

Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas? *

FERNANDO GÓMEZ

Departamento de Derecho Civil
Universidad Complutense

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La noción económica de «derechos de propiedad».*—III. *El teorema de Coase.* 1. Formulación. 2. El teorema de Coase aplicado a las inmisiones.—IV. *La heterogénea categoría de los costes de transacción.*—V. *¿Qué podemos aprender de Coase?* 1. El mundo Coaseano, el sistema jurídico y la perspectiva de los economistas. 2. Comportamiento económico y visión del jurista.—VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

En octubre de 1991, Ronald Harry Coase fue galardonado con el Premio Nobel de Economía correspondiente a ese año.

Ello demuestra palpablemente el conocimiento y aprecio de su reducida pero penetrante y lúcida obra por parte de los economistas.

Sin embargo, la realidad es que la relevancia de una buena parte de las intuiciones que se encierran en los trabajos de Coase es mucho mayor para los juristas que para la propia profesión económica. A pesar de ello, su repercusión en los ambientes jurídicos no anglosajones —en éstos, desde luego, sí ha sido acusada— y, en particular, en los españoles, ha sido muy reducida, o, al menos, inapreciable.

* Este trabajo es una ampliación de mi ponencia «Ronald Coase y los “derechos de propiedad”», presentada al acto de homenaje a Coase organizado por el Departamento de Economía Aplicada IV de la Universidad Complutense. Quisiera agradecer los comentarios y sugerencias de los participantes en dicho acto y de los asistentes al Seminario de Análisis Económico del Derecho de las Universidades Complutense y Carlos III, así como los de Francisco Cabrillo y Alicia Real. La responsabilidad por las opiniones y por los errores que resten es, desde luego, sólo mía.

Ni la todavía habitual –aunque decreciente– falta de interés de la academia jurídica española hacia las influencias del mundo angloamericano –en franco contraste con la abierta y casi excesiva fascinación que éste ejerce sobre los profesionales de toda procedencia vinculados al campo de la empresa–, ni la tradicional desconfianza mutua entre juristas y economistas pueden justificar, en mi criterio, que se siga desconociendo la contribución Coaseana, decisiva a la hora de integrar las transacciones, los acuerdos privados y, en definitiva, el comportamiento económico, en la concepción y el funcionamiento del sistema jurídico. Su visión, además, supone, una invitación a los estudiosos, diseñadores y aplicadores de las reglas jurídicas para el uso del conjunto de instrumentos desarrollados y contrastados en el análisis de la conducta económica de los seres humanos.

Exponer e interpretar las aportaciones de Coase a través, sobre todo, de las nociones de «derechos de propiedad» y «costes de transacción», así como proponer modestamente algunas consecuencias que de las mismas pueden derivarse para los ámbitos de interés y los modos de pensar de los estudiosos del Derecho constituyen el propósito que alienta estas líneas.

II. LA NOCIÓN ECONÓMICA DE «DERECHOS DE PROPIEDAD»

Tras las intervenciones precedentes, que se han centrado en las ideas de Coase sobre la empresa y la organización, me corresponde ocuparme de sus aportaciones a la teoría de los derechos de propiedad y, en conexión con ello, a su papel de «padre» del análisis económico del Derecho.

Esta dimensión se plasma en dos de los textos fundamentales de Coase: «The Federal Communications Commission» (1959)¹ y «The Problem of Social Cost» (1960)². Es este último, sin duda, el más difundido de sus trabajos.

El primero de ellos presenta, por primera vez, la proposición que más tarde vino a ser conocida como «Teorema de Coase».

Tratando de analizar la atribución de derechos sobre frecuencias de radio y sus efectos, llega a afirmar que, *con independencia de la decisión del sistema jurídico al respecto, el destino y el uso de los recursos será siempre el más eficiente si se dan dos condiciones:* (a) las transacciones

¹ «The Federal Communications Commission», en *Journal of Law & Economics* (1959), p. 25

² «The Problem of Social Cost», en *Journal of Law & Economics* (1960), p. 1. Las citas de este trabajo se harán, sin embargo, a su reimpresión en el volumen de estudios de Coase, *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, 1988, p. 95. La traducción del texto es mía (hay traducción española, Madrid [1994]).

de mercado, los acuerdos privados, tienen una base definida bajo la forma de un sistema preciso de derechos de propiedad, (b) dichas transacciones pueden operar sin impedimentos ni fricciones.

Coase ilustró esta tesis con los más dispares ejemplos de recursos económicos: una cueva recién descubierta, y el conflicto entre un fabricante de dulces y un médico cuya consulta se hallaba colindante al establecimiento del primero, conflicto ocasionado por los ruidos y vibraciones emanadas de la instalación industrial del confitero.

Concretamente este último caso será utilizado más adelante, en el apartado III, para comprender la aplicación e implicaciones inmediatas del «Teorema de Coase».

Las objeciones y comentarios que inmediatamente *suscitó* el artículo motivaron la elaboración de su segundo trabajo: en éste, sin abandonar su método argumentativo basado en ejemplos —extraídos de la casuística jurisprudencial inglesa del siglo XIX en materia de inmisiones («nuisance»)—, trata de hacer más explícitas y generales las posiciones ya expuestas el año precedente, en relación al papel de la definición de derechos de propiedad y, en definitiva, de la intervención del sistema jurídico y del Estado en la eficiencia de la asignación de los recursos económicos de que dispone una determinada sociedad.

Antes de proceder al examen anunciado, creo que es necesaria una aclaración terminológica, en especial dirigida a la audiencia jurídica.

El uso por parte de Coase (y, en general, por los economistas) *de la expresión «property rights» o «derechos de propiedad», no coincide con el uso jurídico.* En efecto, no es sinónimo de derecho de dominio, como es el empleo corriente entre los juristas. Ni siquiera el ámbito cubierto por aquel término coincide con el concepto de derecho real. Sin duda, los ámbitos del derecho dominical y de los derechos reales se hallan englobados por el término «property right». Pero este último trata de colocarse en un plano todavía más general, remitiendo a conceptos, en nuestro vocabulario dogmático-jurídico, como los de titularidad o situación jurídica subjetiva activa. Puede referirse, por tanto, a los derechos subjetivos en sentido técnico —y a las meras facultades que componen el contenido de éstos— a las expectativas, a las potestades, etc.³

³ Vid. DEMSETZ, «Toward a Theory of Property Rights», en *American Economic Review* (1967), p. 347; CALABRESI & MELAMED, «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», en *Harvard Law Review* (1972), p. 1089; BARZEL, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge (1989), p. 2. Una exposición de los principales conceptos de la dogmática del derecho subjetivo se puede consultar en DE CASTRO, *Derecho Civil de España* (reimp.), Madrid (1985), pp. 563 ss., y BIGLIAZZI-GERI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI, *Diritto civile*, t. I, Torino (1988), pp. 260 ss.

Es preciso advertir, no obstante, que la utilización de esta acepción extensa de los términos «propiedad» y «derecho de propiedad», tiene ilustres precursores. Así, Adam Smith entiende el derecho de propiedad como algo que comprende no sólo todo aquello que una persona posee en relación a su entorno, sino también toda reclamación o posibilidad de

Como se ha definido por Alchian, «property right» sería una facultad garantizada socialmente (lo cual, a nuestros efectos, quiere decir, en particular, jurídicamente), en relación a un recurso o un bien ⁴.

Toda posibilidad de comportamiento, activo u omisivo, de que un individuo dispone en relación a otros sujetos, a objetos del mundo material o a cualesquiera otras entidades imaginables, tales como creaciones artísticas o espirituales –derechos de autor–, nuevos procedimientos productivos –derechos de patente–, y simples nombres o denominaciones asociadas a una actividad económica, bien o servicio –derechos de marca–, resulta incluida en la amplia categoría de los «derechos de propiedad». Su reconocimiento, atribución y defensa pueden venir dados tanto por el sistema jurídico, por reglas y pautas sociales, o incluso por normas morales y religiosas, siempre y cuando alcancen un cierto grado de efectividad en la vida social.

Esta amplitud de la categoría que se examina, ha llevado a algunos a preferir términos más globales, en su sentido gramatical, que el de «derechos de propiedad», como son los de «derechos», sin más, o «derechos de conducta» ⁵.

Este sentido amplio del término es el que voy a utilizar, no sólo por fidelidad a la terminología coaseana sino, sobre todo, por tratar de colocar la aportación de Coase en su verdadera perspectiva, que supera la de los problemas de conflicto e incompatibilidad entre derechos reales: inmisiones, servidumbres, daños, etc. E incluso excede de la cuestión de la internalización de lo que en la jerga económica se conocen como «efectos externos» o «externalidades», en el sentido de aquellas consecuencias favorables o desfavorables de la decisión o acción de un agente económico, que afectan a otros sujetos distintos y que éste no ha tenido en cuenta al tomar la decisión o emprender la acción que sea ⁶.

poseer en cualquier situación, así como todo lo que le resulta debido en virtud de contrato: Adam SMITH, *Lecciones sobre jurisprudencia*, trad. esp., Granada (1995), p. 42.

⁴ ALCHIAN, voz «Property Rights», en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, p. 1031. El término «bien» debe concebirse, dicho sea de paso, en los términos más amplios posibles, esto es, como cualquier entidad, material o no, de la cual los seres humanos pueden derivar cualquier clase de satisfacción o utilidad.

⁵ PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», *Estudios-homenaje al Profesor Broseta*, t. III, Valencia (1995), p. 2851, n. 13; BÜROW (trad. Francisco Jordano Fraga), «Introducción al Análisis económico del Derecho», *Actualidad Civil*, 22-28 de noviembre de 1993.

⁶ El ejemplo más notorio de externalidad negativa sería el de la contaminación emitida en el curso de la actividad económica, por ejemplo, la de una empresa que fabrica un determinado producto. Esta polución constituye un efecto negativo en la situación de bienestar de otros sujetos –podría decirse, incluso, de todos los miembros de la sociedad, dado el carácter colectivo del bien «medio ambiente»–, sin embargo no es tenida en cuenta por la empresa como un coste de su producción (en ausencia, claro está, de reglamentación jurídica que imponga la asunción de los daños por el productor u otro efecto equivalente), ni por los consumidores del producto, que no ven incorporado el coste de la contaminación

III. TEOREMA DE COASE

1. FORMULACIÓN

En los dos trabajos referidos, Coase introdujo una idea o proposición que, bautizada más tarde –por el premio Nobel de Economía, George Stigler– como «Teorema de Coase» (aunque en términos lógicos no sea un «teorema», sino una «proposición»), se ha difundido como una notable aportación a la teoría económica y momento fundacional del análisis económico del Derecho.

Sería vano tratar de ofrecer aquí una nueva y pretendidamente cierta interpretación del significado y alcance del Teorema de Coase. Muchos han sido los intentos de hacerlo desde variadas perspectivas y, al cabo de todo ello, no parece existir acuerdo acerca del sentido final de las condiciones formuladas por Coase ⁷.

Tampoco voy a detenerme en las objeciones (algunas de ellas resueltas, como la de los «efectos renta», otras, todavía abiertas), ni en los intentos de contrastación experimental y las discusiones técnicas acerca del ámbito de validez del mismo (grupos pequeños o grandes, grupos cerrados o abiertos) ⁸.

Todas estas son cuestiones puntuales, de indudable interés para los economistas teóricos, pero creo que alejadas de los objetivos que alientan un trabajo como el presente.

En este apartado, trataré de exponer las proposiciones fundamentales que comúnmente se conocen como Teorema de Coase para, a continuación, formular tentativamente las lecciones que del mismo y sus implicaciones pueden extraerse para juristas y economistas y, en particular, para el trabajo conjunto desde ambos campos.

al precio que pagan por el mismo. La literatura sobre externalidades y su tratamiento jurídico, incluso ciñéndose a la cuestión medioambiental, es ya inabarcable. Para un examen inicial de estas nociones *vid.* COLEMAN, *Market, Morals and the Law*, Cambridge (1988), pp. 76 ss.; POLINSKY, «Controlling Externalities and Protecting Entitlements», en *Journal of Legal Studies* (1980), p. 1, examina los distintos mecanismos jurídicos (acción de cesación, acción de daños, regulación pública, impuestos) y sus respectivas ventajas de eficiencia a la hora de enfrentarse a los efectos externos.

⁷ *Vid.* COOTER, «The Cost of Coase», en *Journal of Legal Studies* (1982), p. 1; *Id.*, voz «Coase Theorem», en *The New Palgrave Dictionary of Economics*, y bibliografía allí reseñada.

Una sugerente interpretación de Coase en CALABRESI, «The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further», en *Yale Law Journal* (1991), p. 1211.

Entre nosotros, hay que citar el análisis de PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», *cit.*, con propósitos no muy dispares de los que alientan el presente trabajo.

⁸ *Vid.* HOFFMANN & SPITZER, «Experimental Tests of the Coase Theorem with Large Bargaining Groups», en *Journal of Legal Studies* (1986), p. 149, y SCHWAB, «Collective Bargaining and the Coase Theorem», en *Cornell Law Review* (1987), p. 245.

