsilon_t$$

Variable	Parámetro	t-ratio
Constante	-7.303	-4.497
$Y_{t-1}$	-0.583	-6.474
t	0.005	5.063
du1930	-0.034	-2.797
du1945	-0.049	-3.849
dt1945	0.003	2,573
AR(1)	0.866	13,645

Adj.-R<sup>2</sup>. = 0.338

DW = 2.070

AIC = -8.852

F = 11.487

Donde  $du_{T_i-1}$  si  $t > T_i$  ( $T_i$  - 1930, 1945) y es cero en otro caso, y  $dt_{T_i-}$  ( $t - T_i$ ) si  $t > T_i$  y es cero en otro caso. Por tanto,  $du_{T_i}$  representa cambios de nivel en la serie correspondientes a los años indicados entre paréntesis y  $dt_{T_i}$  representa cambios en tendencia. El término AR(1) ha sido introducido para corregir los problemas de autocorrelación.

## NOTAS

- 1 Este estudio no es demasiado contundente puesto que llega a esta conclusión observando los niveles de PIB per cápita de Argentina, Australia, Canadá, Reino Unido, EEUU e Italia entre 1875 y 1929 mientras presenta tasas de crecimiento por subperiodos desde 1875 hasta 1973 para Argentina, Francia, Alemania, EEUU y Gran Bretaña y no para Australia y Canadá, como sería nuestro deseo. Ver Cortés Conde, (1997), pp.26-29.
- 2 Para un mayor detalle del análisis individual de la serie de PIB per cápita argentino y de su evolución histórica ver Sanz Villarroya, 2004.
- 3 La teoría Neoclásica no tiene un aplicación universal, pudiendo encontrar países ricos que crecen más rápido que países pobres y viceversa. Por ello ha sido atacada por los economistas que pertenecen a la Nueva teoría del Crecimiento o Teoría del Crecimiento Endógeno, cuyos representantes más destacados son Romer, 1896, 1990 y Lucas, 1988, 1990. Esta escuela, al contrario que el pensamiento neoclásico, sostiene que las diferencias en PIB per cápita pueden persistir indefinidamente debido a la existencia de rendimientos marginales constantes o crecientes.
- 4 Bernard y Durlauf, 1995, 1996, distinguen entre ambas definiciones de la siguiente manera:

**Convergencia en output:** “dos países  $i$  y  $j$  convergen si en el largo plazo el logaritmo del output per cápita para ambos países es el mismo en un momento determinado”.

$$\lim_{k \rightarrow \infty} E(y_{i,t+k} - y_{j,t+k} / I_t) = 0$$

**Convergencia como *catching up*:** “dos países  $i$  y  $j$  convergen entre los momentos  $t$  y  $t+T$  si las diferencias en el logaritmo del output per cápita en  $t$  disminuyen en valor en el momento  $t+T$ . Si  $Y_{i,t} > Y_{j,t}$  entonces:

$$E(y_{i,t+T} - y_{j,t+T} / I_t) < y_{i,t} - y_{j,t}$$

Siendo en ambos casos  $Y$  el logaritmo del output *per cápita*, e  $I_t$  la información disponible en el momento  $t$ .

Hay que hacer notar que la primera definición implica directamente la segunda y que estas definiciones se pueden generalizar al caso multivariante sin pérdida de generalidad.

- 5 Según Perron, (1989), muchas veces se acepta la hipótesis de raíz unitaria cuando, realmente, estamos en presencia de una serie con tendencia determinística pero que presenta un cambio permanente en su nivel o en su tendencia. Es decir, cuando hay rupturas estructurales en la serie, los test estadísticos como el de Dickey-Fuller están sesgados hacia la aceptación de raíz unitaria. El mismo Perron estableció un procedimiento formal para contrastar la presencia de cambios estructurales consistente en introducir en la ecuación de Dickey-Fuller Aumentado una variable ficticia que refleje el periodo en el cual se produce el cambio. Ahora bien, el problema de que adolece la propuesta de

Perron es el hecho de considerar tan solo un cambio estructural en cualquier serie y, además, suponer que éste se determina de forma exógena. Para solventar estos problemas Zivot y Andrews, (1992), operan introduciendo varios cortes de manera secuencial los cuales son determinados de manera endógena. Se elige aquella combinación de rupturas que hace máxima la significatividad, en valor absoluto, de la variable dependiente retardada en el contraste de Dickey-Fuller Aumentado.

- 6 Es necesario aclarar que cuando se realiza un análisis univariante de una serie individual la hipótesis nula siempre sostiene que hay raíz unitaria. Esto está, obviamente, en íntima correspondencia con la hipótesis nula establecida al analizar la serie relativa de dos países que mantiene que no hay convergencia. Esto es equivalente a decir que la serie no es estacionaria y presenta raíz unitaria. Por tanto, existe una equivalencia entre ambas hipótesis.
- 7 Recuérdese que, según Bernard y Durlauf, la primera definición implica directamente la segunda.
- 8 Los países incluidos en la muestra OCDE son: Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Holanda, Noruega, Suecia, Suiza, Reino Unido, USA, Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Japón.
- 9 Para un análisis más detallado del estudio de las series individuales de Argentina y la OCDE ver Sanz-Villarroya, 2004 y 2005.
- 10 Dichos cortes han sido hallados de manera endógena. En este caso en particular, los valores de referencia para  $Y_{t-1}$  mediante un experimento de Monte Carlo en base a 2000 replicaciones, ofrecen un valor de  $-5.042$ ,  $-4.729$  y  $-4.590$  al 1%, 5% y 10% respectivamente. Por ello, como el valor del estadístico obtenido en la estimación una vez que se han tenido en cuenta los cortes correspondiente, arroja un valor de  $-5.191$ , superior incluso al valor de referencia al 1%, podemos decir que, una vez que controlamos por esos cambios estructurales en la serie, ésta se convierte en estacionaria. Estos cambios estructurales son significativos al 5% con unos valores críticos del  $-2.209$  y  $-3.395$  para  $du1913$  y  $dt1913$  y de  $-3.165$  para  $dt1950$ .
- 11 Véase especialmente Gwartney y Lawson, (2001). Algunos trabajos que tratan de este tema pueden verse en Carlsson y Lundström, (2002); Dawson, (2003) y Heckelman y Stroup, (2005).
- 12 Una aproximación de este tipo puede verse en Della Paolera (h) et al, 2003, quienes construyen un índice de presión macroeconómica y fiscal para el caso histórico argentino, si bien su metodología aplicada es diferente a la que aquí se ofrece y el cálculo del índice se realiza en media para las distintas legislaturas, no pudiendo observar una dimensión temporal y continua del mismo.
- 13 Dichas ponderaciones son:  $-0,346$  para  $G_i/(G_i+C_i)$ ,  $-0,318$  para  $INFLA/(100+INFLA)$ ,  $0,198$  para *Tariff* y  $-0,137$  para *Black*.
- 14 Concretamente, en 1887 se aprueba la Ley de Bancos Garantizados que establecía que toda emisión de moneda debía ser respaldada por oro (della Paolera, 1994, p.567).
- 15 Véase Bethell (ed.), (1993). Parece ser que la política fiscal fue tan expansiva que, entre 1885 y 1893, se registraron déficits públicos persistentes y elevados, tanto que, a partir

- de 1888, el gobierno federal tuvo que recaudar ingresos adicionales para cubrir esos déficit (della Paolera, 1994, p.564). Taylor y Williamson, (1994), han puesto de relieve que la atracción de capital extranjero, fundamentalmente británico, se incrementó como resultado de la baja tasa de ahorro fruto de una alta tasa de dependencia.
- 16 Según Della Paolera y Taylor, la crisis exhibía en un principio los típicos síntomas de una crisis bancaria tradicional reflejados en un incremento del circulante en manos del público, un incremento del ratio de reservas-depósitos de los bancos y la liquidación de algunas de las instituciones financieras, implicando la destrucción de depósitos. Ver Della Paolera y Taylor, (2001), p.68.
  - 17 El retorno al patrón oro se produjo en 1899 y, pese a los abandonos en 1900, 1914 y 1929, las autoridades monetarias actuaron como si, de hecho, formasen parte del mismo (della Paolera y Taylor, 1998, p.12).
  - 18 della Paolera y Taylor, 1998, p.3. y della Paolera y Taylor, (2001), p.31. Ver también Homer y Sylla, 1996, pp.626-29.
  - 19 Según O'Connell hubo pocos cambios en política comercial, al tiempo que el mundo entero retornaba al proteccionismo. Así, durante los años veinte Argentina continuó siendo un productor de bienes primarios y librecambista. El principal cambio fue la subida arancelaria entre un 25% y del 60% de los valores oficiales de aforo en 1923. Ver O'Connell, (1986), p. 91 y también Di Tella, (1986), pp. 122-123.
  - 20 De acuerdo con della Paolera y Taylor, (1998), p. 10 los efectos de las acciones fiscales pudiera llegar a ser contractivos hasta 1935 y no puede decirse que se practicara una política del tipo de la del New Deal.
  - 21 Según della Paolera y Taylor, ese cambio de régimen monetario fue esencial para la recuperación de Argentina porque ayudó a que no tuviera un efecto devastador en los precios, destruyendo así las expectativas de deflación y promoviendo la recuperación vía incremento del consumo y la inversión (della Paolera y Taylor, 1998, p. 3).
  - 22 Para Di Tella, la crisis de 1930 constituye el punto de inflexión entre libre comercio y protección en Argentina, aunque el cambio significativo vino tres la Segunda Guerra Mundial. (Di Tella, 1986, p. 128).
  - 23 Así, bajo la presidencia de Frondizi y tras un acuerdo con el FMI, se intentó crear un ambiente favorable al capital privado, mediante la adopción de medidas estabilizadoras y liberalizadoras. Los tipos de cambio fueron unificados y muchos de los controles, tanto internos como externos, eliminados. A su vez, durante la dictadura de Onganía (1966-1970) se introdujo un programa de estabilización basado en una estricta política fiscal y en la limitación de los incrementos salariales a la inflación del año anterior, al tiempo que fue eliminado el control de cambios (Di Tella y Dornbusch, 1989, pp.109 y 202).
  - 24 La inflación alcanzaría el 900% entre 1975 y 1976. Véase Di Tella y Dornbusch, 1989.
  - 25 En este año, el Banco Central tuvo que asumir el control de 60 instituciones. Véase Gerchunoff y Llach, 1998, pp.358-360.
  - 26 En este análisis suponemos estable el grado de libertad económica en la OCDE. Un supuesto muy discutible pero que simplifica el análisis.
  - 27 Es preciso observar que el ILE entra en el modelo con un desfase de cuatro años. Esto

