

Principio de eficiencia y derecho privado

CÁNDIDO PAZ-ARES

Catedrático de Derecho

*Mercantil Universidad Autónoma de
Madrid*

Sumario: I. Introducción.- II. Un apunte sobre la función de los jueces.- III. Costes de transacción, titularidad y protección de los derechos.- IV. Postulados normativos del principio de eficiencia.- V. Consideración final.

I. INTRODUCCIÓN

Las reflexiones que se ofrecen a continuación forman parte de un estudio más amplio que trata de justificar desde varios puntos de vista, pero en especial desde el punto de vista de la filosofía moral, una hipótesis normativa que podría formularse así: la producción del derecho privado *debe* guiarse -bajo ciertas constricciones y con ciertas cualificaciones- por el principio de eficiencia. Estas páginas sólo cubren el tramo preliminar de ese proyecto y, por tanto, no se introducen todavía en la discusión de los criterios de eficiencia que registra la economía del bienestar -aquí se utiliza un concepto vulgar o popular de eficiencia¹-, ni en su valoración a la luz de las razones de la

¹ A salvo de otras indicaciones, emplearemos el término «eficiencia» para aludir a aquella propiedad de una regla jurídica que consiste en la maximización de los beneficios totales y/o en la minimización de los costes totales de una transacción contractual o extracontractual. Esta es la noción «popular» o «intuitiva» de eficiencia (v. A. M. POLINSKY, *Introducción al análisis económico del derecho*, trad. esp" Barcelona 1985, p. 19) y, en buena medida, coincide -analíticamente más que normativamente- con el criterio de maximización de la riqueza propugnado por Posner. El problema normativo que presenta el criterio posneriano estriba en que

moralidad, ni en la delimitación, en fin, del dominio de su aplicación². La finalidad que persiguen es muy limitada: se trata sencillamente de ofrecer un esquema muy simplificado de cómo puede plantearse y afrontarse -desde el punto de vista de un juez- la construcción de reglas jurídicas que sean consistentes con el principio de eficiencia. La exposición se divide en tres partes fundamentales. La primera se refiere a la producción judicial del derecho privado en los casos difíciles y a la perspectiva que ha de adoptarse si se quiere atender a las exigencias del principio de eficiencia (v. *infra* § 2). La segunda trata de analizar la estructura económica de los casos difíciles más relevantes con que se enfrenta el juez de derecho privado (v. *infra* § 3). La tercera ofrece una sistematización de algunos postulados normativos que pueden servir al juez para resolver los casos difíciles previamente identificados (v. *infra* § 4).

II. UN APUNTE SOBRE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES

De acuerdo con lo que se ha adelantado, el estudio no se interesa tanto por la producción primaria del derecho privado -que tiene lugar en la fábrica del legislador- como por la producción secundaria, que se desarrolla en el dominio de la jurisdicción. Y aunque es cierto que la tesis de la eficiencia, si realmente está justificada desde el punto de

la eficiencia se hace depender de la capacidad y disposición a pagar del sujeto. Desde el punto de vista analítico u operacional, el problema puede despreciarse allí donde el criterio se emplee para formular reglas generales de derecho privado, que se aplica a transacciones cuyas partes no constituyen grupos sociales homogéneos desde el punto de vista de la distribución de la renta y de la riqueza. En estos casos bien puede estimarse que no existen variaciones sustanciales entre los precios de oferta y los precios de demanda y, en consecuencia, que la decisión jurídica no estará condicionada por la capacidad de pagar. El problema del vaso de agua en el desierto no es el problema de quien está llamado a establecer reglas generales de derecho privado (son particularmente interesantes al respecto las observaciones de J.G. MURPHY y J.L. COLEMAN, *Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence*, 2ª ed., Boulder-S.Francisco-London 1990, pp. 213-215; v. también R.A. POSNER, «Wealth Maximization Revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2 (1985), pp. 90-93).