A pesar de que su denominación corriente pueda llamar a engaño, el Teorema de Coase no es un conjunto de proposiciones formuladas y demostradas matemáticamente, como el Teorema de Pitágoras o el de Euler.

Su idea central, en apariencia muy simple e incluso, para algunos, tautológica, puede resumirse, en las propias palabras de Coase, del siguiente modo:

*«La delimitación de derechos es presupuesto esencial de las transacciones de mercado, pero el resultado último –que maximiza el valor de la producción (en nuestras palabras, el resultado social y económicamente eficiente y, por tanto, deseable, dejando aparte las cuestiones de distribución y, eventualmente, de redistribución de la riqueza)–, es independiente de la solución que imponga el Derecho, siempre y cuando las transacciones de mercado se realicen sin costes»*⁹.

Esto es, si se da una determinada condición o estado de cosas, v. gr. que los «costes de transacción»¹⁰ sean cero, se produce un determinado efecto, v. gr. que, sea cual sea la atribución de derechos y otras posiciones jurídicas, los individuos afectados (y, con ello, la sociedad como suma de éstos), alcanzarán aquella situación que es más eficiente desde el punto de vista económico, esto es, que proporciona mayor bienestar al conjunto de aquéllos.

2. EL TEOREMA DE COASE APLICADO A LAS INMISIONES

Como ilustración práctica de esta argumentación voy a emplear uno de los ejemplos manejados por el propio Coase, el cual, además, resulta muy expresivo de los conflictos entre intereses y posiciones jurídicas contrapuestas con los que el Derecho se halla de continuo confrontado: la colisión entre usos diversos e incompatibles –al menos según la percepción de las partes afectadas– de propiedades vecinas.

Se trata del caso victoriano *Sturges v. Bridgman*¹¹, cuyo relato de hechos principales es más o menos como sigue:

⁹ «Notes on the Problem of Social Cost», en *The Firm, The Market and the Law*», cit., p. 158.

¹⁰ No se ha aclarado todavía qué son los «costes de transacción». A ello se dedica el apartado IV, aunque ya con el ejemplo del III.2 es posible hacerse una idea inicial.

¹¹ 1. Ch. D. 852 (1979). Los hechos de esta decisión judicial inglesa son prácticamente idénticos a los de la STS, de 3 de septiembre de 1992, la cual resuelve el conflicto entre un vecino y un obrador de confitería a causa de los ruidos (excesivos en opinión de aquél) que se derivaban de la actividad del industrial. La argumentación que se va a realizar en este apartado, pues, sería igualmente posible en relación a este caso español –decidido, por lo demás, en el mismo sentido que su antecedente decimonónico inglés– o a otros supuestos no distantes en cuanto a los hechos de base, de ambos casos citados: STS, de 3 de diciembre de 1987, en la que se enfrentan una central térmica cata-

Un fabricante de dulces se hallaba establecido desde largo tiempo atrás en un cierto emplazamiento. Este industrial, en el curso del proceso de producción propio de su negocio, empleaba morteros y otros aparatos que causaban considerable ruido y vibraciones —aparentemente el proceso no se ha perfeccionado demasiado desde entonces, a juzgar por la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 1992—. Vino a instalarse en el lugar un médico. Éste, tras algunos años sin protestas o desavenencias con su vecino, decidió construir y abrir al público una consulta profesional en la parte de su jardín contigua a la fábrica. El volumen de ruido procedente de ésta le impedía auscultar y examinar adecuadamente a sus pacientes y, en general, el desarrollo tranquilo en la consulta de cualquier actividad médica ordinaria.

lana y los vecinos afectados por ruidos y vibraciones (*vid.* sobre ella, SALVADOR y SANTI-DIUMENGE, «La acción negatoria. Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1987», en *Poder Judicial* (1988), núm. 10); STS de 20 de marzo de 1989, en la que los vecinos reclaman frente a una fábrica de pan por olores y ruidos (*vid.* el comentario a la misma de AMAT LLARI, en *CCJC*, (1989), núm. 20); STS (Sala 4.^a), de 27 de septiembre de 1985, sobre la impugnación por parte de los vecinos —de los pisos superiores— de la licencia de apertura de una discoteca, por sólo mencionar algunas decisiones de la ya larga casuística jurisprudencial española en materia de inmisiones, tanto en sede civil como contencioso-administrativa.

También España conoció el período de expansión industrial del XIX con frecuentes conflictos provocados por el impacto de las nuevas actividades productivas (minas, ferrocarriles, etc.) y de ellos encontramos numerosas muestras en la jurisprudencia.

Incluso el mismo patrón de colisión de derechos que refleja *Sturges v. Bridgman*, esto es, la presencia de una instalación industrial potencialmente molesta junto a la que viene a establecerse *después* un particular, clase de supuestos que se conoce en la tradición anglosajona como de «coming to the nuisance» (venir a la inmisión) no escapó a la decisión del TS español en época no muy alejada en el tiempo de la resolución inglesa: se trata de la sentencia, de 12 de mayo de 1891, que resolvió afirmativamente la demanda del propietario de unas viviendas frente a la Compañía de ferrocarriles del Norte, que mantenía en una finca colindante a la de aquél una escombrera que sufría desprendimientos y desviaba un arroyo hacia las citadas viviendas. A pesar de que la escombrera llevaba varios años en el lugar cuando se edificaron las casas, se accedió a la indemnización de daños solicitada y se condenó a la Compañía a eliminar la escombrera o realizar obras en ella tendentes a evitar nuevos derrumbes.

Parece, pues, que el T. S. dio preeminencia a la propiedad sobre la industria, en el mismo sentido de *Sturges v. Bridgman*.

El tema de la incidencia del sistema jurídico —en particular de la responsabilidad civil— en la promoción de las nuevas actividades industriales durante el siglo XIX, ha sido objeto de notable atención —y de importantes discrepancias también—: POSNER, «A Theory of Negligence», en *Journal of Legal Studies* (1972), p. 29; HORWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Cambridge (Mass.), 1977; SCHWARTZ, «Tort Law and the Economy in Nineteenth Century America: A Reinterpretation», en *Yale Law Journal* (1981), p. 1717; HOVENKAMP, «The Economics of Legal History», en *Minnesota Law Review* (1983), p. 645. Entre nosotros, la cuestión ha sido analizada recientemente por CABRILLO, «La ideología industrialista en el Derecho español del siglo XIX: el caso de las industrias insalubres y peligrosas», *Mimeo*, Universidad Complutense (1993).

Como consecuencia, el médico demandó al confitero reclamando del Tribunal la orden de cesar el segundo en su actividad o, cuanto menos, de reducirla en cuanto a la intensidad de los ruidos se refiere.

Para este concreto supuesto, la proposición de Coase vendría a significar lo siguiente: si confitero y médico pudieran ponerse de acuerdo, sin traba ni coste alguno, acerca de cuál es la mejor utilización posible de ambas fincas para los intereses conjuntos de los dos vecinos, la decisión del Tribunal, cualquiera que fuera su resultado en favor de una u otra de las partes¹², no afectaría al uso de las propiedades vecinas en conflicto, que sería, en definitiva, aquél que fuera realmente el más eficiente¹³.

Para tratar de probarlo, voy a idear dos escenarios opuestos.

En el primero, la eliminación de los ruidos y otras molestias le costaría al confitero –que se vería obligado para conseguirlo a adquirir un equipo industrial más silencioso, o a insonorizar su instalación o incluso, en caso extremo, a buscar otra localización para su negocio– un millón de pesetas; en cambio, el médico podría lograrlo a un coste de sólo medio millón de pesetas –aislando acústicamente su consulta, por ejemplo–.

En el segundo, se invierten los términos: es el fabricante de dulces el que puede soslayar los efectos perniciosos de la producción a un coste de medio millón, frente a un millón que le supondría al médico¹⁴.

Es claro que –si no se modifican las condiciones de bienestar de los demás miembros de la sociedad–, en la primera situación es más eficiente que actúe el confitero y en la segunda, el médico, ya que de este modo la sociedad consigue un determinado estado considerado deseable –eliminación del ruido–, con un ahorro de costes –medio millón de pesetas en ambos casos–.

Volviendo al hasta ahora pasivo órgano de la Administración de Justicia, ¿cómo influiría la decisión del Tribunal en que se alcanzara el resultado socialmente conveniente?

Pues bien, si nada se opusiera –no sólo en el aspecto jurídico, sino en cualquiera imaginable– a que los Sres. Sturges y Bridgman llegasen a un acuerdo mutuamente satisfactorio, esta influencia sería nula.

En efecto, si centramos ahora la atención en el primero de los escenarios descritos, resulta lo siguiente:

¹² En la realidad, la decisión fue favorable al médico.

¹³ En palabras de Coase: «con transacciones de mercado sin costes, la decisión de los Tribunales concerniente a la responsabilidad por el daño resultaría sin efecto. Por supuesto, la visión de los propios jueces es la de que ellos estaban afectando al funcionamiento del sistema económico, y ello en la dirección deseable...»

La opinión de los jueces de que estaban decidiendo cómo habría de usarse el terreno sería cierta sólo en el caso de que el coste de llevar a cabo las oportunas transacciones de mercado, excediera la ganancia que podría obtenerse de una redistribución de los derechos», en «The Problem...», cit., pp. 106-107.

¹⁴ COASE, *op. ult. cit.*, pp. 105-106.

La decisión del sistema jurídico, en este caso, podría ser favorable o contraria a la continuación de las operaciones del confitero tal y como se venían realizando.

Si es favorable, se obtiene de forma directa el resultado deseado, puesto que el médico, al comprobar que la otra parte tiene la facultad de seguir emitiendo los ruidos, se decidirá a adoptar las medidas que de su cuenta pueden eliminar el impacto de éstos –asumiendo, claro está, que la situación de ausencia de ruidos le compense su gasto de medio millón de pesetas.

Pero si es contraria, no se puede deducir sin más que será entonces el confitero el que ejecutará las modificaciones en su negocio que serían exigidas para eliminar los ruidos: esto le costaría un millón, así que, siempre que ello le suponga un desembolso menor que esta cantidad, estará dispuesto a ponerse de acuerdo con el médico para que sea éste, a cambio de una contraprestación, quien lleve a cabo la eliminación del ruido. Entre un millón –cantidad máxima que estaría dispuesto a pagar nuestro confitero– y medio millón –cantidad mínima que está dispuesto a aceptar nuestro médico–, hay un amplio espacio para la convergencia de voluntades. Obviamente, el acuerdo podrá producirse en un punto más alto o más bajo de este espacio, y por tanto con mayor beneficio para una u otra parte. Pero esto es irrelevante a efectos de la eficiencia del resultado final que es, en todo caso, el socialmente deseable.

Un argumento idéntico se podría reproducir, invirtiendo los papeles, para el segundo de los escenarios de eficiencia diseñados.

No obstante, alguna trascendencia sí tiene la decisión del sistema jurídico para los Sres. Sturges y Bridgman. No cabe duda de que la asignación de «property rights» –poder explotar la confitería sin preocuparse del nivel de ruidos, poder explotar la consulta médica libre de molestias del negocio vecino–, son valiosos, en el sentido de que hay alguien (la otra parte del conflicto, en dos de nuestras cuatro posibilidades), que está dispuesto a pagar por él. De este modo, la atribución jurídica de derechos sí afecta a los patrimonios –y por tanto, a la distribución de la riqueza– de los individuos afectados ¹⁵.

¹⁵ Aunque Coase, cierto es, se manifiesta proclive a minimizar la trascendencia de este efecto: «No puede negarse que es concebible que un cambio en los criterios para asignar la titularidad sobre derechos previamente no reconocidos puede conducir a cambios en la demanda lo que, a su vez, puede comportar cambios en la asignación de recursos; sin embargo, aparte de eventos cataclísmicos como la abolición de la esclavitud u otros de trascendencia similar, estos efectos serán normalmente tan insignificantes que pueden ser ignorados. Esto es también cierto en cuanto a aquellos cambios en la distribución de la riqueza que acompañan a un cambio legal cuando hay costes de transacción positivos y es demasiado costoso que a través de contratos se prevean todas las contingencias. Así, considerando el caso Sturges v. Bridgman, puede muy bien resultar, dados los contratos en que pudieran haber entrado, que la decisión legal afectara a la riqueza relativa del médico y confitero (y quizá tuviera un efecto similar en aquéllos que ocupaban propiedades vecinas)

Este conjunto de proposiciones de Coase, que parece implicar en una visión superficial la futilidad de los sistemas jurídicos, presupone un mundo con una propiedad muy especial: *ausencia de «costes de transacción»*.

IV. LA HETEROGÉNEA CATEGORÍA DE LOS COSTES DE TRANSACCIÓN

A lo largo de la exposición del caso *Sturges v. Bridgman* se ha eludido, conscientemente, la formulación más precisa de este concepto de «costes de transacción».