- sugiere que el grado de libertad económica en un determinado año afecta a la posición relativa de argentina cuatro años después.
- 28 Es cierto que dicha hipótesis puede ser rechazada al 5% de significatividad puesto que el valor crítico a ese nivel es de  $-3.447$ . Sin embargo, queremos encontrar la relación de cointegración más precisa posible que nos permita hacer un análisis de causalidad o más preciso posible. Por ello es por lo que adoptamos el propósito de rechazar al 1% de significatividad.
  - 29 Se refiere al t-ratio que presenta la variable dependiente retardada en el contraste de Dickey-Fuller Aumentado.
  - 30 Dichos cortes se han buscado endógenamente y de una manera secuencial. Una vez seleccionados los puntos se comprueba si el modelo admite en esas fechas cambios simultáneos de tendencia y de nivel, contrastando si los coeficientes correspondientes son distintos de cero. En caso de no ser posible rechazar la hipótesis nula con un nivel de significación del 5% se elimina la variable *dummy* que representa ese corte.
  - 31 Los valores críticos para todas las variables del modelo han sido tabulados a partir del experimento de Monte Carlo con 2000 replicaciones y para un tamaño muestral de 126 observaciones. El proceso generador de datos ha sido el resultante de considerar el modelo bajo la hipótesis nula de raíz unitaria y con cambios de nivel en 1913 y 1929. Para la variable dependiente retardada son del  $-5,57$  al 1%,  $-5,09$  al 5% y del  $-4,82$  al 10%. Todos las rupturas incorporadas son significativas al 5%, tal como se propone, puesto que superan los valores de referencia que, en valor absoluto son del 2,78 para  $du_{1913}$ , 2,75 para  $du_{1929}$ , 3,44 para  $dt_{1913}$  y de 2,80 para  $dt_{1975}$ .
  - 32 Debe hacerse notar que la ecuación de DFA habitual puede representarse de esa manera simplemente restando  $Y_{t-1}$  a ambos lados. De este modo, se trata de contrastar la hipótesis nula que sostiene que  $\lambda$  es cero frente a la alternativa que sostendría que  $\lambda$  es distinto de cero. Además, siguiendo las propuestas de Perron y Zivot y Andrews se introducen variables *dummies* para controlar por las distintas rupturas estructurales que presenta la tendencia de la serie.
  - 33 En este caso considerando un proceso generador de datos bajo la hipótesis nula que assume la existencia de raíz unitaria y dos cambios en el nivel tras 1930 y 1945, el experimento de Monte Carlo, tras 2000 replicaciones ofrece unos valores críticos para la variable endógena retardada,  $Y_{t-1}$ , de  $-5.459$ ,  $-4.989$  y  $-4.654$  al 1%, 5% y 10% de significatividad. Para los diferentes cambios estructurales los valores de referencia al 5% son, en términos absolutos, de 2.473 para la variable  $du_{1930}$ , de 2.123 para  $du_{1945}$ , y de 2.076 para  $dt_{1945}$ .

## Bibliografía

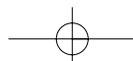
- Alhadeff, Peter (1986): “Economic Controversies”, en Platt, DCM, Di Tella, Guido (eds.): *The Political Economy of Argentina: 1880-1946*, London: Macmillan/ St. Antony’s College, cap. 6.
- Bethell, Leslie, (ed.) (1993): *Argentina since Independence*, New York, Cambridge University Press.
- Bernard, Andrew, B.; Durlauf, Steven N. (1995): “Convergence in International Output”, *Journal of Applied Econometrics*, vol. 10, 97-108.
- Bernard, Andrew, B.; Durlauf, Steven N. (1996): “Interpreting Test of the Convergence Hypothesis”, *Journal of Econometrics*, 71, pp. 161-173.
- Carlsson, Fredrik; Lundström, Susanna (2002): “Economic Freedom and Growth: Decomposing the Effects”, *Public Choice*, 112, 335-344.
- Cortés Conde, Roberto (1996): “Estimaciones del Producto Interno de la Argentina”, Universidad de San Andrés, Octubre, (*mimeo*).
- Cortés Conde, Roberto (1997): *La Economía Argentina en el Largo Plazo (siglos XIX y XX)*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- Dawson, John W. (2003): “Causality in the Freedom-Growth Relationship”, *European Journal of Political Economy*, vol. 19, 479-495.
- Della Paolera, Gerardo (1994): “Experimentos Monetarios y Bancarios en Argentina: 1861-1930”, *Revista de Historia Económica*, 12: 539-90.
- Della Paolera, Gerardo; Irigoín, María Alejandra y Bózzoli, Guillermo: “Passing The Buck: Monetary and Fiscal Policies in Argentina: 1853-1999” (2003), en Della Paolera, Gerardo; Taylor, Alan M. (eds.): *A New Economic History of Argentina*, Cambridge University Press, pp.46-86.
- Della Paolera, Gerardo; Taylor, Alan M. (1997): “Finance and Development in an Emerging Market: Argentina in the Interwar Period”, *NBER Working Paper*, n° 6236.
- Della Paolera, Gerardo; Taylor, Alan M. (1998): “Economic Recovery from the Argentina Great Depression: Institutions, Expectations and the Change of Macroeconomic Regime”, Mayo.
- Della Paolera, Gerardo; Taylor, Alan M. (2001): *Straining at the Anchor*, University Chicago Press.

- Díaz-Alejandro, Carlos F. (1970): *Ensayos sobre la historia económica argentina*, Buenos Aires, Amorrortu Editores.
- Di Tella, Guido: "Economic Controversies in Argentina from the 1920s to the 1940s" (1986), en Platt, DCM; Di Tella, Guido (eds.), *The Political Economy of Argentina: 1880-1946*, London, Ed. St. Antony's, pp.120-132.
- Di Tella, Guido; Dornbusch, Rudi (ed.) (1989): *The Political Economy of Argentina, 1946-1983*, The University of Pittsburgh Press.
- Di Tella, Guido; Zymelman, Manuel (1973): *Los Ciclos Económicos Argentinos*, Buenos Aires, editorial Paidós.
- Gwartney, James; Lawson, Robert A. (2003): "The Concept and Measurement of Economic Freedom", *European Journal of Political Economy*, vol. 19, pp. 405-430.
- Gerchunoff, Pablo; Llach, Lucas (1998): *El Ciclo de la Desilusión y el Desencanto: Un Siglo de Política Económica Argentina*, Buenos Aires, Ariel Sociedad Económica.
- Greasley, David; Oxley, Les (1998): "A Tale of Two Dominions: Comparing the Macroeconomic Records of Australia and Canada since 1870", *Economic History Review*, pp. 294-318.
- Gregory, Allan W.; Hansen, Bruce E. (1996): "Residual-Based Test for Cointegration in Models with Regime Shifts", *Journal of Econometrics*, 70, 99-126.
- Hansen, Bruce E. (1992): "Tests for Parameter Instability in Regressions with I(1) Processes", *Journal of Business & Economic Statistics*, July, vol.10, n° 3.
- Heckelman, Jac C.; Stroup, Michael D. (2005): "A Comparison of Aggregation Methods for Measures of Economic Freedom", *European Journal of Political Economy*, vol. 21, 953-966.
- Homer, Sidney; Sylla, Richard (1996): *A History of Interest Rates*, Rutgers University Press.
- Korol, Juan Carlos (1991): "Argentina Development in a Comparative Perspective", *Latin American Research Review*, 26, summer, pp. 201-212.
- Lucas, Robert (1988): "On the Mechanics of Economic Development", *Journal of Monetary Economics*, vol. 22, pp. 3-44.

- Lucas, Robert (1990): "Why Doesn't Capital Flow from Rich to Poor Countries?" *The American Economic Review*, vol. 80 n° 2, May, pp. 92-96.
- Maddison, Angus (1997): *La Economía Mundial. 1820-1992. Análisis y Estadísticas*, París, OCDE.
- Maddison, Angus (2001): *The World Economy: A Millennial Perspective*, París, OCDE.
- O'Connell, Arturo (1986): "Free Trade in One Country: The Case of Argentina in the 20's." en Platt, DCM; Di Tella, Guido (eds.): *The Political Economy of Argentina: 1880-1946*, London: Macmillan/ St. Antony's College.
- Rock, David (1988): *Argentina 1516-1987, desde la Colonización hasta Raúl Alfonsín*, Madrid, Alianza Editorial.
- Perron, Phillips (1989): "The Great Crash, the Oil Price Shock, and the Unit Root Hypothesis", *Econometrica*, 57, pp. 1361-1401.
- Romer, Paul (1986): "Increasing Returns and Long Run Growth", *Journal of Political Economy*, vol.94, n° 5, pp. 1002-1037.
- Romer, Paul (1990): "Endogenous Technological Change", *Journal of Political Economy*, 98 (5), pp 71-102.
- Sanz Villarroya, Isabel (2005): "The Convergence Process of Argentina with Australia and Canada: 1875-2000", *Explorations in Economic History*, vol. 42, pp. 439-458.
- Sanz Villarroya, Isabel (2004): "Las Tendencias a Largo Plazo de la Economía Argentina: 1875-1990", *Revista de Historia Económica*, año XXII, n° 1, pp.177-205.
- Taylor, Alan M. (1992): "External Dependence, Demographic Burdens and Argentine Economic Decline after the Belle Epoque", *Journal of Economic History* 52, 4: 907-36.
- Taylor, Alan M. (1994): "Tres Fases del Crecimiento Económico Argentino", *Revista de Historia Económica*, 12: 649-83.
- Taylor, Alan M. (1998): "On the Cost of Inward-Looking Development: Price Distortions, Growth and Divergence in Latin America", *Journal of Economic History* 58, 1: 1-19.
- Taylor, Alan M.; Williamson, Jeffrey G. (1994): "Capital Flows to the

New World as an Intergenerational Transfer”, *Journal of Political Economy* 102, 2, pp. 348-371.

Zivot, Eric; Andrews, Donald W. K., (1992): “Further Evidence on the Great Crash, the Oil-price Shock and the Unit Root Hypothesis”, *Journal of Business & Economics Statistics*, 10, pp. 251-270.



## CONSTITUTIONAL PROCESS, MAJORITY RULES AND THE CRISIS IN BOLIVIA

*Carolina Leister\**

### **Resumen**

El artículo analiza la crisis de Bolivia respecto de la elección de las reglas electorales a adoptarse durante el proceso constitucional. En primer lugar, la autora aplica la visión de Tullock y Buchanan sobre la regla de mayoría y explora las consecuencias políticas de la adopción de reglas electorales alternativas como la mayoría simple y la mayoría calificada de 2/3. En segundo lugar, la autora adopta la tesis de Buchanan de que la regla electoral determina endógenamente las alternativas de elección.

### **Abstract**

This article approaches the Bolivian crisis with respect to the current conflict involving the choice of collective decision rules to be adopted in the constitutional process. The analysis first applies Tullock's and Downs' views on the operation of the majority rule to the Bolivian constitutional stages, and explores the political consequences resulting from the adoption, alternatively, of the simple majority or a two-thirds qualified majority. Secondly, the article adopts the Buchananian thesis, according to which the rule of collective decision endogenously determines the choice alternatives.

---

\* Ph.D. in Philosophy, São Paulo University. Professor, School of Economics, Fundação Getúlio Vargas (São Paulo, Brazil). [Carolina.Leister@fgv.br](mailto:Carolina.Leister@fgv.br)

## Introduction

Among the most recent facts that have led to the aggravation of the crisis in Bolivia ranks the one concerning the conflict involving the choice of rules of collective decision to be adopted in the voting of their Constitution. The Bolivian Convening Law, that determines which collective decision methods are to be adopted for voting the Bill, declares that the Constitution should be voted through a qualified majority decision rule; in that case, two thirds of the valid votes are required for its approval. However, it is not specific as for the constitutional procedure details. On one side, the government supporters of MAS (short for Movement Towards Socialism, in Spanish) have been interpreting the Law as sustaining that qualified majority of two thirds only refers to the final decision, that is, for the Bill as a whole, leaving its articles to be voted according to simple majority. On the other side, the opposers from Podemos (short for Democratic and Social Power, in Spanish), take the Convening Law as specifying that each article and the final project of the Constitution should be voted through the qualified rule of two thirds, while its detailing within the ordinary legislation would be voted under the simple majority rule. Evidently the adoption of either interpretation reflects the interests of each one of the two groups: (i) government supporters - who have not reached the necessary two thirds in the Constitutional Convention in order to approve the articles according to their own will, and who want to avoid negotiations with the opposition- seek to increase their political power through the adoption of simple majority voting for the articles, and the rule of two thirds only for the final bill; (ii) the opposition, being minority in the Assembly, could be completely cast out from the decisions made through simple majority, and supports, then, the two thirds as a form of participating in the political bargain. Whatever the result, it is suitable to anticipate that the decision concerning the rules of the game should be defined ideally before its beginning. The attempt to select those rules *during the game* sounds, invariably, as political manipulation, although this was not the case in the Bolivian political scenery. In order to approach the constitutional problem concerning the choice of the rules of collective decision that has wors-

ened the crisis in Bolivia lately, two theoretical analyses are used here: (i) Tullock's *Public Choice*<sup>1</sup>; (ii) Downs' *Economic Theory of Democracy*. I will begin with Tullock's proposal.