² De estas cuestiones -las más graves, sin duda- se ocupan los capítulos centrales del trabajo en curso, que lleva por título *La lógica del derecho privado*.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

vista moral, tiene valor general, no lo es menos que donde puede prestar un mayor servicio es en el ámbito judicial. La crisis del positivismo y de la dogmática que le era inherente ha abierto la brecha por la que el discurso práctico se apodera abiertamente del discurso jurídico. En ese horizonte nos situamos, y desde él queremos explorar la nueva cultura argumentativa que comienza a tejerse en torno a la idea de eficiencia. El propósito que nos anima no es otro que el de esbozar algunas directrices que puedan ayudar a los jueces a la hora de producir el derecho que necesitan para resolver los *casos difíciles*, es decir, aquellos casos para los cuales no existe una respuesta inequívocamente preprogramada por el ordenamiento³.

El siguiente ejemplo ilustra un caso de esa naturaleza y de él nos valdremos para facilitar la exposición. Imaginemos que Ud. firma, como representante de una compañía petrolera, un contrato en virtud del cual se compromete a entregarme el crudo que necesito para mi industria refinera en el puerto de La Coruña en una determinada fecha. Antes de la entrega, estalla la guerra en el país exportador del Oriente medio, de manera que Ud. no puede cumplir lo prometido. Esta circunstancia me hace perder unas buenas oportunidades de negocio y en

³ Las razones de esa situación son múltiples. Al lado de las más conocidas (la existencia de una laguna legal, de una ambigüedad en la normativa, de una contradicción abierta u oculta, de una delegación al juez de la composición de la norma [lo que típicamente ocurre con las cláusulas generales], etc.), nos interesa destacar aquí un grupo de casos frente al que tradicionalmente la tradición positivista ha cerrado los ojos. Nos referimos a aquellos supuestos en que, aun existiendo una norma precisa y no abiertamente modificable, resulta altamente contestada en el discurso práctico (por su escasa «razonabilidad») y *de tacto* frecuentemente alterada en la vida jurídica, todo ello con la complicidad, implícita o explícita, de la comunidad de los juristas. Las normas desacreditadas en el discurso jurídico proliferan especialmente en el campo del derecho privado, por tratarse de un derecho cuya función primordial es facilitadora y no directiva. Esta circunstancia le hace ser relativamente independiente de la comunidad política y, por ende, más manipulable y renovable sin la intervención del legislador (dentro del contexto en que nos movemos, resultan interesantes las páginas que dedica a esta problemática R. A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge (Mass.)-London 1990, pp. 444 ss.; v. también D.A. FARBER y Ph. P. FRICKEY, *Law and Public Choice*, Chicago-London 1991, pp. 106 ss.). La gente quiere de sus jueces dos cosas: la primera es que produzcan resultados sensatos; la segunda, que no creen el derecho, sino que lo encuentren. Pero ¿no se trata acaso de dos cosas en buena medida incompatibles? (v. R.A. POSNER, «The Material Basis of Jurisprudence», *Ind. L. Rev.* 69 (1993), pp. 35-36).

virtud de ello, le demando ante los tribunales solicitando la indemnización de los daños y perjuicios que me ha ocasionado el incumplimiento. El contrato guarda silencio acerca del riesgo de conflicto bélico en la región, por lo que ha de acudir al arto 1105 CC para juzgar el caso⁴. Ahí estriba precisamente la causa de la dificultad. La ambigüedad del precepto y la falta de consenso doctrinal en torno a su interpretación hacen, en efecto, que el caso sea susceptible de ser resuelto de varias maneras⁵. El supuesto nos interesa ahora para examinar la actitud o perspectiva que le cabe adoptar al juez. En términos muy simples puede decirse que el juez, cuando se encuentra ante casos de esta índole, puede adoptar dos perspectivas diversas: la de quien resuelve una disputa o la de quien crea una regla de derecho. En la cultura tradicional de nuestra judicatura prevalece -según creo percibir- la primera perspectiva. Los jueces, en efecto, tienden a considerar que su función primordial es dirimir un conflicto y, por esa razón, suelen adoptar una visión retrospectiva del caso. Ante ellos se presentan unos hechos ya consumados respecto de los cuales estiman que deben situarse *ex post*. La transacción sobre la que han de pronunciarse es vista así como un juego de suma cero, en la que a ellos les cumple la tarea de distribuir pérdidas y ganancias. No es de extrañar por tanto que, colocados en esta perspectiva, los jueces se sientan inclinados a hacer juicios de equidad -de justicia distributiva- y, por ello, a argumentar en sus sentencias con el fin de justificar una solución en la que han tomado partido a favor