En mi opinión, Coase los concibe de manera muy amplia –y por tanto, algo vagamente– como todo coste de llevar a cabo transacciones de mercado, cualquier coste del sistema de precios. Sin embargo, desciende a mostrarnos cuáles son sus más importantes manifestaciones: serían los costes de

- a) ... descubrir quién es aquél con el que se desea tratar
- b) informar a la gente de que uno desea contratar y en qué términos
- c) llevar a cabo las negociaciones tendentes a un acuerdo
- d) diseñar y redactar el contrato
- e) llevar a cabo la inspección necesaria para asegurar la observancia de los términos del contrato,...»¹⁶.

pero me resulta inconcebible que ello pudiera tener algún efecto apreciable sobre la demanda de dulces o de servicios médicos», en «Notes on the Problem...», cit., p. 174.

Como fácilmente se deduce de estas líneas, la posición de Coase es la de que las cuestiones de distribución de riqueza no afectan al resultado final siempre que sea posible preverlas y afrontarlas en los contratos entre los sujetos –de manera que la atribución del derecho a los médicos y no a los confiteros, pongamos por caso, se reflejaría en el (mayor) precio que habría que pagar por adquirir una consulta médica y en el (menor) precio necesario para comprar un establecimiento de confitería– y, aun en los casos en que los contratos no fueran tan omnicomprendidos –lo cual parece la hipótesis más plausible–, el efecto sobre la riqueza sería de pequeña entidad e inócua para la eficiencia general del sistema de precios.

Por mi parte entiendo que, si bien una atribución singular de derechos –y la riqueza que ella supone– por obra del sistema jurídico puede no alcanzar una magnitud importante en el uso general de los recursos, la realidad del papel del Derecho es la de asignaciones múltiples y generalizadas de derechos, que sí afectan a la riqueza y, por tanto, al comportamiento del conjunto de los individuos. En este sentido, DEMSETZ, «Wealth Distribution and the Ownership of Rights», en *Journal of Legal Studies* (1972), pp. 224 ss.

Creo, pues, que se trata de un aspecto que ni la teoría jurídica ni la económica pueden soslayar con carácter general. Para una justificación de la relevancia de este tipo de consideraciones, *vid.* CALABRESI, «The Pointlessness of Pareto...», cit., pp. 1222 ss.

Una comprobación empírica de la trascendencia de los aspectos distributivos en el ámbito del teorema de Coase, en SCHWAB, «A Coasean Experiment on Contract Presumptions», en *Journal of Legal Studies* (1988), p. 237.

¹⁶ COASE, «The Problem...», cit., pp. 1222 ss.

Esta primera catalogación ha sido posteriormente precisada y ampliada con la consideración de nuevos factores o la reformulación e insistencia en algunos ya contemplados.

Siguiendo parcialmente a Milgrom y Roberts ¹⁷, se podrían deslindar dos grandes ámbitos de costes de transacción: por una parte, los que podrían denominarse *costes de coordinación* entre las potenciales partes de un acuerdo, esto es, los obstáculos que es preciso vencer para «traer» a los interesados al acuerdo. Las dificultades de localización, observación y mensuración del objeto de la transacción, o de otros elementos de la misma (precio, duración, etc.) ¹⁸, la identificación y localización de contratantes potenciales, la reunión de los mismos para negociar el contenido del acuerdo, son todos ellos fenómenos que generan costes de esta clase.

La segunda categoría sería la de los *costes de motivación*, noción que agruparía todos aquellos factores que entorpecen la decisión de contratar y el contenido óptimo del contrato, bien impidiendo la realización del acuerdo entre sujetos ya puestos en contacto, bien determinando que los términos del acuerdo no sean los más eficientes.

Dentro de éstos habría que destacar los siguientes:

i) La falta de información completa en poder de las partes, acerca del sustrato fáctico y jurídico sobre el que ha de asentarse el pacto y, en general, de cualesquiera condiciones o elementos que puedan afectar al mismo.

Obviamente este fenómeno se ve provocado o, cuanto menos, agravado, por la incertidumbre en torno a las circunstancias presentes o futuras de la relación.

ii) El carácter completo de la información no es, sin embargo, garantía suficiente de que el contrato sea un «contrato perfecto», y los incentivos para las partes, tanto los dirigidos a contratar como los referentes al comportamiento de prestación o postcontractual en general de las partes, sean los óptimos. La posesión de información superior por alguna de ellos, la asimetría en el conocimiento de factores que afectan al contrato, es otra importante fuente de ineficiencias que obstaculiza la realización de los acuerdos y su optimalidad ¹⁹.

¹⁷ MILGROM/ROBERTS, *Economía, organización y gestión de la empresa*, trad. esp., Barcelona (1993), pp. 36 ss.

¹⁸ Estos costes han sido particularmente destacados por BARZEL, «Measurement Costs and the Organizations of Markets», en 25. *J. Law & Econ.* (1982), p. 27.

¹⁹ Una panorámica de la ya extensísima literatura económica sobre incertidumbre e información, en HIRSHLEIFER/RILEY, *The Analytics of Uncertainty and Information*, Cambridge (1992), muy completa, aunque también altamente formalizada. Sobre estas cuestiones, utilizando la perspectiva, muy en boga entre los economistas, de la «Teoría de juegos», RASMUSEN, *Games and Information. An Introduction to Game Theory*, 2.ª ed., Oxford (1994), y BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the Law*, Cambridge (Mass.) (1994), pp. 79 ss., este último, sobre todo, con numerosas –y excelentes– aplicaciones de la teoría de juegos al mundo de las reglas jurídicas, en particular a las de Derecho privado.

Los economistas han identificado y explorado fundamentalmente dos clases de asimetrías de información: el llamado problema del riesgo moral («moral hazard»), que concurre cuando las acciones de un sujeto, A, afectan a los intereses de otro, B, pero éste último no puede observar o conocer dichas acciones. El ejemplo más claro de este tipo de situaciones se da en el ámbito del seguro: el asegurado, que con su conducta puede afectar la probabilidad de que acontezca el siniestro previsto en la póliza, puede verse inducido a no ser todo lo cuidadoso que pudiera y debiera, al saberse a cubierto de los daños por efecto del seguro. El otro es el llamado problema de la «selección adversa» («adverse selection»), que se da en los casos en que una de las partes de una transacción o contrato, A, conoce un dato que puede afectar a la rentabilidad del mismo para la otra parte, B, la cual, sin embargo, lo desconoce. Esto provoca que B, si se dedica profesionalmente a celebrar contratos de una cierta clase, pueda encontrarse precisamente como contratantes con aquellos sujetos, entre toda la población potencialmente interesada en esa clase de contratos, que le reportan una rentabilidad más baja. El ejemplo más a mano vuelve a ser el del seguro, en este caso, los seguros de vida o de enfermedad: los asegurados son, de ordinario, quienes mejor conocen su propio estado de salud, y éste es un factor que influye decisivamente en las consecuencias del contrato para la Compañía de Seguros. En cambio, ésta última, sólo de forma costosa e imperfecta puede averiguar el estado de salud subyacente del asegurado. Por tanto, cargará una prima que refleje la distribución estadística de los riesgos para la salud o la vida, según los grupos de edad. Esto atrae a contratar precisamente a aquéllos cuyo estado de salud es peor que el de la media y retrae a aquéllos cuya condición es mejor. La atracción de los «malos riesgos» hace subir los costes de la Compañía y, consiguientemente, las primas, lo que disuade todavía más a los «buenos riesgos».

La Teoría económica trata de ofrecer soluciones a estos problemas por medio del diseño de contratos y mecanismos óptimos que induzcan a las partes a salvar estas asimetrías y a adoptar los comportamientos más eficientes. En concreto, en el caso de azar moral se acude a los contratos de incentivos: contratos cuyas cláusulas inducen a la parte que ha de actuar a adoptar, guiada por sus propios intereses, una línea de conducta que es también la preferida por la otra parte.

Para la selección adversa el mecanismo es el de la «señalización de mercado» («market signaling»), esto es, orientar a los sujetos a que, con su conducta, señalen o manifiesten elementos de los que la otra parte pueda inferir el o los datos que le interesan ²⁰.

²⁰ Vid. sobre esto, KREPS, *A Course on Microeconomic Theory*, Nueva York (1990), pp. 577 ss. (hay traducción española, Barcelona, 1993).

iii) La especificidad de las decisiones, activos, conductas y/o inversiones. Cuando un valor o un activo están concebidos u orientados en función exclusivamente, o casi, de las características específicas del otro contratante, de modo que perderían la mayor parte o todo su valor en un uso alternativo, es decir, con una contraparte diferente en el contrato, se habla de especificidad. El titular actual o potencial de un activo específico, se ve retraído a contratar o a adoptar una determinada línea de conducta (nueva inversión, ampliación de capacidad productiva), ante la excesiva dependencia respecto de la otra parte que trae consigo la elevada especificidad, y que puede traducirse en comportamientos cuasi-extorsionantes, como renegociaciones no deseadas del contrato, imposición de una estrategia empresarial no acorde con sus preferencias, etc.

Por ejemplo, supongamos una empresa a la que se ofrecen unos equipos y programas informáticos de gran calidad pero incompatibles con todos los demás, y cuyo fabricante y proveedor es único, de modo que para el mantenimiento de equipos y programas, el perfeccionamiento y adaptación de los mismos, así como la adquisición de programas nuevos, sólo es posible acudir a esa única empresa fabricante.

La primera empresa temerá –razonablemente–, la excesiva dependencia que el contrato inicial comporta, dado que al estar «en manos» del proveedor único, éste puede elevar extraordinariamente los precios de los repuestos, del mantenimiento o de los nuevos programas necesarios para la primera.

iv) Los costes del llamado «compromiso imperfecto», esto es, la dificultad de convencer a la otra parte en las negociaciones de un acuerdo –o incluso una verdadera imposibilidad de garantizar jurídicamente su eficacia–, acerca del mantenimiento o cumplimiento de una promesa o línea de actuación que redunde en el interés conjunto de ambas partes en el contrato, cuando a una de las partes, o a ambas, les resultaría beneficioso en el futuro apartarse del compromiso. Anticipando esta tentación de vulnerar la promesa, alguna de las partes, o ambas, no contratarán o lo harán en términos menos favorables para sus intereses conjuntos.

Por ejemplo, supongamos que una sociedad contrata a un nuevo alto directivo para la máxima responsabilidad en la gestión de la empresa. Es claro que la mayor o menor diligencia, el esfuerzo más o menos intenso que acompañen a la actuación del nuevo directivo, son determinantes para el nivel de beneficios de la sociedad. Para incentivar este mayor esfuerzo, el contrato de servicios entre el directivo y la sociedad debería establecer un sistema de retribución que no consistiera en una cantidad fija anual, sino que dependiera –en todo o en parte–, de los beneficios obtenidos por la sociedad en el año. Sin embargo, un pacto de esta clase supone para el directivo asumir en parte el riesgo de la marcha, buena o mala, de la empresa. Y el éxito de ésta depende también, sin duda, de otros factores que no se hallan bajo la esfera de control del ejecutivo. En otras palabras, se le hace cargar con un riesgo que preferiría no tener que asumir.

Por eso, si media un cierto lapso de tiempo entre el período de actuación del directivo y el momento en que los beneficios de la sociedad se manifiestan, el interés de ambas partes aconsejaría novar el contrato en el sentido de disminuir el riesgo asumido por el individuo, haciendo la retribución fija ²¹.

Ambos contratantes prefieren convertir el contrato en uno menos orientado al incentivo —dado que el comportamiento que se deseaba incentivar ya ha concluido— y menos arriesgado para el ejecutivo.

Aunque esta novación sea, en ese momento, «ex post», mutuamente beneficiosa para las partes, como este escenario futuro generado por la renegociación del contrato puede ser previsto anticipadamente, bien en el contrato inicial, bien en un momento ulterior, se reduce el beneficio conjunto de ambas partes, porque escogerán inicialmente un contrato menos beneficioso *ex ante*, para las dos y, además, el rendimiento y diligencia del ejecutivo se verá afectado negativamente. Tanto la sociedad como el directivo preferirían que el contrato fuera inmodificable «a posteriori», pero no pueden comprometerse a esta actitud, dado que el sistema jurídico reconoce la validez de la novación y no admite, en cambio, la vinculación a cláusulas de inalterabilidad absoluta del contrato ²².

v) Los efectos de las denominadas «externalidades de red o de sistema» («network externalities»), expresión que tal vez se podría traducir mejor como interrelaciones de red o de sistema. Con este término se alude al hecho de que el valor para una persona de la adquisición de un cierto producto o servicio depende no sólo de su efectiva adquisición y utilización por aquélla, sino también de la decisión de adquirir por parte del resto de los usuarios. La utilidad que el producto o servicio reporta se incrementa con el número de individuos que deciden contratar el mismo, incorporándose de este modo, y expandiendo, la «red» de usuarios.

El ejemplo más claro de esta clase de efectos se da en los sistemas de comunicación. Una red de comunicación telefónica, pongamos por caso,

²¹ Que una modificación del contrato en este sentido resulte provechosa para el directivo parece obvio, porque se deshace de un riesgo indeseado que antes soportaba. Las ventajas para la empresa derivan de que el individuo, al tener aversión al riesgo, está dispuesto a pagar una prima por librarse de él, es decir, a aceptar una cantidad fija inferior al valor esperado de su retribución incierta (basada en el beneficio de la sociedad, que todavía no es conocido).