### **Tullock and Public Choice**

In his article "Problems of Majority Voting" (1959), Tullock analyzes the operation of the majority rule under two institutional restrictions: (i) without the possibility of support or vote exchange, understood as logrolling, among the voters on different issues; (ii) logrolling on different issues being admitted. Its justification is the possibility of creating a political market, whose coin is the vote, capable of ascribing a larger efficiency to the decision process since it captures the intensity of the preferences of their voters. The condition of operation of this market assumes that, if the political game includes a *continuum* of decisions concerning different issues, and if (i) each voter has different intensities of preference concerning a number of issues and, also, (ii) voters have different intensities of preference given a same issue, then, the logrolling capable of reflecting those different intensities would appear as more efficient regarding benefitting all, concerning a setting in which those intensities could not be captured. In the case of two issues x and y, if the individual A has an intense preference for x and little intense for y and individual B is little intense for x but very intense for y, then both of them would benefit from the support exchange in those two different issues, B voting with A for x, and A voting with B for y. As to political decisions, the impossibility of logrolling due to the prohibition of a political market operation, a subdimensioning of the State would follow through the State under-supply of private goods (meaning goods intended for minority groups). This is the correlate of the situation denounced by Olson for the case of the supply of public goods, but here it is a case of under supply of private goods for minority groups and intense preference concerning those goods. The admission of logrolling under the operation of the simple majority rule as voting method for collective decisions solves the problem

of political inefficiency involving the under-supply of private goods.

In other words, once logrolling is adopted, many decisions that would largely favour minority groups with intense preferences, can be approved under simple majority if those different groups exchange their support upon several issues. However a new problem is engendered which is the inverse of the previous problem: with logrolling operating under the simple majority rule, many more issues tend to be approved, causing the State overdimensioning through the over-supply of private goods (with a possible under-supply of State public goods). In the case of political decisions made by parliamentary representatives concerning projects in their jurisdictions, this problem is designated as *pork barrel legislation*, directly derived from the operation of the logrolling mechanism. How, then, does logrolling operating under a simple majority lead to over-supply? This is diagnosed as a function of the instability of the majority rule operation, brought about by the fact that no majority coalition rules over any other under this rule. More specifically, when participating in the political bargain the individual tends to do it up to the point when the marginal cost of participating in coalitions produced by it, equals the marginal benefit obtained from it. When doing these calculations, the voting individual only counts in the costs of decisions in the case when he/she is part of the winning coalition, either because he/she directly takes the benefits of the decision, or because he/she becomes an indirect beneficiary, by exchanging his/her support (vote) in this decision, which holds a little intense preference, for the support in another decision, one in which he / she is intense. However, he/she cannot foresee the information concerning costs that should result from the adverse decisions, those in which he/she doesn't belong to the majority coalition, but whose costs he/she will pay, anyway.

The terms of the problem are then defined: the instability due to the operation of the majority rule causes the problem of an over-supply of private goods, because that instability brings incomplete information to the participants in those political decisions. It follows that, even if the decision-makers are rational, the result of the collective decision is irrational. This problem is further worsened if we consider, on one side, that (i) modern

society presents high specialization level and, therefore, minority groups representing those specializations would tend to multiply, and, on the other side, that (ii) current State income is significant, creating incentives for the formation of minority groups and the adoption, by these, of a rent-seeking behavior. In this case, the inefficiency problem that the introduction of logrolling tends to cure - the under-supply of private goods by the State- is replaced by another problem of inefficiency, namely an over-supply of private goods by the State. Both are problems of collective action, in which each individual voter plays his/her best (most rational) strategy, but where the overall result is sub-optimal or irrational. Therefore, the problem arises from the incentive structures provided by the operation of simple majority rule, whether or not logrolling is admitted as an institutional restriction. From this diagnosis it is easy to blame the rule of simple majority for the development of such problems, particularly for the under-supply of private goods, as Tullock does. Furthermore, this author tends to propose the substitution of simple majority for more inclusive majority rules, qualified majorities, as a solution to this problem, with a view to including a larger number of voters in the necessary minimum coalition to approve an issue, that is, to raise the price of political decisions generating as a consequence the approval of a smaller number of issues involving the supply of private goods. By *raising the price of political decisions* I mean a raise in the costs involved in the bargain and in the formation of coalitions, which helps minimizing the over-supply problem.

Tullock's article was included in a work co-authored with James Buchanan, *The Calculus of Consent* ([1962] 1971), where the rules for collective decisions are chosen considering the trade-off between decision costs and external costs. The decision costs are a kind of transaction costs for collective decisions, and take into account the consumption of time and resources spent in the bargain and in the construction of a coalition. The external costs are relative to the adverse decisions, those in which the individual voter is not a part of the majority coalition; in other words, he/she doesn't benefit neither directly nor indirectly from the issue, but must contribute with the cost of its approval. Those costs are related to the inefficiency originated from sub-

dimensioning of the State. According to Buchanan and Tullock, the decision and external costs are inversely related to each other, concerning the inclusiveness of the rule: the more inclusive the rule, the bigger the decision costs involved in the political bargain, and the smaller the external costs, for under the rules of qualified majority the chance that an individual voter belongs to the minority coalition is smaller. On the other hand, the less inclusive the rule, the smaller the decision costs, and the bigger the external costs.

For this reason, it should be noticed that whatever the adopted rule, the total costs are minimized but never reduced to zero. Therefore, in collective decisions, costs should invariably subsist, being minimized through an optimum trade-off between decision costs and external costs. Yet, if costs work in opposite directions in terms of inclusiveness of the rules, then, when changing one of the parameters (that is, one of the two types of costs) the other can be compensated for. And this is Tullock's proposal: if the simple majority rule operates with low bargaining costs (decision costs) leading to an over-supply of private goods, the solution is to enlarge the rule inclusiveness in order to increase the bargaining costs and, on the other hand, to decrease the cost originated from the inefficiency concerning the over-supply (external cost). The result of this correction in the collective decision rule - the replacement of a simple majority rule by a qualified majority one - is to bring the (over-) supply to a level closer to the optimum supply of private goods for minority groups, more adequately dimensioning the size of the State from the Paretian efficiency point of view. This is Tullock's proposed solution and, to a great extent, the one subscribed by the Public Choice school. His analysis, however, is challenged by another theoretical approach that supports majority (that is, the simple majority doctrine), namely Downs' *Economic Theory of Democracy*, which we will discuss next.

### **Downs and the Economic Theory of Democracy**

In a short article entitled "In Defense of Majority Voting", Downs justifies the defense of simple majority for being the only rule that can impute to

each individual voter the same weight, thus satisfying the aphorism “one individual, one vote”<sup>2</sup> Any other rule more inclusive than simple majority tends to overweight the minority group with respect to the majority group. For example, in a group of a hundred individual voters the rule of unanimity evens ninety nine of them with a single individual voter, since this one has the monopoly on his/her vote (the power of veto), being able to obstruct the will of the rest.<sup>3</sup> However, if we impute the same weight to each individual voter and if logrolling is vetoed, the simple majority rule is not able to capture the different intensities of preference, therefore leading to a smaller efficiency if compared to the possibility of logrolling under the operation of the same rule (although this also causes a new though smaller inefficiency).<sup>4</sup> According to Downs, the source of the problem is not the simple majority rule per se, once the adoption of qualified majorities can minimize the over-supply problem (although never solving it completely, as admitted by Tullock).<sup>5</sup>

Alternatively, as Downs diagnoses it, this source can be located in another Tullockian premise, the *seriatim assumption*. As cataloged, the operation of the voting market depends on a *continuum* of issues to be resolved under the rule of simple majority. In the Tullockian model those issues are resolved in a sequence and in an independent way: the issue x is proposed and put for voting, then, another issue y is put and voted for, later the issue z, etc. In Downs’ view it is the consideration of those issues, one by one and in an independent way, that characterizes and creates the inefficiency problem concerning the overdimensioning of the State and the over-supply of private goods for minority groups. This is so because when the issues are isolated, the individual voter should calculate only the imputed costs of the approved decisions in which he is part of the majority or winning coalition, not counting up the costs induced by the approval of decisions obtained by winning coalitions in which he does not participate, i.e., those in which he is part of the minority or losing group. Considering that no majoritarian alliance rules over any other majoritarian coalition, it is supposed that the variability in the formation of coalitions should prevail and that the individual voter doesn’t have information to know beforehand how many

times he will participate in the majority coalition and how many times in the minority. The result is that their calculations tend to minimize the total amount of the costs of having approved those decisions. The solution proposed by Downs is, then, to treat the problem of incomplete information brought on by the consideration, on the part of the individual voter, of just a portion of the current costs of the bargain process. His proposal is to treat all of the issues in a single decision. According to Downs, this is the most common way of collective decision, present in the representative democracies: when the individual voters choose representatives, they are choosing government programs that include the positioning of the candidates concerning a wide package of issues. When considering a variety of issues in a single decision, according to the theoretical approach, the individual and collective rationality would match, that is, the collective action problem would be solved.

It is solved because, by making the issues interdependent when they are voted in a single decision, each individual evaluates the total cost of the package approval, considering those in which he/she is a direct beneficiary as well as those in which he/she finances private goods offered to other minority groups. Should this analysis point to a positive result for him/her, that is, their benefits overcoming their individual costs, then he/she votes for the approval of the package. Should the calculation point to larger costs than benefits for him/her, the individual voter takes up a position against this package. This procedure differs from Tullock's model of serial voting of a group of issues, for in the latter one the individual calculates the decision cost only for the cases in which he is part of majority or winning coalition, never for those circumstances in which he belongs to the minority group. In other words, by making the decisions interdependent, voting them in a single package transforms the setting of decisions with incomplete information -a case in which the decisions are made on a one by one in an independent way- into a setting of complete information with respect to the total cost of the set of decisions. In that case, logrolling is implicit, as Tullock posits:

implicit logrolling, occurs when large bodies of voters are called on to decide complex issues, such as which party shall rule, or a complex set of issues presented as a unit for a referendum vote. Here there is no formal trading of votes, but an analogous process goes on. The “entrepreneurs” who offer candidates or programs to the voter make up a complex mix of policies to attract support. In doing so, they keep firmly in mind the fact that the voter may be so interested in the outcome of some issue that he will vote for the party which supports it, although the party opposes him on other issues (1959, p. 572).

Here the trades are internal, that is, appraised and implemented by each one of the individual voters among different issues and considering the intensity of his/her preference among them. If the package of decisions includes the approval of issues in which he/she is intense and from which approval he/she would thoroughly benefit, and if the costs of approval of the issues which he is indifferent to or against doesn't overcome the amount of benefits obtained from the approval of the first issues, then he/she will vote for the package as a whole. Otherwise, he/she will vote against its approval.