⁴ El ejemplo se inspira en un caso célebre que es estudiado por R. A. POSNER y A. M. ROSENFELD, «Impossibility and Related Doctrines in Contract Law», *J. Legal Stud.* 6 (1977), pp. 88 ss. (reproducido en el *reading* de R.A. POSNER y A. T. KRONMAN, *The Economics of Contract Law*, Boston-Toronto 1979, pp. 122 ss) y R. COOTER y Th.ULEN, *Law and Economics*, HarperCollins Publishers 1988, pp. 1 ss. Los razonamientos sustantivos que realizaré en relación al caso son tributarios de estos autores.

⁵ Omitimos los detalles de la discusión doctrinal sobre el precepto (v., por todos, en la literatura más reciente, F. PANTALEÓN, «El sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* 1991, pp. 1059 ss. e *ibi* ulterior información). Tampoco entramos ahora en problemas específicos de la teoría y la metodología del derecho y, en especial, en el análisis de los medios que pueden arbitrarse para introducir de manera no traumática el instrumentario económico en la interpretación y desarrollo del derecho (sobre el tema, desde una óptica continental, es de interés Ch. KIRCHNER y S. KOCH, «Nonninterpretation und ökonomische Analyse des Rechts», *Analyse und Kritik* 11 (1989), pp. 111 ss.).

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

de aquella parte que, por una u otra razón, consideren con más mérito o con más necesidad. Es probable, dentro de esa lógica, que en nuestro caso hubieran optado por absolver a la compañía petrolífera por entender que ya bastante daño ha sufrido con no poder operar a causa de la guerra y por considerar que el daño sufrido por la industria es un lucro cesante que podrá recuperar en otras nuevas oportunidades⁶. No parece, sin embargo, que esta perspectiva sea la más adecuada, al menos en el campo tradicional del derecho patrimonial privado. A nuestro entender, el juez debe privilegiar, en el desempeño de su cargo, la función normativa; su preocupación esencial ha de ser la de formular una regla jurídica aplicable al caso que enjuicia, pero generalizable a cualquier otro que presente la misma estructura. Si pone el énfasis en este aspecto de su ministerio, el juez adoptará una visión prospectiva, que le llevará a preguntarse por la regla que sería razonable que existiese antes de que se produjesen los hechos. Ese juez que se sitúa en una posición *ex ante*, respecto de los hechos podrá ver la transacción -contractual o extracontractual- como un juego de suma positiva en el que todos pueden ganar y, en consecuencia, en lugar de sentirse inclinado a redistribuir equitativamente lo que está en juego, se sentirá inclinado a propiciar aquellos ajustes que prospectivamente puedan maximizar el valor esperado -o minimizar el coste esperado- del tipo de transacciones que están sometidas a su consideración. En una palabra, se sentirá inclinado a hacer juicios de eficiencia. La necesidad de crear una norma susceptible de ser universalizada le obligará a desentenderse de los méritos y de las necesidades personales de las partes, y a centrarse en los incentivos de la directiva que establece.⁷ El resultado estará muy

⁶ El ejemplo que hemos puesto no es ciertamente el más adecuado para ilustrar el *modus operandi* de la «justicia retrospectiva». Sería sin duda más elocuente un caso extraído de la nutrida jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de seguros o de contratación bancaria, en la que se percibe nítidamente la existencia de una política redistributiva que tiende a cargar sobre las espaldas de las compañías aseguradoras o de las entidades de crédito las contingencias negativas de que se trate con el propósito -subjetivamente encomiable, pero objetivamente perverso- de maximizar la protección del asegurado o del cliente del banco, a quienes se reputa (fuera incluso de condiciones generales, en acuerdos particulares) «parte débil» de la relación. No obstante, nuestro ejemplo tiene el valor de ofrecer de entrada una mayor neutralidad frente a estas otras políticas redistributivas pro consumidor que tienen a su favor el clamor popular.