²² Un análisis de esta cuestión en JOLLS, «Contracts as Bilateral Commitments: A New Concern About Contract Modification», *Working Paper, Program in Law and Economics*, Harvard Law School (1993). Entre nosotros, un examen de los efectos de la renegociación y la reasignación de los riesgos contractuales desde el punto de vista de la eficiencia, en PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», cit., pp. 2866 ss., el cual propone como regla: «para dar validez a las modificaciones contractuales realizadas a favor de una parte en situaciones de monopolio bilateral es preciso que concurra una razón objetiva que permita suponer que los términos de la modificación contractual habrían sido ventajosos para las partes *ex ante*, y que, por consiguiente, habrían sido adoptados en el contrato original si se hubiese previsto la contingencia» (p. 2870, n. 51).

se hace tanto más atractiva para aquellas personas que dudan si contratar o no el servicio, cuanto mayor sea el número de usuarios, presentes y futuros, de la red ²³.

¿En qué sentido pueden constituir estos efectos de interrelación verdaderos costes que obstaculicen los contratos?

Estos efectos inciden sobre las decisiones de las empresas en relación a la adopción o no de una nueva tecnología o producto y en su compatibilidad o no con los ya existentes: piénsese en el titular de un derecho de propiedad intelectual sobre un nuevo sistema operativo, que es el que permite controlar las funciones o conexiones de un ordenador, que se verá influido en su decisión de producirlo y ofrecerlo en el mercado, por la mayor o menor probabilidad de que se vayan a escribir en número suficiente programas de aplicación para el sistema operativo. También influirá sobre los consumidores, cuya decisión de contratar o no –de adquirir el nuevo producto o sistema– puede no resultar adecuado y ello, bien por el temor de quedar anclados al anterior sistema que podría convertirse en obsoleto, en cuyo caso puede producirse un cambio no deseable, si se tiene en cuenta el valor del sistema en uso y los costes de readaptación o aprendizaje del nuevo; bien por la amenaza de verse solos con el nuevo, que nadie emplea, y por ello, sin el valor que proporcionan los restantes usuarios, y esto aun cuando el sistema sustitutivo sea notablemente superior al existente.

La incidencia, pues, de las externalidades de sistema en las decisiones acerca de si se contrata o no, y sobre qué productos o servicios se contrata, es trascendente ²⁴.

²³ La extensión de la comunicación no es la única fuente de «externalidades de sistema», ya que éstas pueden venir dadas por la uniformidad de repuestos, servicios post-venta o mantenimiento, las economías de escala en la producción –ahorro de coste unitario al incrementarse masivamente la cantidad producida–, o la necesidad de rentabilizar los costes de aprendizaje o adaptación en relación a un producto: una vez que se ha invertido tiempo y esfuerzo en familiarizarse con un producto –piénsese, por ejemplo, en el teclado estándar de la máquina de escribir–, resulta costoso el cambiar a un nuevo sistema e incurrir en los costes de un segundo aprendizaje, de modo que, incluso en el caso de que el nuevo sistema sea técnicamente más perfecto, éste puede no ser adoptado, habida cuenta de la necesidad de reajuste en los conocimientos y habilidades de las personas que han de cambiar –que pueden ser muchas, por descontado–. De hecho, esto fue lo que ocurrió en nuestro ejemplo del teclado de la máquina de escribir, porque el nuevo sistema (llamado Dvorak), aún permitiendo una mayor velocidad, fue rechazado en favor del estándar existente –y todavía hoy en uso–: DAVID, «Clio and the Economics of Qwerty», en 75. *Am. Ec. Rev.* (1985), p. 332.

²⁴ La literatura económica acerca de esta problemática es ya muy extensa, aunque desafortunadamente bastante técnica. Sin embargo, una excelente introducción para el profano la proporcionan KATZ y SHAPIRO, «Systems Competition and Network Effects», en 8. *J. Econ. Perspectives* (1994), p. 93. La relevancia de la Teoría económica sobre las externalidades de sistema para el diseño y aplicación de normas jurídicas es muy elevada en los terrenos de la propiedad intelectual e industrial: ¿Cómo pueden los derechos exclusivos de propiedad intelectual o industrial paliar estos efectos o, por el contrario, reforzarlos? Una

vi) A esta lista habría que añadir otra categoría de costes, que es la de los llamados por los economistas «costes estratégicos», esto es, los costes generados por las dificultades o rupturas en las negociaciones de acuerdos privados, derivados del interés de las potenciales partes del acuerdo en apropiarse la mayor fracción posible del excedente global que pudiera resultar del contrato ²⁵.

Esto no quiere decir, ni mucho menos, que las negociaciones entre las partes, encaminadas a la distribución entre ellas del valor excedente que el contrato celebrado y cumplido representa sobre la situación anterior, estén abocadas al fracaso. Además de factores externos, como pueden ser normas legales, sociales o morales que sancionen el comportamiento estratégico, los interesados, actuando racionalmente, pueden encontrar una solución mutuamente satisfactoria, porque, en definitiva, prefieren el acuerdo al disenso, y lo prefieren mejor antes que después, aparte del hecho de que la negociación es en sí misma un proceso que consume recursos de las partes ²⁶.

muestra de esta aplicación, para los derechos de propiedad intelectual sobre los programas de ordenador, en MENELL, «Tailoring Legal Protection for Computer Software», en 39. *Stanford L. Rev.* (1987), pp. 1329, en especial, 1340 ss.; MENELL, «An Analysis of the Scope of Copyright Protection for Application Programs», en 41. *Stanford L. Rev.* (1989), p. 1045; FARRELL, «Arguments for Weaker Intellectual Property Protection in Network Industries», *Working Paper*, University of California at Berkeley (1994).

²⁵ En nuestra particular versión del caso *Sturges v. Bridgeman*, y con los arbitrarios valores numéricos asignados tendríamos, por un lado, los intentos de aquél a quien se atribuye el derecho y que tiene menores costes de eliminar el ruido, por situar el precio lo más cerca posible de un millón, que es el máximo que la otra parte está dispuesta a pagar y, por otro, el esfuerzo de ésta última por colocar el precio lo más próximo que sea posible a medio millón, que es el mínimo que el titular del derecho está dispuesto a aceptar por transmitirlo. No cabe duda que las presiones, renunciadas a contratar, tácticas diversas para elevar de cara a la otra parte los propios costes o disminuir la propia valoración de aquello que se pretende adquirir, introducen un riesgo no despreciable de que no se produzca la avenencia, a pesar de tener ésta efectos favorables para ambos y, por tanto, ser deseada por ellos.

Sobre la relevancia de estos costes *vid.* COOTER, «The cost of Coase», *cit.*, pp. 16 ss.; COOTER & ULEN, *Law and Economics*, Glenview (1988), p. 101 (hay 2.ª ed., Reading [1997]).

El tratamiento riguroso y axiomático de este problema del «reparto de la tarta», se debe al premio Nobel de Economía, John Nash, que demostró las características de la solución que ha pasado a ser conocida como «Nash bargaining solution»: NASH, «The Bargaining Problem», en 18. *Econometrica* (1950), p. 155. Sobre esta cuestión, *vid.*, además, RASMUSEN, *Games and Information*, *cit.*, pp. 227 ss.

²⁶ Estos factores apuntados en el texto corresponden a supuestos distintos de motivación de las partes al acuerdo cooperativo: BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the Law*, *cit.*, pp. 219 ss.

Un ejemplo clásico de situaciones de esta clase es el «monopolio bilateral», esto es un único posible ofertante o vendedor de un producto o servicio (monopolista), frente a un único posible demandante o adquirente (monopsonista), cuya solución fue ya descrita, en 1928, por RAWLEY: «Bilateral Monopoly», en 25. *Economic Journal* (1928), p. 651. Sobre esta circunstancia, y la solución ofrecida, BLAIR/HARRISON, *Monopsony: Antitrust Law and Economics*, Princeton (1993), pp. 113 ss.

Sin duda, la idea de costes de transacción, a pesar de este elenco de fenómenos reconducibles bajo la misma, sigue resultando difícilmente aprehensible. Se podría decir que es un cajón de sastre (un «catch-all term» en la feliz expresión inglesa), donde conviven supuestos con atributos y caracteres muy dispares ²⁷.

El tratamiento riguroso, tanto teórico como empírico, de los costes de transacción está todavía por hacer. Y eso que hay tendencias dentro del análisis económico del Derecho —o de la teoría económica a secas—, la de los «institucionalistas», que hacen de la «transacción» la piedra de toque para el examen de las soluciones legales y, en general, institucionales de todo tipo ²⁸. Esta línea de investigación, con su insistencia en los factores que hacen específicas las concretas relaciones entre los sujetos, y la consideración de las dimensiones en las que estos factores distintivos inciden en los mecanismos de organizar y resolver los conflictos en el seno de estas relaciones (dimensiones tales como la incertidumbre en el resultado, la frecuencia o duración de las relaciones, la sustituibilidad de las prestaciones, los aspectos personales y de poder, etc.) ²⁹, ha supuesto una importante transformación de la noción de transacción u operación económica. Sin embargo, de todas estas aportaciones, si bien se deduce claramente que el modelo de transacción o relación sin «fricciones» es una quimera, no es posible derivar una teoría general en sentido estricto de los costes de transacción.

Y la propia elasticidad de la noción ha conducido, sin lugar a dudas, a un uso impreciso y, en ocasiones, interesado de la misma, ampliándola o restringiéndola, minimizándola o destacándola, según la concreta conveniencia de quienes tratan de argumentar en un sentido o en otro ³⁰.

Creo, de todos modos, que sí es posible hacer algunas consideraciones útiles sobre este ámbito de los costes de transacción, sobre todo en relación a su relevancia para el análisis de normas jurídicas.

En primer lugar, advertir que el uso del término costes de transacción no coincide exactamente con el ámbito de los contratos, como expresión jurídica del acuerdo o transacción económica. En la expresión de Arrow ³¹,

²⁷ Por ello algunos prefieren una noción más reducida de «costes de transacción», que dejaría fuera todos aquellos costes que proceden de la definición y la titularidad de los derechos: PAZ-ARES, *op. cit.*, p. 2854

²⁸ WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies*, Nueva York (1975); MACNEIL, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven (1980).

²⁹ MACNEIL, «Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law», en *Northwestern University Law Review* (1978), p. 854; MACNEIL, «Economic Analysis of Contractual Relations», en BURROWS & VELJANOVSKI, (eds.), *The Economic Approach to Law*, Londres (1981), p. 61; WILLIAMSON, «Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations», en *Journal of Law & Economics* (1978), p. 233; WILLIAMSON, «Contract Analysis: The Transaction Cost Approach», en BURROWS & VELJANOVSKI, *cit.*, p. 39.

³⁰ *Vid.* una crítica de estos abusos en BURROWS & VELJANOVSKI, *cit.*, pp. 20 ss.

³¹ ARROW, *Collected Papers of K.J. Arrow*, vol. V, p. 246.

costes de transacción son los «costes de funcionamiento del sistema económico», que están presentes no sólo en aquellos ámbitos que los juristas califican de contractuales, sino en todos los sectores de decisión sobre la organización económica: estructura interna de la empresa –fuera de lo estrictamente jurídico-societario–, regulación pública y planificación económica, etc.

En segundo lugar, señalar que la idea de los costes de transacción como impedimentos a los acuerdos privados eficientes no es suficiente para explicar la relación entre el contrato como entidad creadora de obligaciones jurídicamente vinculantes y el acuerdo, o el intercambio de promesas de prestación o intercambio de prestaciones, como fenómenos del mundo real. Por qué el Derecho patrocina los acuerdos a través de la obligatoriedad jurídica de los contratos, por qué acepta unos y rechaza, bajo ciertas circunstancias, otros, son problemas que no es posible apreciar y comprender de forma plena sin la referencia a cuestiones que exceden del papel de los costes de transacción y, en general, de las consideraciones de eficiencia. Hay preguntas acerca de la existencia y función del derecho de contratos que sólo la teoría y la filosofía del Derecho pueden tratar de responder: ¿qué es lo que el ordenamiento jurídico debe encargarse de proteger: el mero acto de prometer una prestación, o el intercambio de promesas, o las expectativas y esperanzas despertadas por las promesas de la otra parte, o la confianza despertada por éstas, o una combinación de todo ello?³²

Además, a pesar de la complejidad de la noción de «costes de transacción», y de las ambigüedades e, incluso, usos desviados, que la han rodeado, y aún continúan haciéndolo, interrogarse acerca de la etiología y el significado de estos costes no es una labor estéril. La identificación y análisis de las fuentes más señaladas de costes de transacción, dan lugar a una serie de consecuencias positivas, de orden explicativo y también de política jurídica y económica³³.