Characterizing it in a more detailed manner: (i) in explicit logrolling, the one involving the effective exchange of votes in several issues voted independently and in series, the actions (the act of voting) of the individual voters are made interdependent exactly so that the exchanges of support can be implemented; (ii) in implicit logrolling, the vote concerning a package of issues voted in a single decision is derived from individual calculations that do not consider the action or the votes of others, in other words, his/her act of voting for  $x$  or  $y$  is independent of considering the voting of others, evaluating just the information available on costs and benefits concerning himself (and in this case he has complete information to carry out these calculations). In other words, in the first case, the issues are analyzed independently from one another, but the individual actions (act of voting) are interdependent, because they involve the exchange of support; in the latter, the issues are evaluated in an interdependent way, since they are voted in the same decision, but keeping the individual actions independent, because

logrolling is implicit. Thus the problems of State overdimensioning and State over-supply concerning private goods disappear when complete information on total costs of approval for the package of issues is assured through the proposition of a voting setting in which the issues are interdependent.<sup>6</sup>

### **The Constitutional Crisis in Bolivia**

In the Bolivian constitutional procedure two stages are present: (i) the Bill articles are voted one by one; (ii) the Constitution is voted as a whole. Whereas in the first stage the articles are voted in a serial way and independently from one another, in the other the articles are made interdependent, and voted in a single decision. As previously stated, government supporters of *MAS* read the Convening Law as adopting the simple majority to vote the articles and the two thirds majority for the approval of the general project. The opposition members of *Podemos* adopted the inverse interpretation: a qualified majority to vote on the articles and on the general project, and a simple majority only for its details. What is the difference, in terms of results, when one of those two procedures is adopted? First, each procedure reflects the two theoretical approaches considered above, Tullock's and Downs'. In this perspective, the Convening Law interpretation as proposed by government supporters is closer to the Downsian approach that tends to impute a greater power to the majority, while the opposition's interpretation of the law is closer to the Tullockian perspective, strongly connected with the defense of minorities. This imputation makes sense, since government supporters represent and prioritize the interests of Quechuas and Aimaras indigenous who are the majority in the country (55% of the population), while the opposition represents the interests of political minorities, in particular the Bolivian elite. The justifications adopted in Downs' and Tullock's proposals are exactly the claims endorsed by each side in the Bolivian strife: government supporters want a Constitution that contemplates the interests of the majority, to be read as the inclusion of the indigenous people that have been left out of the country's politics until today, whereas the minor-

ity defends a Constitution that doesn't leave them totally out of the political process. In the view of the minority, the substitution of a qualified majority for a simple majority in the Constituent Assembly seeks to neutralize the opposition by trying to avoid negotiating with them.

Concerning the decision process, on one side, both government supporters and the opposition have agreed that the voting of the final project of the Constitution should be made with the two thirds majority; on the other side, they diverge as for the rule to be adopted to vote the articles, simple majority for government supporters, a qualified majority for the opposition.

What could be the effects of applying a simple or a qualified majority rule in the voting of the issues? For sure, the voting market doesn't operate in the stage when the final project of the Letter is voted, once a *continuum* of issues to be voted independently no more subsists, as required by Tullock. This market is active in another stage, that in which its articles are defined in an independent and serial way. What the adoption of one of the two rules does -the simple majority or a qualified majority rule- is to *a priori* establish the bargaining power of each one of those groups, government supporters and opposition. Under simple majority, the bargaining power is completely in the hands of government supporters, who won half of the Constituent Assembly seats. If a two thirds majority is adopted, then a greater bargaining power is retained by the opposition. In both cases problems can be foreseen: (i) under a simple majority, the government supporters can vote the articles without needing to negotiate with the opposition to a large extent, leaving them almost completely out of the Constitutional Letter formulation; (ii) under a qualified majority of two thirds, the opposition wins their admission ticket to participate in the political game, and the definition of the articles has to be negotiated with them. A qualified majority, in Downs' terms, however, imputes much more power to the minority than they would have if the aphorism of political equality *one individual, one vote*<sup>7</sup> is to be accepted.

At this point I will make reference to Buchanan's "Majoritarian Logic", where the theorist makes use of two classifications, the Paretian and the Majoritarian, with views to separate issues: (i) social states (dominance);

(ii) relationships between those states (superiority). Buchanan's objective is to demonstrate that collective decision rules - and majority rule is the particular type of rule he deeply studies- circumscribe or endogenously establish the choice alternatives. Comparing the choice alternatives from Paretian classification against the Majoritarian one, he verifies that the series of non-dominated social states according to majority classification is a subseries of the series of non-dominated social states according to Paretian classification. Without going into the specificities of that discussion, he signifies that some social states classified in the non-dominated Paretian series cannot be derived if we operate with majority rule in collective decision-making. And the reason is that the classification of the relationships between social states in the Paretian version differs from the Majoritarian one. In the words of the theorist:

moves that might qualify as *majority superior* and hence approved by all members of the ruling majority, might, at the same time, be *Pareto non-superior*, whether made from an optimal or nonoptimal position in the Pareto sense (1998, p. 16).

That is, the majority rule admits and recognizes as superior movements those in which the move is from a Paretian surface social state (Paretian non-dominated series) to a non-optimal social state in the Paretian sense, but in which the majority is benefitted. It follows that the rule has the power to endogenously define the choice alternatives.

Returning to the case of Bolivia: if the simple majority rule is adopted to make decisions concerning the articles voted in a serial and independent way in the first stage of the constituent process, as government supporters want it, and once that group disposes, by themselves, of a little more than half of the seats of the assembly, they would have the power to determine the choice alternatives (the articles) without needing to negotiate with the opposition. It is exactly the possibility to participate in the determination of the choice alternatives (the articles of the Constitution) obtained from the negotiation with the majority, that the opposition is looking for, when demand-

ing that the articles should be voted through a qualified majority rule of two thirds. On the other hand such rule imputes to the opposition a power that they do not, in fact, have (in case they had such a power, the crisis concerning the constitutional process would not have been established). Although government's moderate sections accept to negotiate with the opposition, assuring them a place in the composition of the Constitution, the government's more radical wing associated with the indigenous population seems not to be willing to allow the minority elite to express themselves. Whatever is the result, without a negotiation between those two groups, by leaving one or another out of the decision process the crisis will tend to exacerbate.<sup>8</sup>

Another subject to be treated in the Bolivian constitutional process, and that has been a source of conflict between government supporters and the opposition, concerns the status of the Constitution, if it is *original*, or *derived* from the current Constitution. In the first case, the extent of proposed reforms should be much larger. On the other hand, if the Constitution is understood as *derived*, the extent of its reforms is merely marginal regarding the existing political institutions and rights of property. When interpreting the New Constitution as original, the government supporters who represent the indigenous population majority, want to further increase their bargaining power over the minority elite.

In *The Limits of Liberty* Buchanan asserts that before constitutional reforms, the *status quo* should be weighted over the changes, once these can take to the loss of the effective stability in that social state. Under this approach, when looking for unlimitedly increasing their bargaining power over the minority elite (by avoiding to negotiate with them) government supporters may spoil the social stability that still endures in the country. In this perspective, changes will succeed only if commitments between government supporters and the opposition could be reached.

## NOTES

---

- 1 The theoretical approach designated Public Choice was formulated by Tullock and Buchanan. Here, however, I just use Tullock's article that was incorporated as chapter ten of Buchanan and Tullock's work, entitled *The Calculus of Consent*.
- 2 Also known as "Anonimity condition". See May (1952).
- 3 With a view to invalidating that objection, Buchanan and Tullock differentiate a positive decision from a negative one. The positive refers to the capacity to impose costs; the negative to the one that vetoes that imposition. In this sense, only the majority has power to exercise the first, and the minority, to exercise the second. As they sustain, it is a matter of two different powers: "The distinction between the power of taking action and of blocking action proposed by others is an essential one, it represents the difference between the power to impose external on others and the power to prevent external costs from being imposed" (1962, p. 259).  
For this reason, according to both theorists, the unanimity rule cannot be identified with a rule that privileges the minority, because the veto power just means the power to block the imposition of costs from the part of the majority on the minority, never the possibility of the latter to impose costs on the majority.  
Anyway, here we have a preponderance of the *status quo* relative to the political changes. (Or, at least, a more conservative position, that emphasizes marginal or incremental political reforms, instead of more revolutionary reforms.)
- 4 Without the possibility of voting exchanges, the under-supply generated with the simple majority rule means that practically no private goods will be offered on the part of the State unless it privileges, at least, the minimum majority required to pass the decision (that is, at least fifty percent plus one of the total voters). In a society preponderantly formed by specialized minority groups, this means that almost no private goods will be offered by the State.
- 5 Tullock states: "Requiring more than a simple majority would reduce the resources spent on roads, since more people would have to be included in each bargain, and the cost to each voter of repair to this road would consequently be increased. The larger the majority required, the more closely would the result approach a Pareto optimum" (1959, p. 577).
- 6 Efficiency is achieved here accepting, as condition, the equity in the interpersonal comparison of usefulness. Exactly the equity adopted by Downs as a reason to justify the valorization of the simple majority over other rules of collective decision. Tullock's proposal, on the other hand, abstains itself from doing interpersonal comparisons of usefulness, once his analysis adopts the Paretian optimality criterion, that spares such comparisons.
- 7 And although we adopt Tullock and Buchanan's distinction concerning the power of imposing costs, owned by the majority, and the cost obstructing power attributed to the minority, under a more inclusive collective decision rule than simple majority, the *status quo* is weighted above the possibility of wider reforms, as demanded by the Bolivian indigenous majority.

- 8 A probable result emerging from non-negotiation is the proposal of two constitutional projects, one proposed by government supporters and other by the opposition minority, the choice of one of them to be defined by a referendum. In case this scenario is confirmed, the Constitution will turn the political game into a zero sum game, a position contrary to that one Buchanan and Tullock have been defending in their constitutional analysis. A different suggestion can be obtained in Buchanan and Tullock's *The Calculus of Consent*: an agreement between government supporters and the opposition could distinguish two classes of activities, those more sensitive ones, commonly associated with the definition of property rights, and the less sensitive ones, and define several decision-making rules for each class - a more inclusive rule for the first ones, and a simple majority rule for the latter. In this case, the reforms will be more conservatives than if a simple majority was adopted for defining all the articles, but also more revolutionaries than it would result from the adoption of two thirds qualified majority for every article and the Constitution as a whole.

The problem is that, it is exactly against the property rights that the majority formed by the government party intends to fall on. The opposition, on the other hand, seems fearful, mainly concerning the land reform matter, that, as everything indicates, is a theme in which the government wing has shown to be contrary to the negotiation.

With the nationalization of the gas, Brazil is already suffering with the contract breach on the Bolivian government's part.

## Bibliography

- Cortez, R. (2006): “A tensão na Bolívia é menor do que a mídia propaga”, Agência Carta Maior, Interview on 11/09 at [http://agenciartamajor.uol.com.br/templates/materialImprimir.cfm?materia\\_id=12192](http://agenciartamajor.uol.com.br/templates/materialImprimir.cfm?materia_id=12192)
- Buchanan, J.M. (1975): *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Chicago: University of Chicago Press.
- Buchanan, J.M (1998): “Majoritarian Logic”, *Public Choice*, 97, p. 13-21.
- Buchanan, J. M. y Tullock, G. ([1962] 1971): *The Calculus of Consent: Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Downs, A. (1957): *An Economic Theory of Democracy*, New York: Harper and Row.
- Downs, A. (1961): “In Defense of Majority Voting”, *The Journal of Political Economy*, vol. LXIX, pp. 192-199.
- May, K.O. (1952): “A Set of Independent Necessary and Sufficient Conditions for Simple Majority Decision”, *Econometrica*, vol. 20, n° 4, October 1952, pp. 680-684.
- Tullock, G. (1959): “Problems of Majority Voting”, *The Journal of Political Economy*, vol. LXVII, pp. 571-579.

## THE INFLUENCE OF KEYNESIAN ECONOMICS IN JUDICIAL DECISIONS

*Juan Vicente Sola\**

### Abstract

This paper explores the influence of economic theory in Supreme Court resolutions and in the institutional development. It intends to show that certain Constitutional rights and institutions reflect the influence of Keynesian economics, not only through legislative and executive decisions but also, and more decisively, through judicial rulings. In particular, the paper analyzes the association between the Gold Clause cases of the U.S. Supreme Court and the doctrine of the ‘euthanasia of the rentier’ described by John Maynard Keynes in his *General Theory*.