⁷ Presuponemos que en el campo del derecho privado rigen los principios de la justicia conmutativa. Como bien ha dicho un ilustre economista: «[i]f Courts are

próximo a aquél que de antemano habrían pactado las partes de la transacción, cuyo interés -nos referimos naturalmente al interés común- se asocia a la creación del mayor *sur plus* posible⁸. Bajo esta óptica y volviendo a nuestro ejemplo, es muy probable que el juez estimase la demanda de la industria coruñesa y condenase a la compañía petrolífera a satisfacer la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. La composición de lugar que se habría hecho el juez para llegar a esta conclusión sería la siguiente: ¿quién está en condiciones de gobernar a un coste más bajo la contingencia de que se desate un conflicto armado en Oriente Medio: las compañías productoras de petróleo o la industrias que se abastecen de ellas? La respuesta parece fácil: las primeras porque, al operar en el lugar están en mejores condiciones que las segundas para valorar el riesgo de guerra y tomar medidas para mitigar sus efectos⁹. La regla general que establecería ese

to ignore wealth, religion, or family in deciding such conflicts, if persons before the courts are to be treated with regard only to the cause of action and available proof, then, as a normative proposition, it is difficult to suggest any criterion for deciding liability other than placing it on the party able to avoid the costly interaction most easily» (H. DEMSETZ, «When Does the Rule of Liability Matter?», en H.G. MANNE, *The Economics of Legal Relationships*, St. Paul-New York-Los Angeles-S. Francisco 1975, p. 1.83 [este importante trabajo se publicó originariamente en el *J. Legal Stud.* 1 (1972), pp. 13 ss.]. Detrás está la idea aristotélica de la justicia aritmética: «No importa, en efecto, que un hombre bueno haya despojado a uno malo o al revés, o que un hombre bueno o malo hayan cometido un adulterio: *la ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales*» (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, 4 [1132a]: citamos por la traducción realizada por J. Pallí Bonet y agrupada en un volumen bajo el título *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia*, Madrid 1985, pp. 245-246

⁸ La función prospectiva del juez ha sido especialmente subrayada por el profesor -hoy juez- Easterbrook: «[J]udges should be aware that their decisions create incentives influencing conduct *ex ante*, and that attempts to divide the stakes fairly *ex post* will alter o reverse signals that are desirable from an *ex ante* perspective» (v. F. H. EASTERBROOK, «Method, Result and Authority: A Reply», *Harv. L. Rev.* 98 (1985), p. 622 y, sobre todo, su trabajo previo en el que se desarrollan esas ideas «The Court and the Economic System (The Supreme Court 1983 Term-Foreword)», *Harv. L. Rev.* 98 (1984), pp. 4 ss. Ha de recordarse, no obstante, que el enfoque *ex ante* es connatural al análisis económico, que se centra en los incentivos e implicaciones que tienen para la conducta prospectiva de los agentes los cambios de las variables preexistentes -para los economistas el pasado es un *sunk cost* (v. por ej., C.G. VELJANOVSKI, *The New Law-and-Economics. A Research Review*, Oxford 1982, pp. 30-31 y, más recientemente, *The Economics of Law. An Introductory Text*, London 1990, pp. 38-39).

⁹ Así, por ejemplo, las compañías de petróleos pueden asegurarse frente al riesgo de incumplimiento a un precio más bajo que podrían hacerla las empresas clientes de