³² Sobre estas cuestiones, en la Teoría jurídica reciente, son destacables los intentos de explicación conceptual de ATIYAH, «Contracts, Promises and the Law of Obligations», en ATIYAH, *Essays on Contract*, Oxford (1986), p. 11, y ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, Oxford (1981); BARNETT, «A Consent Theory of Contract», en *Columbia Law Review* (1986), p. 269; FRIED, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge (Mass.) (1981), pp. 14 ss. Curiosamente, algunas de estas «nuevas» teorías éticas (Fried, Barnett) sobre el fundamento de la obligatoriedad de los contratos guardan notable parecido con las de los iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII. Cfr., por ejemplo, PUFENDORF, *De officio hominis et civis*, trad. inglesa, Cambridge (1991), pp. 68 ss., y GORDLEY, *Philosophical Foundations of Modern Contract Doctrine*, Oxford (1991).

Otros, en cambio, se muestran escépticos acerca de la capacidad de la filosofía y teoría del Derecho de dar una respuesta fructífera a cuestiones «de contenido» en el derecho de contratos: CRASWELL, «Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising», en *Michigan Law Review* (1988), pp. 489 ss.

³³ MILGROM/ROBERTS, *Economía, organización y gestión de la empresa*, cit., p. 353.

a) Constituye una tarea diagnóstica, porque permite encontrar ineficiencias en el funcionamiento del sistema económico y del sistema jurídico. Muchas de estas ineficiencias se hallan enmascaradas, ocultas en la marcha, en apariencia, eficaz de la vida económica en un sistema de mercado, y el examen de éste bajo la perspectiva de los costes de transacción posibilita el sacarlas a la luz y, con ello, mejorar la eficiencia.

b) Al mismo tiempo, sirve de base a un análisis positivo –en el sentido económico de la expresión, esto es, puramente explicativo y sin pretensiones de enjuiciamiento en términos de eficiencia o ineficiencia, de deseabilidad o indeseabilidad social–, de una amplia gama de prácticas, pautas de comportamiento, instituciones y normas, más o menos formalizadas o consagradas jurídicamente. La explicación del por qué de muchas de ellas está, precisamente, en el intento de salvar y reducir costes de transacción, o de obtener el resultado deseado en situaciones de elevados costes de transacción ³⁴.

c) Además, permite formular propuestas de política legislativa para maximizar o mejorar la eficiencia del sistema jurídico. Según un buen número de analistas, los costes de transacción –o mejor dicho, la ausencia de ellos–, constituyen el hecho caracterizador, la piedra de toque del paradigma que permite enjuiciar la eficiencia de las reglas jurídicas y orientar su diseño y aplicación.

Así, el objetivo del Derecho sería la elaboración del conjunto de reglas que promovieran un resultado lo más aproximado posible al que se tendría en un mundo carente de costes de transacción. El escenario con costes de transacción cero es, pues, el modelo o escenario que deben reproducir las normas jurídicas ³⁵.

Esta tendencia a emplear el paradigma del mundo sin costes de transacción se manifiesta en el uso de dos criterios:

– el criterio del propietario único («single owner standard», que reclama de las reglas jurídicas la creación de incentivos para los diversos sujetos titulares de derechos de propiedad sobre los recursos, dirigido a inducir en ellos un comportamiento idéntico al que adoptaría un propietario único que reuniera bajo su decisión la totalidad de los derechos de propiedad involucrados ³⁶.

– el criterio de la voluntad hipotética de las partes, según el cual, la regla que el sistema jurídico debería proporcionar para resolver un litigio, a falta de una previsión contractual explícita de los interesados, sería la

³⁴ Vid., *infra*, texto correspondiente a notas 49 y 50.

³⁵ Vid. EPSTEIN, «Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase», en 36. *J. Law & Econ.* (1993), pp. 553 y 556.

³⁶ Entre otros, BEBCHUK, «The Sole Owner Standard for Takeover Policy», en 17. *J. Legal Stud.* (1988), p. 197; SCHWARTZ, «The Sole Owner Standard Reviewed», en 17. *J. Legal Stud.* (1988), p. 231; FRIEDMANN, «The Efficient Breach Fallacy», en 18. *J. Legal Stud.* (1989), p. 1; EPSTEIN, *op. cit.*, p. 556.

que las propias partes hubieran hipotéticamente acordado, en ausencia de costes de transacción, y que precisamente no pudieron pactar porque los costes de transacción impidieron considerarla o incorporarla ³⁷.

Ambos criterios, sin embargo, resultan de aplicación para caracterizar la eficiencia de las soluciones jurídicas sólo cuando las partes del acuerdo ³⁸ poseen la completa información correspondiente y, además, esta información se halla simétricamente distribuida entre las partes, en el momento de concertar el acuerdo. Cuando al tiempo de contratar, en cambio, las partes están asimétricamente informadas, de modo que las partes van a negociar de forma estratégica bajo estas condiciones de información asimétrica, ninguno de los dos criterios sirve necesariamente para indicarnos las reglas jurídicas más eficientes.

En efecto, en ocasiones, la regla más eficiente es aquélla que fuerza a las partes a revelar la información superior que poseen, y así permitir la negociación de acuerdos cuyos términos serán distintos según las características diferenciadoras de los potenciales contratantes y, por esta razón, serán condiciones más ajustadas a las verdaderas circunstancias y riesgos del acuerdo ³⁹. Así, la limitación de la cuantía indemnizatoria a los daños previstos o previsibles en el momento de contratar, que realiza el artículo 1107 del Código Civil, sería un incentivo eficiente para que aquellos potenciales contratantes cuya sensibilidad al incumplimiento fuera superior a la media —en el sentido de que son susceptibles de sufrir un daño mayor si el contrato se incumple—, revelaran este dato a la otra parte a la hora de negociar y celebrar el contrato. De este modo, los términos se ajustarán, en cuanto al nivel de cuidado en la realización de la prestación, daños a indemnizar en caso de incumplimiento y, por supuesto, precio o contraprestación a cargo del contratante «sensible», a las auténticas características y circunstancias de las partes. Lo mismo ocurriría, en sentido contrario, para los

³⁷ Defienden esta aproximación, entre otros, SCHWARTZ, «Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis», 97. *Yale L. J.* (1988); EASTERBROOK/FISCHEL, «The Corporate Contract», en 89. *Columbia L. Rev.* (1989), p. 1416; EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge (Mass) (1991), p. 22; PAZ-ARES, *op. cit.*, pp. 2845 y 2860.

Una crítica a la noción misma de voluntad hipotética, en cuanto portadora de un significado propio, en COLEMAN, *Risks and Wrongs*, Cambridge (1993), pp. 164 ss.

³⁸ Desde luego, estas consideraciones son plenamente relevantes para el ámbito estrictamente contractual, donde encuentran su campo más natural de aplicación, pero lo son asimismo para todos aquellos sectores donde convivan negociaciones y acuerdos entre sujetos, públicos o privados, con un trasfondo de normas jurídicas.

³⁹ En este sentido, AYRES/GERTNER, «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», en 99. *Yale L. J.* (1989), p. 87; AYRES/GERTNER, «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», en 101. *Yale L. J.*, (1992), p. 729; TALLEY, «Property Rights, Liability Rules and Coasean Bargaining Under Incomplete Information», *Working Paper*, Stanford Law School (1994).

contratantes cuya susceptibilidad a sufrir perjuicios derivados del incumplimiento contractual fuera inferior a la media esperable ⁴⁰.

Y esta regla de limitación *no* sería la que las partes hubieran acordado hipotéticamente en ausencia de costes de transacción.

En otras situaciones, por el contrario, la señalización («signalling»), o revelación indirecta de información, puede conducir a distorsiones indeseables del contrato. Entonces, las reglas eficientes son aquellas que, o bien restringen esta posibilidad de indicar a través del comportamiento consistente en elegir los términos del contrato la «clase» o «tipo» de contratante que se es, dando lugar a contratos de condiciones uniformes para los distintos grupos de potenciales partícipes en el acuerdo; o bien aquellas reglas restringen los posibles términos de los diversos contratos que pueden ser ofrecidos, dando lugar a una variedad de contenidos, pero más eficiente que la que adoptarían las partes en ausencia de la restricción ⁴¹.

Y esta función, como se desprende fácilmente de lo que se acaba de exponer, puede justificar, bajo ciertas condiciones, la eficiencia de la utilización de normas imperativas, esto es, normas que las partes no pueden desplazar con las reglas que ellas mismas deseen establecer.

En definitiva, la utilización universal o generalizada de los criterios del «propietario único», o de la «voluntad hipotética», se enfrenta a serios obs-

⁴⁰ Para un análisis de la regla de limitación de la cuantía indemnizatoria (conocida en el ámbito anglosajón como regla «Hadley v. Baxendale») en el sentido del texto: AYRES/GERTNER, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, cit., pp. 101 ss.; BEBCHUK/SHAVELL, «Information and the Scope of Liability for Breach of Contract», en 7. *J. Law, Econ. & Org.* (1991), p. 284.

Una crítica a esta visión de una regla como el artículo 1107 del Código Civil en términos de «sanción» por la no revelación de información privada a la otra parte en el contrato, en JOHNSTON, «Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules», en 100. *Yale L.J.* (1990), p. 615, y WOLCHER, «Price Discrimination and Inefficient Risk Allocation Under the Rule of «Hadley v. Baxendale», en 12 *Res. Law & Econ.* (1989), p. 9. La crítica se basa en que si la parte no informada es un monopolista, esto es, dispone de poder de mercado, reglas como las del artículo 1107 del Código Civil no son suficientes para forzar la comunicación de la información, por el temor de los contratantes con «alta sensibilidad» al incumplimiento, de verse despojados por el monopolista de todo el excedente que esperaban obtener del contrato, pagando un precio demasiado alto por la cobertura frente al riesgo del incumplimiento. Por ello, pueden seguir prefiriendo disfrazar su elevada susceptibilidad a sufrir daños contractuales.

Una convincente respuesta ha sido ofrecida por AYRES/GERTNER, «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», cit., pp. 738 ss., reveladora, no obstante, de la probabilidad de diversos resultados ineficientes en este ámbito.

⁴¹ En este sentido, ORDOVER, «Products Liability in Markets with Heterogeneous Consumers», en 8. *J. Legal Stud.* (1979), p. 505; AGHION/HERMALIN, «Legal Restrictions on Private Contracts, Enhance Efficiency», en 6. *J. Law, Econ. & Org.* (1990), p. 381; JOHNSTON, «Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules», cit., p. 615, en especial, pp. 663-664; SPIER, «Incomplete Contracts and Signalling», en 23. *Rand J. Econ.* (1992), p. 432; HERMALIN/KATZ, «Judicial Modification of Contracts Between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach», en 9. *J. Law, Econ. & Org.* (1993), p. 207.

táculos. Con independencia de lo que dichos criterios nos indiquen, es posible comprobar cómo una modificación en las variables o circunstancias del caso –piénsese, en el ámbito del artículo 1107 del Código Civil, en un cambio en la existencia del poder de mercado en alguna de las partes, o la presencia o no de costes directos de negociar los términos del acuerdo–, provoca una transformación radical de los efectos de las soluciones legales y, por tanto, apunta hacia diversas reglas jurídicas eficientes ⁴².

El fracaso, en ciertas circunstancias, de ambos paradigmas responde, probablemente, al hecho de tratar la multiplicidad de fuentes de costes de transacción que se han enunciado más arriba, como si fueran funcionalmente equivalentes, siendo así que se trata de factores que generan ineficiencias de orden muy diverso y que exigen, por tanto, un análisis individualizado.

Volviendo, sin embargo, a nuestro campo inicial de interés, conviene recordar que la validez de la predicción de Coase en un cierto ámbito depende de manera crucial de que, efectivamente, todos estos costes de transacción sean cero. A pesar del carácter central que el papel de los costes de transacción desempeña en la construcción coaseana, aquél ha sido, con frecuencia, mal interpretado. Y creo que de la correcta situación de esta función en relación con los efectos del sistema jurídico, pueden extraerse algunas ideas esclarecedoras tanto para los economistas como para los juristas. Olvidar la existencia real de los costes de transacción, o meter los distintos obstáculos e ineficiencias en los acuerdos privados en el mismo cajón, constituyen dos errores de perspectiva que enturbian de forma notable la comprensión del sistema económico, de una parte, y el diseño y aplicación de normas jurídicas, de otra.

V. ¿QUÉ PODEMOS APRENDER DE COASE?

1. EL MUNDO COASEANO, EL SISTEMA JURÍDICO Y LOS ECONOMISTAS

En primer lugar, es preciso deshacer el equívoco de que el «mundo coaseano» es un mundo –al menos tendencialmente– sin costes de transacción, y por ende, de irrelevancia del Derecho ⁴³. Pues según Coase «nada podría estar más lejos de la verdad. Es el mundo de la moderna teo-

⁴² Una muestra de esto la ofrece el extraordinario trabajo de AYRES/GERTNER, «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», cit., en especial, pp. 746 ss.

⁴³ Es un lugar común entre los economistas referirse a un mundo en que el sistema de mercado opera idealmente como el «mundo coaseano».

ría económica, y uno que yo esperaba persuadir a los economistas que abandonaran. Lo que hice en «El problema del coste social», fue simplemente sacar a la luz alguna de sus «propiedades»⁴⁴. Y prosigue a continuación: «Una aproximación mejor parecería ser la de comenzar nuestro análisis con una situación próxima a la que realmente existe, examinar los efectos de un cambio y tratar de decidir si la nueva situación sería, en conjunto, mejor o peor que la original»⁴⁵.