### Resumen

El artículo analiza la influencia de la economía keynesiana en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia y en el desarrollo institucional. Intenta demostrar que ciertos derechos e instituciones constitucionales reflejan dicha influencia, a través de decisiones legislativas y ejecutivas y - más decisivamente- las decisiones judiciales respecto de esos derechos e instituciones. En particular, se analiza la relación entre los casos Gold Clause de la Corte de U.S.A. y la doctrina de la “eutanasia del rentista” descrita por Keynes en su *Teoría General*.

---

\* Doctor en Economía, ESEADE. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Doctor en Derecho, Universidad de Génova.  
Director de la Maestría en Derecho y Economía y del Departamento Derecho Público, UBA. estudiosola@gmail.com

## Judges as Regulators: The Origins of a Keynesian Constitution

The Supreme Court is a regulator. Much of the time the Court regulates the operations of government. It reviews what other branches have done and claims the last word. As government grows in relation to the private sector, the Court's role as governor of the government seems to grow more than proportionally (Easterbrook, 1984).

As Judges both resolve disputes and create rules, the Supreme Court possesses discretionary jurisdiction, designed so that the Justices may concentrate on creating rules for the guidance of others. A number of unifying principles influence the legal rules that govern economic conduct; these rules indicate how all the Justices perceive economic issues. During a long time, Keynesian economic models influenced the way justices interpreted the economic Constitution. In a way, these decisions have established for many years a Keynesian Constitution.

In the case of lower courts their opinions are not a large source of rules but the cases that reach the Supreme Court are used for the creation of new rules that shall be applied in future cases. These constitutional decisions influence the structure and conduct of government, and determine the rights of individuals and corporations; these decisions are based in an economic ideology that shall be the basis for the future economic policy based in those principles. When the Court tries to influence the conduct of actors in the economic sphere, the clarity of rules becomes more important.

To assess the Court's performance in understanding and creating rules for the economic system three views could be envisaged, which will be explored in the next sections: the first focuses on *ex-ante* analysis, the second looks at an understanding of marginal effects, and the third approaches the dynamics of the legislative process.

### ***Ex-ante and Ex-post Perspectives***

The nature of litigation invites judges to treat the parties' circumstances as fixed and to apportion gains and losses. Often the application of legal rules requires no more than that. By the time the judges see the case, it may be too late for the parties to do anything in response to a decision.

The principles laid down in a case today will influence whether similar parties will be in similar situations tomorrow.

It is nonetheless startling how often these arguments collapse to claims about 'fairness,' which in the law almost always means some appeal to an equitable division of the gains or losses among existing parties given that certain events have come to pass. Fairness arguments are *ex-post* arguments, and few lawyers or judges are comfortable arguing about or deciding a case without invoking the ideal of fairness. Who is for unfairness? Many of the Keynesian arguments, including the rejection of hoarding, are arguments based on fairness. The degree to which fairness or other *ex-post* arguments dominate in legal decision making is directly related to courts' assumptions about the nature of the economic system. Judges who see economic transactions as zero-sum games are likely to favor 'fair' divisions of the gains and losses.

### **Incentives Work at the Margins**

An *ex-post* perspective of judicial decisions is only useful if you know how people respond to incentives. Yet the dynamics of litigation often hide marginal effects from judges. The court sees only the gross, average effects rather than the margins at which people are trading. When the Court misses these marginal effects, the rules it designs may have unanticipated or perverse consequences. And the marginal effects may be subtle. In the long run there are substitute ways to do almost anything. Coase (1960) showed that people may bargain and adapt to legal rules, and if transaction costs are negligible, people will go on adjusting and substituting until they reproduce the situation

that would have prevailed in the absence of regulation. Justices should understand the ways people can substitute one product or one strategy for another as the correct way to apply economic decisions.

### **Laws and Interest Groups**

Legislation could be interpreted by judges as representing the general will of the people as written by Congress, if that is the case, the judge considers the statute as a way in which evils could be rectified. In that case he has a free hand in interpretation. The statute's reach expands so long as there are unaddressed objectionable results. The judge interprets omissions and vague terms in the statute as evidence of want of time or foresight and fills in these gaps with more contents in the same vein.

But if legislation is the result of negotiation between legislators and different interest groups, the judge treats the statute as a contract. He first identifies the contracting parties and then seeks to discover what they resolved and what they left unresolved. For example, he may conclude that a statute regulating the price of fluid milk is a pact between milk producers and milk handlers designed to cut back output and raise price, to the benefit of both at the expense of consumers. A judge then implements the bargain as a faithful agent but without enthusiasm; asked to extend the scope of a back-room deal, he refuses unless the proof of the deal's scope is compelling.

If statutes generally are designed to overcome 'failures' in markets and to replace the calamities produced by unguided private conduct with the ordered rationality of the public sector, then it makes sense to use the remedial approach to the construction of statutes—or at least most of them. If, on the other hand, statutes often are designed to replace the outcomes of private transactions with monopolistic ones, to transfer the profits ('rents') of productive activity to a privileged few, then judges should take the beady-eyed contractual approach.

One of the implications of modern economic thought is that many laws are designed to serve private rather than public interests. People demand

laws just as they demand automobiles, and some people demand more effectively than others. Laws that benefit the people in common are hard to enact because no one can obtain very much of the benefit of lobbying for or preserving such laws. Smaller, more cohesive groups are more effective lobbyists. These groups can obtain a greater share of the benefits of laws targeted to assist people who have common characteristics, and so they will raise more money and campaign for legislation more effectively. It also turns out that small, cohesive groups can get more for themselves by restricting competition and appropriating rents than by seeking rules that enhance the welfare of all. Thus we should expect regulatory programs and other statutes to benefit the regulated group; they need not 'capture' the programs, because they owned them all along. The burgeoning evidence showing that regulatory programs increase prices for consumers and profits for producers supports this understanding.

### **Judicial Decisions and the Creation of the Administrative State**

Thus, the liberal state would be transformed by science to become the administrative state with the goal of eradicating social ills. In this view, Keynes and the Keynesians must be seen as providing the scientific blessing for the American welfare and regulatory state. Judges accepted eagerly the erroneous idea that government bureaucrats could be entrusted to devise schemes of social control that would outperform the 'accidental' outcomes of *laissez-faire*.

In acting in these way judges gave an active normative role to economic theory. This normative vision of economics is contrary to James Buchanan's idea that the task of economics as a public science is to provide an understanding of the workings of an organized economy to citizens and the consequences of alternative interventions into that working economy, so that these citizens can be informed participants in the democratic process. In Buchanan's way of thinking, economists must differentiate between the analysis of what is, what could be, and what ought to be in performing their task

of providing citizens with the information required to make intelligent democratic decisions (1996: 30-36).<sup>1</sup> This vision is even more valid for judges.

By the beginning of the twentieth century, the dominant school of economic thinking in the United States was critical of neoclassical economy and advocated an institutional economics that demanded a more activist government to regulate and control the economy and promote efficiency and social justice. Of course, there were pockets of defenders of classical political economy, and even more practitioners of the new science of neoclassical economics; but the Progressive era organized the intellectual domination of the institutional school of economic thought. This domination was not limited to the teachings of economics, but permeated law schools and the budding discipline of public administration, mainly through the works of Veblen and John Commons. In a letter that Keynes wrote to Commons in 1927 he said “*there seems to me to be no other economist with whose general way of thinking I feel myself in such general accord*”. Similarly, Robert Skidelsky, in a recent biography of Keynes, describes Commons as “*an important, if unacknowledged influence on Keynes*” (Skidelsky, 1995:229 in Atkinson et al., 1998).

The normative element in Keynesian economics influenced legal thinking and many of its doctrines was used by judges to justify the intervention to the markets and the artificial expropriation of savings. Keynes was not a democrat; he would gladly have ignored republican institutions and replaced them by a benevolent despotism of enlightened bureaucrats. His emphasis was on results and not institutions through which such results might be reached. The small elite of his ideal was not to be limited by the two main limitations of power, the division of powers or judicial review. Political institutions were irrelevant for the formulation of his policy presumptions. The application of the Keynesian precepts would reduce the possibilities for a constitutional democracy. As a result, Keynesian policy decisions changed democratic political institutions into an authoritarian or bureaucratic regime.

When the Great Crash of 1929 turned into the Great Depression of the 1930's, the remaining voices for laissez-faire were silenced. Economists who had held the classical position were either ignored or they changed their

song to be more in tune with the times. Government had to do something to address social ills. Of course, some economic research argued that the Great Depression was caused by government policy failures- a credit expansion of the 1920's generated a boom-bust cycle, and government interventions in the 1930's, most notably trade restrictions, hampered the ability of the market adjustment process to work to eliminate the crisis. But this message was ignored. Instead, the message that resonated with policy-makers, the public and a new generation of economists was that laissez-faire capitalism was prone to monopoly and business cycles as revealed in the Robber Baron age, the fraud perpetrated on consumers by poor products, the exploitation of workers in factories, and the indignity of unemployment as experienced in the 1930's. It was the 'job of the economists' to address these social ills with the tools of the discipline and the expertise of public administration.

Keynesian economics filled this demand perfectly. Keynes's work, *The General Theory of Employment, Interest and Money* (1936) provided a critique of the classical model of self-regulation of markets, a diagnosis of why the economies of Great Britain and the U.S. had entered a depression and policy advice on how to alleviate the problems of unemployment and instability. For the sake of this discussion, what matters most are the general ideas behind this promise. Keynes argued that investment was unstable because it was based on the volatile expectations of investors and their moods of optimism and pessimism.

In addition, Keynes claimed that the introduction of money into an economic system repudiated the classical law of markets that maintained self-regulation. Prices were not linked to the supply and demand for money anymore than investment was determined by the interest rate in the modern economy, according to Keynes. The introduction of expectations into economic analysis ruptures the old relationships that were established in classical economics. For example, during a recession, because of expectations that the economy is caught in a liquidity trap, attempts to get out of that trap through a monetary policy stimulus will be ineffective. If investment is not rational, but instead based on 'animal spirits,' then private mar-

kets cannot be relied upon to assess the marginal efficiency of capital allocations among competing projects. Finally, in the economy so described by Keynes, resources can remain idle and not be reemployed in alternative uses. The automatic adjustments that classical economics assumed do not come into operation because the economy can get stuck in unemployment equilibrium. By definition, equilibrium is a point where no one in the system has any incentive or inclination to move from their current position. To move out of that equilibrium, a force outside the system must be introduced. Keynes forcefully argued that government was the entity that could most effectively affect social change.

As Roger Garrison has argued, Keynesian economics is the income-expenditure Keynesianism of basic textbook economics. This simple model served as the basic tool for understanding Keynesian public policy for a generation of economists, and it was a staple of Samuelson's presentation in his *Economics*. In fact, the Keynesian shift from analytical perspective to social philosophy is embodied in Samuelson's textbook. In the 1948 edition, for example, Samuelson does not introduce basic supply and demand analysis until page 447, precisely because of the notion that microeconomic principles only become effective after one has ensured that the macroeconomic system is in balance. Left to its own devices, the capitalist system will suffer from aggregate demand failure and results in an unemployment equilibrium. It is the economist's task to engineer this full employment equilibrium, at which point the self-regulating tendencies of a market economy may be relied upon in situations in which externalities are absent, production and exchange is limited to private goods, and not public goods, and the market structure is deemed competitive. Samuelson wrote:

No longer is modern man able to believe "that government governs best which governs least." In a frontier society, when a man moved farther west as soon as he could hear the bark of his neighbour's dog, there was some validity to the view "let every man paddle his own canoe." But today, in our vast interdependent society, the waters are too crowded to make unadulterated "rugged individualism" tolerable (1948:152).

Samuelson admits that this system of ‘rugged individualism’ led to rapid material progress, but he quickly adds that it also resulted in business cycles, the wasteful exhaustion of resources, income inequality, political corruption by moneyed interests, and the substitution of self-regulating competition in favour of all-consuming monopoly (Boettke et al., 2006).

For our story, the significant point to recognize is how Keynes’ *General Theory* and Samuelson’s *Economics* reverse Mill’s *Principles*, where the presumption was still with laissez-faire and the interventions of government in the economy were exceptional. By the time we get to Keynes and later on Samuelson, the presumption is that government must intervene at all times to maintain “economic civilization” and that only in certain circumstances could the laissez-faire principle be relied upon. In addition, it is important to realize the changing role of economists that this shift in presumption requires. At the time of Mill, the economist could still take the stance of student of society, but by the time we get to Keynes and Samuelson the economist’s task is to assume the role of society’s saviour utilizing the scientific tools of his craft to maintain societal balance and right social wrongs. ‘Where the complex economic conditions of life necessitate social coordination and planning,’ Samuelson wrote, “there can sensible men of good will be expected to invoke the authority and creative activity of government” (Boettke et al).

After Alvin Hansen and Samuelson brought Keynes to America in the immediate aftermath of World War II, the notion that experts could regulate the economy, thus eliminating bubbles and panics, grew in apparent infallibility.

### **The Conflict between Keynesian Economics and Judicial Review**

Traditionally, the deleterious effects of Keynesian models on institutions have been associated with its incompatibility with the democratic polity, mainly with the behaviour of Congress or the Executive. But its Keynesian economics have had since the mid thirties an important influence on the

judiciary in resolutions like the “euthanasia of the rentier”, put forward as an economic justification for takings policies made by greedy governments.

There is interdependence between the basic political structure of society and the economic theory of policy, and there are constitutional limits to economic policy. These limits are imposed by the Constitution and the limits in the social contract. Judicial review is the means to comply with the constitutional limitations. This abandonment of the protection of economic rights following economic theory was clearly described in the U.S. Supreme Court case *FERGUSON v. SKRUPA*, 372 U.S. 726 (1963), which included the naming of economists, with the evident pre-eminence of Keynes. The judges said:

This intrusion by the judiciary into the realm of legislative value judgments was strongly objected to at the time, particularly by Mr. Justice Holmes and Mr. Justice Brandeis. Dissenting from the Court’s invalidating a state statute which regulated the resale price of theatre and other tickets, Mr. Justice Holmes said,

“I think the proper course is to recognize that a state legislature can do whatever it sees fit to do unless it is restrained by some express prohibition in the Constitution of the United States or of the State, and that Courts should be careful not to extend such prohibitions beyond their obvious meaning by reading into them conceptions of public policy that the particular Court may happen to entertain” [372 U.S. 726, 730].

And in an earlier case he had emphasized that, “The criterion of constitutionality is not whether we believe the law to be for the public good.” *Adkins v. Children’s Hospital*, 261 U.S. 525, 567, 570 (1923) (dissenting opinion).

The doctrine that prevailed in *Lochner*, *Coppage*, *Adkins*, *Burns*, and like cases - that due process authorizes courts to hold laws unconstitutional when they believe the legislature has acted unwisely - has long since been discarded. We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of leg-

islative bodies, who are elected to pass laws. As this Court stated in a unanimous opinion in 1941, “We are not concerned . . . with the wisdom, need, or appropriateness of the legislation.” Legislative bodies have broad scope to experiment with economic problems, and this Court does not sit to “subject the State to an intolerable supervision hostile to the basic principles of our Government and wholly beyond the protection which the general clause of the Fourteenth Amendment was intended to secure.” It is now settled that States “have power to legislate against what are found to be injurious practices in their internal commercial and business affairs, so long as their laws do [372 U.S. 726, 731] not run afoul of some specific federal constitutional prohibition, or of some valid federal law.”

In the face of our abandonment of the use of the “vague contours” of the Due Process Clause to nullify laws which a majority of the Court believed to be economically unwise, reliance on *Adams v. Tanner* is as mistaken as would be adherence to *Adkins v. Children’s Hospital*, overruled by *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Not only has the philosophy of *Adams* been abandoned, but also this Court almost 15 years ago expressly pointed to another opinion of this Court as having “clearly undermined” *Adams*. We conclude that the Kansas Legislature was free to decide for itself that legislation was needed to deal with the business of debt adjusting. Unquestionably, there are arguments showing that the business of debt adjusting has social utility, but such arguments are properly addressed to the legislature, not to us. We refuse to sit as a “superlegislature to weigh the wisdom of legislation,” and we emphatically refuse to go back to the time when courts used the Due Process Clause “to strike down state laws, regulatory of business and industrial conditions, because they may be unwise, improvident, [372 U.S. 726, 732] or out of harmony with a particular school of thought.” Nor are we able or willing to draw lines by calling a law “prohibitory” or “regulatory.” Whether the legislature takes for its textbook Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes, or some other is no concern of ours. The Kansas debt adjusting statute may be wise or unwise. But relief, if any be needed, lies not with us but with the body constituted to pass laws for the State of Kansas.

This doctrine was reaffirmed in 439 US 96 1978:

This Court has recognized that, “[l]egislative bodies have broad scope to experiment with economic problems. . . .” *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726, 730 (1963). States may, through general ordinances, restrict the commercial use of property, see *Euclid v. Ambler Realty Co.*, 272 U.S. 365 ...

These cases indicate how economic theory influenced constitutional doctrine in such a way as to eliminate limits in the activity of legislators and administrators in regulating contracts and financial activities. The origin of this normative economic thinking can be traced to Supreme Court cases in the '30s.

### **The ‘Euthanasia of the Rentier’ and the Protection of Human Rights**

Towards the end of *The General Theory*, Keynes argued that the supply of capital would increase over time, and that the price of capital, the market interest rate, would fall. The result of this historical process would be the end of the capitalist class; an eventuality Keynes called “the euthanasia of the rentier” (1936:374-77). Quite apart from the fact that many more people live off interests today than when Keynes wrote, there are a number of reasons to disagree in principle with Keynes’ critical assertion - perhaps the wilful daydream of an old man on the eve of another war- that “the demand for capital is strictly limited” (1936:375).<sup>2</sup> While not discussed by Buchan, one of the reasons the demand for capital is unlimited is that capital is a mechanism of control. And while the demand for material goods may be limited, it is difficult to imagine satisfying the lust for power (Westbrook: 2004).

Keynes criticized the ‘cumulative oppressive power of the capitalist to exploit the scarcity value of capital’ and warned of the dangers of basing society on the protection of the money-motives of a ‘rentier’ class that lives solely on income derived from interest. He argued that owners of

capital can obtain excessive interest because capital is kept scarce by convention and by central bank policy, although 'there are no intrinsic reasons for the scarcity of capital' (in Robinson 1962:376). Writing during the Great Depression, Keynes predicted that the eventual 'euthanasia of the rentier, of the functionless investor, will be nothing sudden, merely a gradual but prolonged continuance of what we have seen recently ... and will need no revolution' (in Robinson 1962:376). For some of its followers, the rentier has not just refused to disappear, but has come to predominate over enterprise by dominating the interest rate and monetary policy-making process (Medoff and Harless, 1996:46-53).

As Hermann Hoppe indicates, since interest, according to Keynes, is a purely monetary phenomenon, it is only natural to assume that it can be manipulated at will through monetary policy (1992:199-223). It is 'comparatively easy to make capital goods so abundant that the marginal efficiency of capital is zero (and) this may be the most sensible way of gradually getting rid of many of the objectionable features of capitalism' (Keynes 1936: 221). It is 'possible for communal saving through the agency of the State to be maintained at a level where it ceases to be scarce'. Never mind that this would imply no need for maintenance or replacement of capital any longer (for, if this were the case, capital goods would still be scarce and hence command a price) and that capital goods would instead have to be 'free goods' in the same sense in which air is usually 'free.' Never mind that if capital goods were no longer scarce, then neither would consumer goods be scarce (for, if they were, the means employed to produce them would have to be scarce too). And never mind that in this Garden of Eden, which Keynes promises to establish within one generation, there would no longer be any use for money. For, as he informs us, 'I am myself impressed by the great social advantages of increasing the stock of capital until it ceases to be scarce' (Keynes, 1936: 325). Who would dare disagree that a lower interest rate supposedly increases and decreases investment simultaneously? And it is to get out of this logical mess that Keynes comes up with a conspiracy theory: for, while the interest rate must be reduced to zero in order to eliminate scarcity, as we were told, the lower the interest

rate, the lower also the reward for parting with liquidity. The lower the interest rate, that is to say, the lower the incentive for capitalists to invest because their profits will be reduced accordingly. Thus, they will try to undermine, and conspire against, any attempt to resurrect the Garden of Eden. Driven by ‘animal spirits’ (ibid.: 161) and ‘gambling instincts’ (ibid.: 157), and ‘addicted to the money-making passion’ (ibid.: 374), they will conspire to ensure ‘that capital has to be kept scarce enough’ (ibid.: 217). ‘The acuteness and peculiarity of our contemporary problem arises, therefore,’ writes Keynes, ‘out of the possibility that the average rate of interest which will allow a reasonable average level of employment [and of social income] is one so unacceptable to wealth owners that it cannot be readily established merely by manipulating the quantity of money’ (ibid.: 308-9). In fact, ‘the most stable, and least easily shifted, element in our contemporary economy has been hitherto, and may prove to be in the future, the minimum rate of interest acceptable to the generality of wealth owners’ (ibid.: 309). There is a way out of this predicament: through ‘the euthanasia of the rentier, and, consequently, the euthanasia of the cumulative oppressive power of the capitalist to exploit the scarcity-value of capital’ (ibid.: 376, 221). For ‘the business world’ is ruled by an ‘uncontrollable and disobedient psychology’ (ibid.: 317), and private investment markets are ‘under the influence of purchasers largely ignorant of what they are buying and of speculators who are more concerned with forecasting the next shift of market sentiment than with a reasonable estimate of the future yield of capital assets’ (ibid.: 316). As a matter of fact, don’t we all know that ‘there is no clear evidence from experience that the investment policy which is socially advantageous coincides with that which is most profitable’ (ibid.: 157); indeed, that the decisions of private investors depend largely on ‘the nerves and hysteria and even the digestions and reactions to the weather’ (ibid.: 162), rather than on rational calculation? Thus, concludes Keynes, ‘the duty of ordering the current volume of investment cannot safely be left in private hands’ (ibid.: 320). Instead, to turn the present misery into a land of milk and honey, “a somewhat comprehensive socialization of investment will prove the only means” (ibid.: 378). ‘The State, which is in a position to calculate the

marginal efficiency of capital-goods on long views and on the basis of the general social advantage [must take] an ever greater responsibility for directly organizing investment' (ibid.: 164).

The gradual spread of Keynesian notions was accompanied by the demise of certain principles, both economic and constitutional. There was more political intervention throughout the market, and at the same time the need of a legal culture that accepted these interventions in spite of constitutional limitations.

The following paragraph on the doctrine of the 'euthanasia of the rentier' is eloquent as a termination of all economic constitutional rights:

Now, though this state of affairs would be quite compatible with some measure of individualism, yet it would mean the euthanasia of the rentier, and, consequently, the euthanasia of the cumulative oppressive power of the capitalist to exploit the scarcity-value of capital. Interest today rewards no genuine sacrifice, any more than does the rent of land. The owner of capital can obtain interest because capital is scarce, just as the owner of land can obtain rent because land is scarce. But whilst there may be intrinsic reasons for the scarcity of land, there are no intrinsic reasons for the scarcity of capital (Keynes, 1936)

Without consideration of the economic reasons that reject this type of argumentations, it is the demise of economic liberties. It is also the normative economic argumentation to change the constitutional doctrines existing since *Marbury vs. Madison*.