En efecto, nada más lejos del interés y de la percepción de Coase que el mundo de las «pizarras» o de los «modelos estilizados y abstractos» de los economistas. Para él, los costes de transacción son un elemento sustancial al funcionamiento real de la sociedad humana, y la descripción de la realidad, así como la formulación de evaluaciones y propuestas de modificación, no pueden echarlos en el olvido.

Como corolario de esta idea, debe arrumarse también otro de los mitos coaseanos, el de la futilidad del Derecho. En el mundo real, las decisiones del sistema jurídico influyen, y mucho, en la eficiencia o ineficiencia del resultado.

Desde luego, a causa de la función genérica del Derecho consistente en definir inicialmente y con un grado razonable de certidumbre, los derechos de propiedad necesarios para que el mercado y las transacciones privadas puedan ponerse a funcionar. La trascendencia del sistema jurídico en la definición de los derechos de propiedad y en la construcción y mantenimiento de mecanismos que garantizan y protegen estos derechos es esencial para asegurar un empleo siquiera medianamente eficiente de los recursos.

La relación entre los individuos y el uso de los recursos, incluso de aquéllos que permiten una apropiación y defensa de carácter material, es de carácter jurídico, requiere la presencia y eficacia del orden legal. Y este hecho ha sido de antaño reconocido. Así Bentham asegura: «La idea de la propiedad consiste en una esperanza fundada en la persuasión de poder sacar tal o cual provecho de la cosa según la naturaleza del caso: pues ahora bien, esta esperanza, esta persuasión, tan sólo pueden ser obra de la ley, pues yo no puedo contar con el goce de lo que miro como mío, sino sobre la promesa de la ley que me lo asegura. La ley sola es la que me permite olvidar mi flaqueza natural: por ella sola puedo cercar un terreno, y entregarme a los trabajos del cultivo con la esperanza lejana de la cosecha»⁴⁶.

⁴⁴ COASE, «The Problem...», cit., p. 154.

⁴⁵ COASE, «The Problem...», cit., p. 154.

⁴⁶ BENTHAM, *Principios de Legislación y de Codificación*, extractados de las obras del filósofo inglés por Francisco Ferrer y Valls, t. II, Madrid (1834), p. 19. La idea de que la propiedad es un derecho de estricta configuración legal, y no tiene un fundamento prejurídico necesario que la Constitución haya de proteger, permea la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad de nuestro Tribunal Constitucional, aunque evidentemente, las inten-

Pero el papel del sistema jurídico en presencia de costes de transacción es más amplio y más diversificado que un simple «pistoletazo de salida» para el funcionamiento de los mercados:

i) asigna derechos en ámbitos de elevados (insuperables o casi) costes de transacción, de modo que la solución establecida por el sistema jurídico, sea o no sea eficiente, será la que prevalezca, ya que el mayor nivel de eficiencia que una redistribución de los derechos por medio de transacciones entre los sujetos no es bastante para compensar el coste de llevar a término estas transacciones ⁴⁷. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de la STS, de 19 de junio de 1980, que resuelve el conflicto entre los mejilloneros de la bahía de La Coruña y los navieros propietarios de los barcos que derraman (o pueden derramar) petróleo en la misma. La simple consideración del número de los involucrados ya hace dudar de la viabilidad de la vía del acuerdo contractual privado y, por tanto, induce a pensar en la prevalencia de la decisión autoritaria del sistema jurídico.

ii) instauro, regula, mantiene y hace funcionar instituciones y mecanismos jurídicos que hacen efectivos los intercambios de derechos y, por tanto, más seguras y previsibles las transacciones (órganos de la Administración de Justicia, órganos encargados del ejercicio de la fuerza pública, normas de procedimiento judicial y extrajudicial, instrumentos de fe pública, registros) ⁴⁸, y que canalizan y ordenan la información acerca de la titularidad, contenido, fiabilidad y expectativas de ingresos asociadas a ciertas clases de derechos: registros públicos, como el de la Propiedad o el Mercantil, bolsas y otros mercados financieros organizados ⁴⁹.

ciones político-jurídicas de Bentham y del Tribunal sean muy dispares. *Vid.* sobre esta jurisprudencia, REY MARTÍNEZ, «Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada», en 3. *Derecho privado y Constitución* (1994), p. 169.

⁴⁷ «Una vez que se tienen en cuenta los costes de llevar a cabo transacciones de mercado, es claro que un realineamiento de derechos se emprenderá sólo cuando el incremento en el valor de la producción que de aquél derive sea mayor que los costes que comportaría ponerlo en práctica. Cuando es menor, el éxito de una acción de cesación (o la mera conciencia previa de esta virtualidad de éxito), o la afirmación de responsabilidad por los daños causados, pueden resultar en la interrupción de una cierta actividad (o en la no iniciación de ésta), que, sin embargo, se desarrollaría o tendría lugar en ausencia de costes de transacción. En estas condiciones, la delimitación inicial de derechos tiene en verdad un efecto sobre la eficiencia del sistema económico: COASE, «The Problem...», cit., p. 115.

⁴⁸ Un análisis de los distintos sistemas alternativos de transmisión de la propiedad («traditio», inscripción en un registro público, etc.), desde el punto de vista de la reducción de incertidumbres acerca de las titularidades y las diversas pretensiones que pudiera haber sobre éstas, en BAIRD/JACKSON, «Information, Uncertainty and the Transfer of Property», en 13. *J. Leg. Stud.* (1984), p. 299.

⁴⁹ Sobre el mercado de capitales en esta última función *vid.*, entre nosotros, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la eficiencia del mercado de capitales. Una aproximación al «Securities Law» de los Estados Unidos», en *Rev. Der. Merc.* (1990), p. 657, y en general, EASTERBROOK & FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, (Mass.), (1991), p. 12.

iii) elimina o reduce obstáculos e incertidumbres para los acuerdos e intercambios de mercado, rebajando así los costes de transacción y promoviendo la movilización eficiente de los derechos sobre los recursos. Por ejemplo, el derecho de contratos ofrece un menú de esquemas de acuerdo preestablecidos (los contratos típicos), para que los sujetos puedan canalizar más rápida y sencillamente sus intercambios, y dispone, además, de una regulación tendencialmente completa de los efectos jurídicos de las contingencias que puedan surgir en la relación contractual, sin necesidad, por tanto, de que las partes las prevean y se pongan de acuerdo en su tratamiento⁵⁰. Una función semejante desempeña asimismo el derecho de sociedades, como subespecie del derecho de contratos⁵¹.

iv) se convierte en una fuente importante de costes de transacción, tanto a causa de deficiencias involuntarias como de opciones conscientes del sistema jurídico –si estas últimas decisiones se hallan advertidas de todas las posibles consecuencias de las mismas, es otra cuestión.

Dentro de los inadvertidos se pueden señalar, entre otros:

– la existencia de derechos no asignados –por ejemplo, especies animales de alto valor ecológico–, o mal definidos: cuando se produce una compraventa con pacto de reserva de dominio, ¿quién es el propietario del bien hasta el completo pago del precio, el vendedor o el comprador?⁵²

– la inseguridad en la atribución o configuración de los derechos. En este sentido, es ilustrativo el caso del derecho a una remuneración para los titulares de derecho de autor, por las reproducciones para uso privado por medio de aparatos no tipográficos (reproducciones en vídeo, audio y fotocopias). Este derecho patrimonial de autor fue introducido en nuestro sistema jurídico por el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987, y desarrollado por el Real Decreto, de 21 de marzo de 1989. Posteriormente, dicho artículo 25 fue alterado sustancialmente por la Ley de 7 de julio de 1992, desarrollada por el Real Decreto, de 27 de noviembre de 1992. Se vuelve a modificar

⁵⁰ Sobre esta función del derecho dispositivo de contratos, vid. SCHÄFFER & OTTS, *Análisis económico del Derecho civil* (trad. esp.), Madrid (1991), p. 140. Recientemente, la literatura norteamericana sobre análisis económico del Derecho ha conocido un relanzamiento de las propuestas de cómo un legislador perfecto debería legislar para completar la voluntad contractual privada: AYRES & GERTNER, «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», en *Yale Law Journal* (1989), p. 87; AYRES & GERTNER, «Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules», *ivi*, (1992), p. 729; CRASWELL, «Contract Law, Default Rules and the Philosophy of Promising», en *Michigan Law Review* (1989), p. 489; BEBCHUK & SHAVELL, «Information and the Scope of Liability for Breach of Contract», en *Journal of Law, Economics & Organization* (1991), p. 284.

⁵¹ Vid. EASTERBROOK & FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, cit., p. 8.

⁵² Sobre la consideración jurisprudencial y teórica de la reserva de dominio, *vid.*, por todos, REAL PÉREZ, «Comentario a la sentencia de 16 de julio de 1993», en 33. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil* (1993), p. 912.

por obra de la Ley de 30 de diciembre de 1994, sobre derechos de alquiler y préstamos y otros derechos afines ⁵³ y, finalmente, por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

— la inexigibilidad de los derechos legalmente reconocidos, esto es, la ineficacia del sistema jurídico para conformar las conductas reales. El ejemplo del artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual vuelve a ser una buena muestra, ya que ha sido precisamente la ineptitud de los diversos regímenes legales para lograr siquiera un mínimo de efectividad en los derechos de remuneración por copia privada lo que ha motivado la sucesión de cambios normativos. Sin embargo, el efecto negativo de la falta de claridad, precisión y seguridad en la atribución de derechos no es un dato unánimemente admitido. Estas «imperfecciones» de las reglas jurídicas harían ineludible el acudir ante los Tribunales para que éstos, atendiendo a las circunstancias concretas de los sujetos y los bienes afectados, procedieran a ajustar las imprecisas previsiones legales a las verdaderas exigencias de los interesados. Esto permite obtener resultados menos impersonales, al contrario, más próximos a los que las partes, en una continuada y cooperativa relación de contacto hubieran establecido ⁵⁴.

Pero los impedimentos no son sólo involuntarios. En otros casos, el sistema jurídico, de forma buscada, se opone a ciertas transacciones privadas, negándose a asignar derechos (por ejemplo, sobre sustancias estupeficientes), asignando derechos y titularidades inalienables (vida, libertad, expectativas hereditarias, derechos de participación política o sindical, etc.) ⁵⁵; o restringiendo y controlando dichas transacciones, de

⁵³ Vid. sobre este problema del artículo 25 LPI, mi trabajo «La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia», en *Rev. Crit. Der. Inmobiliario* (1993), p. 165. Este vaivén de modificaciones legales en poco más de ocho años constituye, sin lugar a dudas, una fuente de incertidumbres de primer orden para los comportamientos de los agentes involucrados.

⁵⁴ En este sentido, ROSE, «Crystals and Mud in Property Law», en 40. *Stanford L. Rev.* (1988), p. 577, ensayo ahora recogido como capítulo 7 de: ROSE, *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rethoric of Ownership*, Boulder (1994), p. 199, en especial, p. 219. ELLICKSON, *Order Without Law. How Neighbours Settle Disputes*, Cambridge (Mass.) (1991), pp. 65 ss. y 104 ss., sobre todo, resalta la potencia de las normas sociales creadas en el seno de colectividades o grupos para definir y regular derechos y usos sobre las cosas, al margen de la mayor o menor claridad de las reglas jurídicas.

⁵⁵ La visión de la inalienabilidad como una modalidad de protección de los derechos y titularidades procede de CALABRESI/MELAMED, «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral», en 85. *Harvard L. Rev.* (1972), p. 1089, en especial, pp. 1111-1115.

La disparidad de supuestos en los que están presentes restricciones más o menos estrictas a la libre transmisibilidad de las titularidades dificulta la formulación de un nexo común entre todas ellas. Sin embargo, la idea de una justificación -o su ausencia-, más o menos general para la mera existencia de la regla de inalienabilidad, ha sido objeto de controversia.

modo que ciertas titularidades sólo puedan transmitirse de acuerdo con las vías y procedimientos marcados por el sistema jurídico y bajo la supervisión de un agente estatal. Piénsese, por ejemplo, en la patria potestad, que puede «transferirse», sólo con los requisitos y por los trámites previstos en los artículos 175 ss. del Código Civil, con la intervención de dos representantes del poder público: el juez que resuelve la adopción y la Entidad pública que, como regla, inicia el procedimiento; o en los órganos del propio cuerpo, que pueden ser objeto de acuerdos privados sólo para los fines, con las condiciones, y con intervención de entes públicos, en los términos de la Ley de 27 de octubre de 1979, y los Reales Decretos de 22 de febrero de 1980 y 9 de octubre de 1985⁵⁶.

v) atribuye y distribuye riqueza al asignar derechos sobre los recursos. Las titularidades jurídicas, al igual que estos recursos, son escasas y, por consiguiente, valiosas y determinantes de riqueza para sus titulares⁵⁷.

Así, para algunos, se trata abiertamente de una expresión de paternalismo y moralismo que coarta la libertad individual: NOZICK, *Anarchy State and Utopia*, Nueva York (1974), p. 331.