### **The 'Euthanasia of the Rentier' and the Gold Standard Cases**

The origin of the influence of the 'euthanasia of the rentier' in constitutional discourse could be traced to the 'Gold Standard Cases'. In his first week in office, Roosevelt took the United States off the gold standard; he conceded that "what you are coming to now really is a managed currency"

(Dam). On March 9<sup>th</sup> he sought confirming legislation; in the same day the Emergency Banking Act was approved, giving authority to the Secretary of the Treasury to require the surrender of all gold coin, gold bullion, and gold certificates against payment of paper money of the same face value. At the time “inflation” had wide support in society, support that included businessmen and banking experts such as Marriner Eccles, Governor of the Federal Reserve Board, and Representative Steagall, Chairman of the House Banking and Currency Committee. There was no unanimity, however, as to the methods for achieving inflation and the economic reasons as to why they would work. These were given immediately after by the *General Theory* of Keynes. Roosevelt’s goal was to achieve higher prices, but his strategy turned less on inflating the money supply than on direct means to increase prices. The National Recovery Administration’s much publicized system of industry wide production cartels is a characteristic example. To Roosevelt, another means was the devaluation of the dollar. The effect would be, in his view, to rise directly and proportionately the prices of farm products and raw materials traded internationally and perhaps to raise other prices as well.

Congressional authorization to devalue the dollar was obtained by the Agricultural Adjustment Act in 1933 that reduced the weight of the gold dollar. At the request of the Administration, Congress first took the precaution by a Joint Resolution of June 5<sup>th</sup>, 1933, of invalidating gold clauses in public and private contracts. This Joint Resolution provided that “every provision ... with respect to any obligation which purports to give the obligee a right to require payment in gold or a particular kind of coin or currency ... is ... against public policy’ and that all past or future obligations, whether or not any such provision is contained therein ... shall be discharged upon payment, dollar for dollar, in any coin or currency which at the time of payment is legal tender.” The most important purpose of the Act was to give private debtors with gold clause obligations protection and to assure that creditors would not be able to enforce gold clauses when the dollar was devalued.

The gold buying program succeeded in raising the price of gold from

an initial price of \$31.36 an ounce to \$34.45 by January 1934. The dollar depreciated more or less to the same extent in foreign exchange markets, although Keynes characterized the “recent gyrations of the dollar” as “more like a gold standard on the booze than the ideal managed currency of my dreams” (Keynes, 1933:181). On January 15, 1934, the President requested authority to devalue the dollar in terms of gold to between fifty and sixty percent of its original value and authority for the Treasury to buy and sell gold and foreign exchange to stabilize the dollar in foreign exchange markets. The authority was granted in the Gold Reserve Act and on January 31, 1934 the President proclaimed a new gold content of 15-5/21 grains 9/10 fine gold, a reduction to 59.06 of the former weight, equal to an official gold price of thirty-five dollars an ounce. The Gold Reserve Act of 1934 took one further step to eradicate remaining gold standard symbols. In Roosevelt’s own words, the Act “abolished gold coin as a component of our monetary system.” All gold coin was to be withdrawn from circulation and formed into gold bars. Even the Treasury was thenceforth to hold gold only in the form of bullion. Gold was thereafter to be a commodity, not money. It could be sold for industrial and dental uses. Coin collectors could still hold gold coins but only those of numismatic value.

The four major gold clause cases were decided by the Supreme Court in 1935. The cases of *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad* and *United States v. Bankers Trust Co.* were decided together 294 U.S. 240 (1935) and involved private obligations. The Joint Resolution invalidating gold clauses was held constitutional and corporate bonds containing gold clauses were therefore held dischargeable at the nominal face amount. *They established a constitutional precedent valid to the present day, and created a normative validity of the economic doctrine that Keynes would immediately draft of the ‘euthanasia of the rentier.’*

The reasoning was straightforward. Congress had broad power over the value of money and of the financial obligations written in contracts, which included a confirmation of the regulation of loans and mortgages.<sup>3</sup>

In execution of those powers Congress had the power of “frustrating the expected performance of contracts,” and such an impact on private

contractual relations did not constitute a taking. Since, under the circumstances prevailing in 1933, gold clauses constituted an “actual interference” with its broad monetary powers, Congress had the power to invalidate such clauses.

The other two cases, *Nortz v. United States* 294 U.S. 317 (1935) and *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935) involved obligations of the federal government. In *Nortz*, a holder of gold certificates acting under compulsion of the nationalization orders and regulations had surrendered the certificates to the Treasury on January 17<sup>th</sup>, 1934. At that time gold was being purchased by the Treasury at \$34.45 (and therefore traded on world markets at approximately that price) and two weeks later the President, acting under authority he had sought from Congress on January 15<sup>th</sup>, had devalued the dollar, changing the official gold price from \$20.67 to \$35.00 per ounce. Nonetheless, the plaintiff, having sued for recovery at \$33.43 per ounce (the London price on January 17<sup>th</sup>), was held to be entitled to be recompensed for his gold certificate only at the rate of \$20.67 per ounce.

Unlike the private obligation cases where the Court had held that no taking had occurred, the taking was conceded but “just compensation” was held to require payment only at the \$20.67 price. The theory was that even if gold coin had been paid out by the Treasury, the holder would have had no alternative but to return the coin to the Treasury and to be compensated at the official gold price. Since gold coin could not be sold at the \$34.45 bullion price available to gold producers and since it was then unlawful to export gold coin in order to receive the world price, the holder was entitled to no more than the nominal value of the certificate, which was calculated at the \$20.67 price. The Court emphasized that a gold certificate was currency, not a warehouse receipt for gold, but the decision did not turn on that point. In effect, price controls had held the price of gold certificates to \$20.67, and so the holder was entitled to no more.

*Perry*, a case involving a 1917 U.S. government bond that was called for redemption in April 1934, extended the *Nortz* reasoning. Because the \$10,000 bond made principal and interest “payable in United States gold coin of the present standard of value “DD” and because under prior Supreme

Court rulings U.S. government obligations could not be invalidated by subsequent legislation, Chief Justice Hughes, speaking for a four-member plurality, ruled the Joint Resolution unconstitutional insofar as it applied to gold clauses in such obligations. But the Court nonetheless relegated the holder of the government bond to receiving merely the face amount of \$10,000 in legal tender currency. The Court reasoned that unlike the post-Civil War period, when coin and paper money floated in the marketplace at prices determined by supply and demand, the period of the Gold Clause Cases had a “single monetary system with an established parity of all currency and coins.” Even under the pre-1933 legislation, a gold coin could have been legal tender only for its face amount, not for the value of its gold content. Thus even if the bond had been paid in gold coin and even assuming that gold coin did not have to be surrendered to the government at the \$20.67 price under the 1933 regulations, the bondholder could not have exchanged his gold coin at the thirty-five dollar price because no recipient would have been required to treat it as legal tender for more than its face amount. Moreover, he could not have exported the gold coin or sold it for its gold content. As a result, the holder had no legally cognizable loss of purchasing power. Since there was no ‘actual loss,’ recovery of money at the gold value (\$1.69 per \$1.00 face amount of the bonds) would ‘constitute not a recoupment of loss in any proper sense but an unjustified enrichment.’

Which were the economic and social reasons that led a majority of the Court to invalidate - *de jure* for private obligations and *de facto* for public obligations- solemn promises that had anticipated the depreciation of the currency in terms of gold? The Court reasoned in *Norman* with words that easily remind Keynes’ arguments: “to increase the demand for gold, to encourage hoarding, and to stimulate attempts at exportation of gold coin” (294 U.S. at 313) without giving legal or economic arguments for the taking of private property.

At the same time, the clauses could be interpreted as merely requiring payment of the present day currency equivalent of the promised gold coin; then no impact on gold holdings, public or private, could be anticipated.

The Court's concern to protect the congressional decision to "choose ... a uniform monetary system, and to reject a dual system" became irrelevant because gold value clauses could be enforced without according any monetary role to gold. It would suffice to determine the present market value of gold equal to coins of the weight and fineness referred to in the contractual clause. The question consequently became how requiring a private debtor to pay \$1.69 instead of \$1.00 for each face dollar of principal and interest would interfere with the monetary power of Congress. In attempting to give a satisfactory answer to that question, the Court emphasized the large volume of gold clause obligations. The result of enforcing the clauses, even on a gold value basis, would be "dislocation of the domestic economy" (294 U.S. at 315).

The Court contented itself with the rhetorical flourish that 'it requires no acute analysis or profound economic inquiry to disclose' the dislocation that would result if 'debtors under gold clauses should be required to pay one dollar and sixty-nine cents in currency while respectively receiving their taxes, rates, charges and prices on the basis of one dollar of that currency.' There is no analysis, in the arguments of the decision, why complying with one's debts could harm the economy. Some corporations might indeed become insolvent if the debt were interpreted to be \$1.69 rather than \$1.00, but that need not necessarily result in either lower output or higher unemployment in the economy. But the decision would indeed make creditors poorer, in a sudden euthanasia of rentiers.

The government's brief in *Bankers Trust*<sup>4</sup> made some effort to calculate the impact of holding gold clauses valid. It analyzed debt service (interest plus amortization of principal) and concluded that enforcement of gold clauses on both public and private debts would raise annual debt service some \$3.0 billion to more than \$10.9 billion. But it was in no sense a monetary drain since every dollar paid was received by someone else. And then, as at other times, the principal of long-term debt was often refinanced.

Arguments other economic ones motivated President Roosevelt, the Congress, and the Court. The most reasonable hypothesis is that the purpose of

prohibiting the enforcement of clauses even on a gold value basis was *to redistribute income from creditors to debtors*. The Court did endorse the idea that enforcement would be unfair to the debtor in the context of a devaluation of the dollar in terms of gold. It is unfairness to the debtor, a concept that would have a macroeconomic equivalence and justification in the writing of Keynes, that appears to lie behind the otherwise puerile observation previously noted that gold clause debtors would have to pay ‘one dollar and sixty-nine cents in currency while respectively receiving their taxes, rates, charges and prices on the basis of one dollar of that currency’ (*Norman vs. Baltimore*).

The willingness of the Court to endorse the redistributive desire to help debtors at the expense of creditors may seem rather odd when one considers that the actual obligors in the Gold Clause Cases were large railroads, banks, and the United States itself and that many of the bondholders were doubtless individuals, perhaps even ‘widows and orphans.’ But the government had gone out of its way to emphasize that gold clauses were common in farm and home mortgages. The Court had already revealed a willingness to uphold legislative interference with such mortgage obligations in the case of *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*.

In any case, the inclusion of a gold clause may be expected, on general principles, to have resulted in a lower interest rate since it protected the creditor against inflation. The gold clause was, in short, a primitive form of indexation. Yet the government argued in *Perry* that gold clauses were ineffectual: bonds sold at the same price, whether or not they contained a gold clause. This latter argument seems particularly misleading since the natural conclusion is that a higher interest rate was required when a gold clause was not used.

### **The Arguments of the Supreme Court**

The arguments in the Norman case are particularly eloquent in the creation of the constitutional precedent of the ‘euthanasia of the rentier’. Since

then, this legal opinion is considered the correct law of the land with reference to the legal regulation of financial contracts. It has transformed Keynesian arguments into constitutional law.

The arguments run as follows. Chief Justice HUGHES delivered the opinion of the Court:

We are of the opinion that the gold clauses now before us were not contracts for payment in gold coin as a commodity, or in bullion, but were contracts for the payment of money. The bonds were severally for the payment of \$1,000. We also think that, fairly construed, these clauses were intended to afford a definite standard or measure of value, and thus to protect against a depreciation of the currency and against the discharge of the obligation by a payment of lesser value than that prescribed. When these contracts were made, they were not repugnant to any action of the Congress. In order to determine whether effect may now be given to the intention of the parties in the face of the action taken by the Congress, or the contracts may be satisfied by the payment dollar for dollar, in legal tender, as the Congress has now prescribed, it is necessary to consider (1) the power of the Congress to establish a monetary system and the necessary implications of that power; (2) the power of the Congress to invalidate the provisions of existing contracts which interfere with the exercise of its constitutional authority; and (3) whether the clauses in question do constitute such an interference as to bring them within the range of that power.

Contracts, however express, cannot fetter the constitutional authority of Congress. Contracts may create rights of property, but when contracts deal with a subject [475 U.S. 211, 224] matter which lies within the control of Congress, they have a congenital infirmity. Parties cannot remove their transactions from the reach of dominant constitutional power by making contracts about them.

Dealing with the specific question as to the effect of the Legal Tender Acts upon contracts made before their passage, that is, those for the payment of money generally, the Court, in the legal tender cases, recognized the possible consequences of such enactments in frustrating the expected perform-

ance of contracts-in rendering them 'fruitless, or partially fruitless.' The Court pointed out [294 U.S. 240, 305] that the exercise of the powers of Congress may affect 'apparent obligations' of contracts in many ways. The Congress may pass bankruptcy acts. The Congress may declare war, or, even in peace, pass non-intercourse acts, or direct an embargo, which may operate seriously upon existing contracts. And the Court reasoned that, if the Legal Tender Acts 'were justly chargeable with impairing contract obligations, they would not, for that reason, be forbidden, unless a different rule is to be applied to them from that which has hitherto prevailed in the construction of other powers granted by the fundamental law.' The conclusion was that contracts must be understood as having been made in reference to the possible exercise of the rightful authority of the government, and that no obligation of a contract 'can extend to the defeat' of that authority. (Knox v. Lee, supra, pages 549-551 of 12 Wall).

Here, the Congress has enacted an express interdiction. The argument against it does not rest upon the mere fact that the legislation may cause hardship or loss. Creditors who have not stipulated for gold payments may suffer equal hardship or loss with creditors who have so stipulated. The former, admittedly, have no constitutional grievance. And, while the latter may not suffer more, the point is pressed that their express stipulations for gold payments constitute property, and that creditors who have not such stipulations are without that property right. And the contestants urge that the Congress is seeking, not to regulate the currency, but to regulate contracts, and thus has stepped beyond the power conferred.

If the gold clauses now before us interfere with the policy of the Congress in the exercise of that authority, they cannot stand.

This was a narrow decision, since four justices dissented. Justice McREYNOLDS, in dissenting, wrote:

The enactments here challenged will bring about confiscation of property rights and repudiation of national obligations. Acquiescence in the decisions just announced is impossible; the circumstances demand statement of our

views. 'To let oneself slide down the easy slope offered by the course of events and to dull one's mind against the extent of the danger, ... that is precisely to fail in one's obligation of responsibility.'

Just men regard repudiation and spoliation of citizens by their sovereign with abhorrence; but we are asked to affirm that the Constitution has granted power to accomplish both. No definite delegation of such a power exists; and we cannot believe the farseeing framers, who labored with hope of establishing justice and securing the blessings of liberty, intended that the expected government should have authority to annihilate its own obligations and destroy the very rights which they were endeavoring to protect. Not only is there no permission for such actions; they are inhibited. And no plenitude of words can comform them to our charter.

The dissent also indicated that the decision was contrary to international law. In *Serbian and Brazilian Loans, Publications P.C.I.J., Series A, Nos. 20, 21 (1929)* the Permanent Court of International Justice had declared:

The gold clause merely prevents the borrower from availing itself of a possibility of discharge of the debt in depreciated currency,' and 'The treatment of the gold clause as indicating a mere modality of payment, without reference to a gold standard of value, would be, not to construe but to destroy it. (...)

It is true to say that the gold clauses 'were intended to afford a definite standard or measure of value, and thus to protect against a depreciation of the currency and against the discharge of the obligation by payment of less than that prescribed.' Furthermore, they furnish means for computing the sum payable in currency if gold should become unobtainable.

Counsel for the government and railway companies asserted with emphasis that incalculable financial disaster would follow refusal to uphold, as authorized by the Constitution, impairment and repudiation of private obligations and public debts. Their forecast is discredited by manifest exaggeration. But, whatever may be the situation now confronting us, it is the outcome of attempts to destroy lawful undertakings by legislative action;

and this we think the Court should disapprove in no uncertain terms.

Loss of reputation for honorable dealing will bring us unending humiliation;  
the impending legal and moral chaos is appalling.

Indeed the Gold Clause Cases were the beginning of a judicial 'road to serfdom' which was continued in several cases throughout the following decades (Siegman: 415). At the same time, the influence and prestige of the precedents of the U.S. Supreme Court made this doctrine to be followed in many legal systems to the present day, particularly in Latin America, with deleterious consequences.

## NOTAS

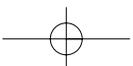
---

- 1 See also Buchanan, (1975), Ch. 6, The Paradox of "Being Governed".
- 2 James Buchanan, 1997:276-77, *Frozen Desire: The Meaning of Money* pp. 276-77 New York: Farrar, Straus and Giroux, 1997.
- 3 See Home Building & Loan Association v. Blaisdell 290 U.S. 398 (1934)
- 4 Brief for the United States and the Reconstruction Finance Corporation at 35 n.14, *United States v. Bankers Trust Co.*, 294 U.S. 240 (1935), quoted in Dam.

## Bibliography

- Atkinson, G. and Oleson, T. Jr., (1998): "Commons and Keynes: Their Assault on Laissez Faire", *Journal of Economic Issues*, Vol. 32.
- Boettke, P., Coyne, C. and Leeson, P., (2006): "High Priests and Lowly Philosophers: The Battle for the Soul of Economics", *Case Western Reserve Law Review Spring*.
- Buchan, J., (1997): *Frozen Desire: The Meaning of Money*, New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Buchanan, James M. (1975/2000): *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*, Indianapolis: Liberty Fund.
- Buchanan, James M., "Economics as a Public Science", in Medema and Samuels, eds.
- Coase, Ronald (1960): "The Problem of Social Cost".
- Dam, Kenneth W.: "From the Gold Clause Cases to the Gold Commission: A Half Century of American Monetary Law", 50 *U. Chi. L. Rev.* 504.
- Easterbrook, Frank H. (1984): "The Court and the Economic System", *Harvard Law Review*, November.
- Freedman, ed. (1967): "Roosevelt and Frankfurter: Their Correspondence 1928-45".
- Hermann Hoppe, Hans (1992): "The Misesian Case against Keynes", in Skousen, 1992.
- Keynes, J. M. (1936): *The General Theory of Employment, Interest and Money*.
- Keynes, J. M. (1933): "Letter to President Roosevelt", December, in Freedman, 1967.
- Medema, Steven G. and Samuels, Warren J., eds. (1996): *Foundations of Research in Economics*.
- Medoff, J. and Harless, A. (1996): *The Indebted Society*, Boston: Little, Brown & Co.
- Permanent Court of International Justice (1929): *Serbian and Brazilian Loans*, Publications P.C.I.J., Series A, Nos. 20, 21.
- Robinson, J. (1962): *Economic Philosophy*, Chicago.

- Samuelson, Paul (1948): *Economics*, McGraw-Hill, 1st ed.
- Siegan, Bernard H. (1995): "Separation of Powers and Economic Liberties", *Notre Dame Law Review* 415: 70.
- Skidelsky, (1995): *Keynes*, in Atkinson and Oleson Jr., 1998.
- Skousen, Mark, ed. (1992): *Dissent on Keynes, A Critical Appraisal of Economics*, New York, Westport, Connecticut, London: Praeger.
- U.S. Supreme Court (1934): *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398.
- U.S. Supreme Court (1935): *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad and United States v. Bankers Trust Co*, 294 U.S. 240.
- U.S. Supreme Court (1935): *Nortz v. United States*, 294 U.S. 317.
- U.S. Supreme Court (1935): *Perry v. United States*, 294 U.S. 330.
- U.S. Supreme Court (1935): *United States v. Bankers Trust Co*, 294 U.S. 240.
- U.S. Supreme Court (1963): *Ferguson v. Skrupa*, 372 U.S. 726.
- Westbrook, David A. (2004): "Telling All: The Sarbanes-Oxley Act and the Ideal of Transparency", *Mich. St. L. Rev* 441.



# RIIM

## Revista de Instituciones, Ideas y Mercados

### Pautas para la presentación de artículos

1. Los trabajos deben ser enviados por correo electrónico, a:  
riim@eseade.edu.ar
2. Los artículos serán evaluados por el Editor General de la Revista y por dos expertos anónimos antes de su aceptación para publicación.
3. En ciertos casos se aceptarán artículos publicados anteriormente en otro idioma y que merecen ser difundidos en castellano.
4. La extensión máxima del artículo será de 10.000 palabras incluyendo gráficos, cuadros, notas y referencias bibliográficas.
5. Con un asterisco en el título remitiendo al pie de la primera página se indicarán comentarios, agradecimientos, etc.; con doble asterisco en el nombre del autor remitiendo al pie de la primera página se indicará su título, posición académica actual y dirección de correo electrónico.
6. Cada artículo debe ir precedido de un resumen en inglés y español, de no más de 50 palabras cada uno.
7. Los artículos deben tener una bibliografía al final, ordenada alfabéticamente, con las siguientes formas:

**a) Libros: uno a tres autores**

Conesa, Francisco; Nubiola, Jaime (1999): *Filosofía del Lenguaje*, Barcelona: Herder.

**b) Libro: más de tres autores**

Benegas Lynch (h), Alberto; Chafuen, Alejandro A.; Loncán, Enrique J. et al. (1984): *Cristianismo y Libertad*, Buenos Aires: Fundación para el Avance de la Educación.

**c) Libro: editor o compilador en lugar de autor**

Yarce, Jorge (ed.) (1986): *Filosofía de la Comunicación*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

**d) Artículo en libro con editor (o compilador)**

Llano, Alejandro: “Filosofía del Lenguaje y Comunicación” (1986), en Yarce, Jorge (ed.): *Filosofía de la Comunicación*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

**e) Artículo en publicación periódica (journal)**

Ravier, Adrián (2006): “Hacia un Estudio Comparativo de las Teorías Económicas Defendidas por Joseph Schumpeter y Ludwig von Mises”, *Libertas* 44 (Mayo), pp. 251-326.

## 8. Formatos a seguir

El artículo se enviará como documento adjunto en Word, con fuente Times New Roman N° 12, a simple espacio. Todas las páginas deberán numerarse.

El texto principal debe estar alineado a la izquierda, sin espacios entre párrafos y sin sangrías ni tabulaciones. El título del artículo y los subtítulos deben ir en negrita y en minúsculas.

Las citas extensas dentro del texto principal deben ir en párrafo aparte con espacio anterior y posterior de 1, y sin comillas.

Los gráficos y cuadros deben presentarse en archivo aparte (Excel o Word) indicando el número (correlativo), título, fuente y notas. En su lugar deben colocarse en el texto principal la referencia de número y el título.

Las notas y referencias bibliográficas que agreguen contenido al cuerpo del documento deben incluirse al final del documento de acuerdo al siguiente estilo:

**a) Libro: uno a tres autores**

Conesa y Nubiola, 1999: 13.

**b) Libro: más de tres autores**

Benegas Lynch (h) et al, 1984: 145.

**c) Libro: editor o compilador**

Yarce (ed.), 1986: 214.

**d) Artículo en libro o publicación periódica**

Llano, 1986: 10-12.

Cuando se indique una referencia bibliográfica solamente, ésta se incluirá en el texto principal entre paréntesis, siguiendo el mismo estilo.