Otros explican algunos supuestos de derechos intransmisibles –propiedades públicas, derechos de voto– con el recurso a la exclusión o minoración de externalidades negativas pero, en la mayor parte de los casos serían el resultado de –desafortunados– fenómenos de redistribución o influencia de poderosos grupos de interés y de presión: EPSTEIN, «Why Restrain Alienation?», en 85. *Columbia L. Rev.* (1985), p. 970.

ROSE-ACKERMAN, «Inalienability and the Theory of Property Rights», en 85. *Columbia L. Rev.* (1985), p. 931, entiende que la justificación de la inalienabilidad puede responder tanto a razones de eficiencia –problemas de información, problemas de coordinación para salvar «dilemas del prisionero»–, como a legítimos objetivos de redistribución y de garantía de la igualdad democrática.

Por último, el fundamento se descubre por otros en positivas motivaciones extra-económicas. La prohibición de transacciones de mercado permite, en diversas circunstancias, una mejor realización de la libertad y la autonomía de la persona en un sentido ético, permitiendo la consideración y el uso de criterios de valoración pluralistas y no sólo los del mercado. La más completa elaboración de esta teoría en: ANDERSON, *Value in Ethics and Economics*, Cambridge (Mass.) (1993), pp. 141 ss.; en una línea muy similar, RADIN, «Market Inalienability», en 100. *Harvard L. Rev.* (1987), p. 1849, y SUNSTEIN, «Incommensurability and Valuation in Law», en 92. *Michigan L. Rev.* (1994), p. 779.

⁵⁶ Sobre la adopción y el «mercado» de niños, *vid.* LANDES & POSNER, «The Economics of Baby Shortage», en *Journal of Legal Studies* (1978), p. 323; POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3.ª ed., Boston (1986), pp. 139 y ss.; POSNER, «The Regulation of the Market in Adoption», en 67. *Boston University L. Rev.* (1987), p. 59; POSNER, *Sex and Reason*, Cambridge (Mass.), (1992), p. 405.

⁵⁷ La relevancia distributiva del sistema jurídico es obvia en ámbitos en los que el derecho en cuestión representa una fracción muy sustancial de la riqueza total (POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4.ª ed., Boston (1992), p. 51, propone el ejemplo del derecho sobre un barril de agua en medio del desierto.) Sin embargo, también al margen de circunstancias tan extremas, la función de asignación de riqueza a los titulares por medio de atribuciones de titularidades protegidas, es consustancial al ordenamiento jurídico. Si este efecto, a su vez, tiene trascendencia en términos de eficiencia es discutido, aunque la respuesta estimo que ha de ser afirmativa: *vid. supra*, nota 16 y POSNER, *op. et. loc. ult. cit.*

Dada la complejidad y trascendencia de la incidencia del sistema jurídico en la conformación y funcionamiento del sistema económico⁵⁸, parece claro que los teóricos de la economía no pueden volver la espalda –aunque, desafortunadamente, lo hacen con frecuencia– al entorno institucional –fundamentalmente, al jurídico–, en el que se desenvuelve el sistema de precios⁵⁹.

2. COMPORTAMIENTO ECONÓMICO Y VISIÓN DEL JURISTA

Los juristas en general, y amplios sectores de la academia jurídica en particular, incurrir en el vicio diametralmente opuesto al común entre los economistas. Y de algún modo, esto se explica tanto por los dispares quehaceres y exigencias propias de ambos sectores de pensamiento, como por las distintas tradiciones intelectuales a la luz de las cuales se han forjado las «Weltanschauungen» de las disciplinas respectivas.

Si los economistas suelen sentirse cómodos en un mundo en el que asumen costes de transacción nulos o, cuanto menos, muy reducidos y, por ende, un mundo en el que el Derecho es poco más que un decorado estático, los juristas, por el contrario, parecen dar por supuesto que los costes de transacción son prácticamente infinitos⁶⁰ y, consecuentemente, las reglas y soluciones jurídicas son el único –o casi– factor determinante de los usos sobre los recursos y los medios económicos y, más en general, de los conflictos y relaciones sociales.

Pero esta posición es, al igual que su contraria, parcial y, en definitiva, corta y distorsionante.

Las decisiones de autoridad (legislativa o judicial) del sistema jurídico no constituyen en todo caso la última palabra, la regla final a la que se

⁵⁸ Estas notas han sido desde hace tiempo bien conocidas de los juristas: *vid.* por ejemplo, RAISER, *Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten*, Kronberg (1977), p. 83.

⁵⁹ Como dice Wiggins respecto a la visión del mundo frecuente entre los economistas, en «The Economics of the Firm and Contracts: A Selective Survey», en *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1991), p. 603: «Las empresas son consideradas como cajas negras. Los consumidores intercambian sin costes con el mercado, los trabajadores venden sus servicios laborales en mercados de trabajo sin fricciones... La transacción prototípica tiene lugar instantáneamente y las partes nunca tienen relaciones prolongadas».

Sin embargo, justo es reconocer que, dentro de la propia teoría económica, se vive una revalorización sin precedentes del papel de las instituciones, entre ellas las jurídicas. *Vid.*, por ejemplo, la obra del también premio Nobel de Economía, NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge (1990), en especial, pp. 107 ss., y el artículo panorámico de Wiggins, *op. et loc. cit.* En nuestro país, ARRUÑADA, *Teoría contractual de la empresa*, Madrid (1998).

⁶⁰ Lo dan por supuesto inconscientemente, ya que incluso la noción de «costes de transacción» es ajena a su instrumental conceptual.

conforman, o que resuelve, sin posibilidad de desarrollos o cambios ulteriores, los conflictos entre los individuos y grupos sobre los recursos.

Puede servir como ilustración de esta idea, entre otras, el problema de la elección entre el cumplimiento en forma específica y la indemnización de daños y perjuicios como remedios para el acreedor por el incumplimiento de la obligación. Se trata, en mi criterio, de una cuestión importante para la protección del crédito y la regulación general de la materia obligacional. La respuesta del sistema jurídico español es, además, poco clara al respecto ⁶¹.

Tómese, por ejemplo, el caso contemplado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 194/1991, de 17 de octubre. En el mismo, el demandante y recurrente en amparo reclamaba la restitución de una finca y, además, la limpieza de ésta y la realización de obras que impidieran nuevos daños. El coste de estos trabajos ascendía a más de 50 millones de pesetas, mientras que el valor de mercado de la finca era de 116.025 pesetas.

Aunque se reconoció la procedencia de la restitución, se denegó por el Juez la ejecución en forma específica y se sustituyó por una indemnización por el valor real del inmueble. El Tribunal Constitucional denegó el amparo, por entender que el equivalente pecuniario, si es por razones atendibles, puede reemplazar a la ejecución específica, sin merma del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Las decisiones son, sin duda, correctas, tanto desde el punto de vista de la legalidad ordinaria ⁶², como desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución.

⁶¹ A pesar de ambos factores, la pregunta acerca de qué remedio y bajo qué condiciones ha de alcanzar preeminencia, ha recibido entre nosotros atención relativamente escasa o, cuanto menos, atención pormenorizada y sistemática. Una notable excepción lo constituye VERDERA SERVER, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Madrid (1995). En otras latitudes, este interrogante ha suscitado un vivísimo interés teórico: KRONMAN, «Specific Performance», en 45. *University of Chicago L. Rev.* (1978), p. 351; SCHWARTZ, «The Case for Specific Performance», en 89. *Yale L. J.* (1979), p. 275; MURIS, «The Costs of Freely Granting Specific Performance», en *Duke L. J.* (1982), p. 1053; POLINSKY, «Risk Sharing through Breach of Contract Remedies», en 12. *J. Legal Stud.* (1983), p. 427; ULEN, «The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies», en 83. *Michigan L. Rev.* (1984), p. 341; BISHOP, «The Choice of Remedy for Breach of Contract», en 14. *J. Legal Stud.* (1985), p. 299; LEWIS/PERRY/SAPPINGTON, «Renegotiation and Specific Performance», en 52. *Law and Contemporary Problems* (1989), p. 33; LAYCOCK, «The Death of the Irreparable Injury Rule», en 103. *Harvard L. Rev.* (1990), p. 687; SCHWARTZ, «The Myth that Promises Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures», en 100. *Yale L. J.* (1990), p. 369; LAYCOCK, *The Irreparable Injury Rule* (1991); EDLIN, «Specific Investments, Hold-ups and Efficient Contract Remedies», *Working Paper*, Stanford University (1992); RADIN, «Compensation and Commensurability», en 43. *Duke L. J.* (1993), p. 56; SUNSTEIN, «Incommensurability and Valuation in Law», en 92. *Michigan L. Rev.* (1994), pp. 843 ss.

⁶² La pretensión del demandante encaminada a la ejecución en forma específica, cuando el impacto negativo de ésta sobre el demandado supera con mucho la utilidad que

No es esto, sin embargo, lo que me interesa recalcar aquí.

El hecho es que, aunque el ordenamiento jurídico diera una respuesta distinta a este caso concreto o a otros semejantes, esto es, aunque acogiera la pretensión del demandante de ejecutar «in natura», no se derivaría de ello de modo necesario que, en la realidad, se procediera a las tareas de limpieza y prevención por parte del demandado, resultado que, como parece obvio a tenor de las circunstancias del caso, es ineficiente e indeseable socialmente: se incurre en un coste para la sociedad de 50 millones y se obtiene un beneficio social (valor de mercado del bien) de sólo 116.000 pesetas.

Ambas partes pueden negociar un acuerdo para solventar sus diferencias —como, con carácter general, están legitimadas a hacer en el ámbito del Derecho privado—, y es muy posible e, incluso probable, que el demandante renuncie a la ejecución en forma específica a cambio de una suma de dinero. Suma que será superior a las 116.025 pesetas, que es la que represente la utilidad que obtendría el demandante de la reparación específica, y los 50 millones del coste de la ejecución para la otra parte. La opción del sistema jurídico, pues, no se plasmará en los hechos y comportamientos del mundo real, porque la negociación privada alterará —en un sentido socialmente beneficioso, además— el curso de los acontecimientos.

En este proceso de negociación, la regla de la ejecución en forma específica no transforma en cuanto tal los términos de la transacción, sino que atribuye a una de ellas —el demandante, en este caso— una opción de salida o apartamiento de las negociaciones.

Desde luego, no se pretende afirmar con esto que la negociación privada, bajo estas circunstancias, siempre va a tener lugar y llegar a buen término. El acuerdo puede fracasar por diversas causas, tanto por comportamientos estratégicos de las partes, como por diferencias de información entre los sujetos, por ejemplo, acerca de la valoración subjetiva o de afección que el demandante pueda hacer de la cosa.

Tampoco se trata de que la adopción de una regla en lugar de otra —indemnización de daños en lugar de o con preeminencia sobre la ejecución en forma específica— sea irrelevante, a la hora de conformar las conductas reales de los individuos. Al contrario, como nos dice el Teorema de Coase, cuando hay costes de transacción, la decisión del sistema jurídico *sí* afecta a la eficiencia del resultado.

La negociación o renegociación por los interesados no convierte la regla jurídica en intrascendente, pero altera su eficacia y se coloca como factor notablemente importante —aunque no único— para la comprensión

le reportaría al primero, puede considerarse un ejercicio abusivo de derecho y, por tanto, no tutelable por el sistema jurídico: PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», en *Anuario de Derecho civil* (1991), p. 1046.

de las ventajas comparativas de una solución legal sobre otra ⁶³ y, por tanto, para la opción interpretativa o de política jurídica al respecto.

En definitiva, la realidad parece indicar que en aquellas circunstancias en las cuales los costes de transacción no sean prohibitivamente altos, los sujetos van a entrar en negociaciones, tratar de entablar relaciones contractuales y, en último término, alcanzar acuerdos sobre las titularidades asignadas por el Derecho y, en general, sobre las situaciones que para las partes se derivan de éste. Ello da lugar a «mercados», organizados o desorganizados, abiertos o clandestinos, lícitos o ilícitos, que canalizan los «derechos de propiedad» hacia aquéllos que más están dispuestos a pagar por ellos, con independencia de que sean éstos los titulares iniciales o, incluso, de si el sistema jurídico desea que lo sean o no.

Y esto no sólo para evitar el sometimiento a reglas jurídicas que se juzgan —con carácter general, o sólo en aquellas especiales circunstancias en que se encuentran los sujetos reales involucrados— ineficientes, sino también para llenar los vacíos dejados por las normas o para especificar y adaptar a las particulares condiciones que estén presentes en las situaciones concretas las soluciones diseñadas por el ordenamiento jurídico solamente de modo genérico o abstracto.

Muchas son las evidencias concretas de este tipo de fenómenos: desde los mercados clandestinos de niños u órganos para trasplantes, hasta los «despidos acordados» entre empresario y trabajador para beneficiarse éste del subsidio de desempleo; desde los tratos entre la Administración tributaria y un gran contribuyente para ponerse de acuerdo sobre la cuota tributaria o la sanción fiscal, hasta las negociaciones entre los miembros de una comunidad de propietarios acerca de qué obras son «... requeridas por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble»... (art. 10 Ley de Propiedad horizontal) y cómo se reparte su coste; desde la renegociación de un contrato tras la condena por incumplimiento de una de las partes, hasta el contrabando o el tráfico de drogas.

Todo esto no son más que muestras de cómo, por obra de transacciones de mercado pueden modificarse las decisiones jurídicas, y ello tanto en sentidos que sean más o menos deseados como en otros abiertamente indeseados por el Derecho. Como advierte Coase, «debe ser recordado que la tarea inmediata de los Tribunales no es decidir qué ha de hacerse, sino quién tiene el derecho legal a hacer qué. Siempre es posible modificar con transacciones en el mercado la delimitación inicial de derechos» ⁶⁴.

Creo que no es posible rechazar la relevancia de este fenómeno alegando que es un mero problema de eficacia, de «administración», en el sentido

⁶³ Un análisis en términos de teoría de juegos de la elección entre ambos remedios frente al incumplimiento de obligaciones, en BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game Theory and the Law*, cit., p. 224 ss.

⁶⁴ COASE, «The Problem...», cit., p. 114.

más material de la expresión, de las normas jurídicas. Y ya sabemos que muchos juristas gustan de menospreciar este tipo de cuestiones por escasamente «dogmáticas». Sin embargo, el fondo de la cuestión va más allá del puro tomar medidas de incremento del control y vigilancia del cumplimiento de las normas (lo que, dicho sea de paso, sin duda alguna eleva los costes de transacción y, con ello, hace menos atractivos y viables los «incumplimientos» de las reglas jurídicas pero, al tiempo, tiene notables inconvenientes y costes de variado tipo y entidad –económico directo, de reducción de ámbitos de libertad e intimidad de los ciudadanos, entre otros–).

Se trata de algo que afecta de modo más profundo al funcionamiento y operatividad del Derecho, a la dualidad y, al tiempo, conmixción entre el mundo jurídico como mundo normativo e institucional de un lado, y el mundo real, con individuos que persiguen sus intereses, sus preferencias y sus valores, de otro; puesto que lo jurídico es al tiempo una componente de esta realidad, un factor de ese mundo real, que los sujetos tienen en cuenta a la hora de configurar sus fines, decidir sus opciones de conducta y actuar. Y la realidad social constituye el sustrato del que parte y al que en definitiva se reduce el mundo normativo –salvo que se quiera hacer de éste un conjunto de proposiciones fuera del mundo real, como las de la matemática–. Por ello es ineludible poner al sistema jurídico frente a dos elementos presentes en su misión de sujetar a reglas y pautas las interacciones entre los individuos y los bienes y males –de todo orden, no sólo material– de que nuestro mundo está dotado.

Estas dos realidades son:

– de un lado, el carácter incompleto del Derecho, su imposibilidad para prever, regular y controlar todas las situaciones e incidencias que seres humanos y recursos pueden suscitar; además, los medios de reacción de los que el sistema jurídico puede valerse para hacer eficaces sus normas y reparar sus violaciones son limitados, en cuanto a su alcance y a su ajuste a la complejidad y peculiaridad de las titularidades y situaciones reales involucradas. Si alguien es lesionado en su integridad física, o pierde a un familiar cercano por la acción antijurídica de otro, el ordenamiento se limita a prever la concesión de una indemnización en dinero y la imposición de una pena al culpable (y esto último, no en todo caso).

– de otro, que los ciudadanos que el ordenamiento tiene como destinatarios de sus normas, en su actitud y en su comportamiento en relación con las reglas jurídicas, los derechos que éstas atribuyen y las conductas que imponen, son también –aunque no exclusivamente– ejemplares de «homo oeconomicus», esto es, maximizadores de sus intereses y de su bienestar. El comportamiento económico, en este amplio sentido, no es simplemente algo objeto de regulación jurídica, y mucho menos algo ajeno al Derecho o extrajurídico. Es un componente fundamental, aunque no único, del modo de actuar de los agentes y operadores jurídicos de todas clases: ciudadanos, de un lado, creadores y aplicadores de las normas, de otro.

Esto no implica que el empeño normativo del sistema jurídico sea fútil o, todavía menos, irrelevante. Ni que deba limitarse a bendecir todo aquello que el sistema de mercado y el comportamiento maximizador dictan, o parecen dictar.

Pero sí debe conducir, en mi criterio, a la siguiente reflexión, que puede desdoblarse en dos niveles.

Uno de ellos, teórico, es el de que la relación entre sistema de precios, costes de transacción y derechos de propiedad, conduce a un replanteamiento y diversificación –distintos de los dogmáticos tradicionales– de las reglas jurídicas sobre definición, contenido, delimitación y transmisión de aquéllos, apoyándose en la idea de que la definición, la delimitación y el valor de las titularidades jurídicas no es independiente de los costes y el funcionamiento de las transacciones de mercado.

Como señala Barzel, los derechos que los individuos ostentan sobre los recursos –incluyendo aquí entre los recursos a uno mismo y las acciones ventajosas de los otros–, no tienen una definición constante. Su concepto y delimitación están en función de y varían de acuerdo con las acciones individuales de los propios titulares de los derechos y de los demás individuos, así como las del poder público a través del sistema jurídico⁶⁵.

El segundo, de política jurídica: lo económico (no lo estrictamente monetario) está imbricado en la totalidad del ordenamiento jurídico, en todas sus reglas y en todas sus consecuencias y es, por tanto, un factor que no puede ser postergado en la evaluación de decisiones jurídicas de todo orden (legislativas, judiciales, administrativas, de autonomía privada) y en la adopción de las mismas. Por tanto, la teoría económica, en su doble vertiente de explicación positiva de la elección de los sujetos económicos –esto es, racionales– entre las alternativas y estados de la realidad disponibles, por un lado, y de propuesta normativa de qué opciones son más eficientes para los sujetos o la sociedad en general, por otro, se convierte (o se ha de convertir) en valioso instrumento auxiliar en el diseño normativo, así como en la aplicación de las normas, al menos siempre que ésta no viniera absolutamente predeterminada por la regla jurídica y se cerrara así cualquier espacio de discrecionalidad en el aplicador⁶⁶.

Pero esta eventualidad, como bien saben los juristas, no suele ser frecuente o, cuando menos, no en los supuestos de mayor trascendencia.

Lo cual no quiere decir, ni mucho menos, que el enfoque económico sea capaz, por sí solo, de ofrecer una visión o explicación completa de un fenómeno tan complejo y, casi podríamos decir, tan inaprehensible, como es el sistema jurídico. En las certeras palabras de Veljanovski «es parcial y complementario a otras perspectivas y necesariamente hace hincapié en

⁶⁵ BARZEL, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁶ Unas propuestas semejantes patrocina, entre nosotros, CALSAMIGLIA «Eficiencia y Derecho», en *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (1987), p. 284 ss.

aquellos aspectos del Derecho respecto a los cuales tiene alguna ventaja comparativa en su tratamiento»⁶⁷ y estos aspectos serían, añadiría yo, aquellos que más sensiblemente pueden medirse con los dos raseros propios de la economía: la eficiencia y la distribución de la riqueza⁶⁸.

Tal vez la predicción ya casi centenaria del juez Holmes, de que para el estudio racional del Derecho el hombre del futuro es el hombre de la estadística y la economía, resulte un tanto exagerada⁶⁹.

Lo que sí me parece claro es que no hay justificación para el establecimiento de reglas por el sistema jurídico, o para la explicación de las mismas por la «Ciencia del Derecho», sobre la base de la tradición, las puras opiniones de nuestros predecesores, por muy ilustres que sean, imprecisos sentimientos o percepciones de lo justo y lo injusto o, incluso, la inercia; y mucho menos aún para convertirlas en dogmas jurídicos o verdades reveladas.

La «legislación y la ciencia del Derecho», no pueden seguir viviendo de espaldas a las ciencias sociales. El diseño del sistema jurídico y su comprensión son demasiado importantes y complejos como para que se dejen en manos de una autónoma y autárquica dogmática jurídica. La economía, y las demás ciencias del comportamiento humano —y no sólo ellas, hay que contar también con la filosofía—, han de tener cabida y carta de naturaleza en la concepción y estudio del fenómeno jurídico⁷⁰.

En qué medida esto —que entiendo a la vez un deseo y un deber— va a suceder en realidad, y qué consecuencias provocará en la profesión jurídica, son interrogantes que no me encuentro capaz de contestar.

V. CONCLUSIÓN. OTRA VEZ COASE

Con su aportación en el «Problema del coste social», Coase trató de subrayar la mutua dependencia entre el comportamiento económico —el

⁶⁷ BURROWS y VELJANOVSKI, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁸ En este sentido también, SCHÄFFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, *cit.*, p. 14, con especial insistencia en los aspectos de aplicación de las normas abiertas.

⁶⁹ POSNER (ed.) *The Essential Holmes. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions and Other Writings of Oliver Wendell Holmes Jr.*, Chicago (1992), p. 170 (la profecía apareció en el artículo de Holmes «The Path of the Law», 10 *Harvard L. Rev.* (1897), p. 457).

⁷⁰ Cfr. sobre todo esto, POSNER, «The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987», en 100. *Harvard L. Rev.* (1987), p. 761; POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.) (1990), pp. 387 ss. y 428 ss.; POSNER, «Legal Scholarship Today», en 45. *Stanford L. Rev.* (1993), p. 1647, con KRONMAN, *The Lost Lawyer. Failing Ideals of the Legal Profession*, Cambridge (Mass.) (1993), defensor de una ética, una visión y un método propiamente jurídicos. Sin embargo, el propio Kronman admite la necesidad de dar entrada, tanto en la educación como en la actividad jurídica, a metodologías y disciplinas diversas, como la economía y la filosofía: pp. 354 ss.

comportamiento humano en cuanto buscador de bienestar, en cuanto que elige sobre los bienes— y ese poderoso instrumento social que es el Derecho, más allá de la simple observación de que el sistema jurídico influye sobre los mercados y de que éstos son, en muchos casos, la realidad sobre la que aquél proyecta sus normas, idea ésta que una atenta observación de los hechos basta para poner de manifiesto.

Y con ello, el premio Nobel de Economía logró sentar las bases para la colaboración entre dos tradiciones intelectuales, las que alientan detrás de la labor del pensamiento jurídico y de la teoría económica, dando origen al movimiento que se conoce como análisis económico del Derecho, o «Law and Economics» en el ámbito anglosajón.

Sin duda, trazar la historia intelectual de esta corriente es algo que excede con mucho las pretensiones y las posibilidades de este trabajo. No obstante, estimo conveniente resaltar cómo aquello que agrupa a todos los que, con mayor o menor conciencia de ello, se adscriben a la misma, es precisamente la centralidad de la aportación coaseana acerca de cómo pensar «económicamente» las cuestiones del diseño de las normas jurídicas y las consecuencias sociales de éstas. Discreparán luego sobre si los sistemas jurídicos sirven en realidad o no los criterios de eficacia, o sobre si, en el plano de la política jurídica, habría de anteponerse este objetivo de eficiencia a cualquier otro; no se pondrán de acuerdo en el grado de formalización económica del discurso jurídico o sobre el tipo de comprobaciones a las que someter las propuestas teóricas de su análisis; se dividirán frente a opciones políticas y jurídicas concretas, pero todos aceptan que su labor y su esfuerzo se orientan a lo largo del camino abierto por Coase ⁷¹.

⁷¹ La tendencia reduccionista, que ignora o minimiza estas diferencias en el seno del análisis económico del derecho, identificando éste con las tesis, tanto descriptivas como de política jurídica defendidas por alguno o algunos de sus cultivadores resulta, por desgracia, demasiado habitual, tanto entre los defensores como entre los detractores de esta corriente; *vid.*, por ejemplo, dentro del primer grupo, la identificación entre las tesis propias —por muy interesantes y sugestivas que sean, pero discutibles—, que hace Posner, posiblemente la figura más conocida dentro del «Law and Economics»: POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 354 ss. (aunque el propio Posner matiza más adelante esta «apropiación» en la misma obra, p. 435) Cfr., para una perspectiva bien distinta, COOTER, «The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law», *Mimeo*, University of California (Berkeley) (1989), pp. 2 ss., y PASTOR, *Sistema jurídico y economía*, Madrid (1989), pp. 34 ss. O compárense las afirmaciones que para un determinado sector del análisis económico del Derecho —el de la legislación sobre competencia—, hacen, de un lado, KITCH, «The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970», en *Journal of Law & Economics* (1983), p. 163, y, de otro, WILLIAMSON, «Intellectual Foundations of Law & Economics: The Need for a Broader View», en WILLIAMSON, *Antitrust Economics*, Londres (1987), p. 311.

Entre los oponentes, *vid.* cómo se toma la parte (las tesis fundamentales de Posner, en este caso) por el todo (el análisis económico del derecho), en FISS, «¿La muerte del Derecho?», en *Cuadernos de Filosofía del Derecho* (1991), pp. 125 ss., y, entre nosotros, aunque con ánimo abierto, PASQUAU, *Código Civil y Ordenamiento Jurídico*, Granada (1994), pp. 142-143.