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

juez prospectivo sería del siguiente tenor: si el contrato no distribuye el riesgo de incumplimiento debido a una contingencia determinada y esta contingencia se produce, habrá de pechar con la pérdida la parte que objetiva y típicamente hubiese podido gobernar ese riesgo con menor coste. Al fin y al cabo -pensará el juez-, esa es la solución que normalmente habrían elegido las partes. Si el contrato es un esquema de cooperación racional para la ventaja mutua, las lagunas que ofrezca deben ser cubiertas imaginando los términos de un convenio racional hipotético entre las partes, es decir, calculando el contenido del contrato *ex ante*¹⁰. Puede ser que en la hipótesis concreta, si las partes hubiesen previsto la contingencia de la guerra, hubiesen llegado a una solución distinta, a causa, por ejemplo, de la extrema aversión al riesgo que siente la compañía petrolífera o a causa de cualquier otra preferencia singular que afecte a su función de utilidad. Pero estas preferencias singulares y, en general, las circunstancias subjetivas de las partes no son suficientes, a nuestro juicio, para alterar la regla. Al juez no le queda más remedio que operar con independencia de las circunstancias o «motivos» individuales que no hayan sido incorporados - «causalizados»- en el contrato¹¹. Los operadores, en el futuro, ya

la periferia. También pueden establecer de manera más fácil rutas de navegación alternativas que no estén bloqueadas por el conflicto. Pueden incluso celebrar convenios con otras compañías petroleras situadas en otros lugares menos conflictivos para realizar compras de emergencia de crudo en el evento de guerra, etc.

¹⁰ La tesis de que el juez debe conferir derechos e imponer obligaciones a las partes *ex post* de conformidad con los criterios que ellas mismas habrían seguido *ex ante* es una idea muy vieja, que ha sido revitalizada en los últimos tiempos por el análisis económico del derecho (v., especialmente, A. SCHWARTZ, «Proposals for Product Liability Reform: A Theoretical Synthesis» *Yale L. J.*, 97 (1988), pp. 353 ss. Sobre el fundamento -consentimiento hipotético o elección racional- y la compleja estructura de este tipo de juicios hay una literatura muy abundante: v., entre la más reciente, p. CHARNY, «Hypothetical Bargains: The Normative Structure of Contract Interpretation», *Mich. L. Rev.* 89 (1991), pp. 1815 ss.; R. CRASWELL, «Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising», *Mich. L. Rev.*, 88 (1989), pp. 489 ss.; J.L. COLEMAN, D.D. HECKATHORN Y S.M. MASER, «A Bargaining Theory Approach to Default provisions and Disclosure Rules in Contract Law», *Harv. J. L. & Pub. Pol.* 12 (1989). pp. 641 ss., esp. 707 ss.; J.L. COLEMAN, *Risks and Wrongs*, Cambridge Univ. Press. 1992, pp. 164 ss. y, desde una perspectiva que rechaza la idea del «contrato *ex ante*», I. AYRES y R. GERTNER, «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», *Yale L. J.*, 99 (1989), pp. 87 ss.

¹¹ A este respecto y en el campo específico del derecho contractual, al que se refiere nuestro ejemplo, hay que tener muy presente la distinción entre integración del

sabrán a qué atenerse: si no les acomoda la regla establecida judicialmente, tendrán que pactar otra más adaptada a sus preferencias particulares e idiosincráticas¹²

contrato -que obliga al juez a crear una norma de cobertura objetiva o abstracta, recortada sobre las preferencias de partes típicas o idealizadas- y la interpretación integradora, donde el fin perseguido no es elaborar una norma general universalizable, sino otra muy distinta: interpretar la voluntad de las partes determinadas a la vista de los datos que se desprenden del contrato y, a tal fin, crear una norma subjetiva y concreta ajustada a las preferencias particulares (v., por todos, J. ALFARO, *Condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, pp. 354 ss., 374 ss, e ibi abundante información al respecto). No se nos oculta, ciertamente, que la cuestión, desde el punto de vista específico de la filosofía -moral y jurídica- del contrato, no es pacífica. Más de uno, efecto, estima que - con el fin de evitar «to incumber individuals by unjustifiably exercising the coercitive authority of the state»- las lagunas contractuales han de cubrirse reconstruyendo el contrato que habrían pactado, no partes típicas e idealizadas, sino las partes concretas entre quienes se ha suscitado el conflicto. El juez -se afirma- no puede prescindir del contexto circunstancial de los contratantes (v., por ej., COLEMAN, *Risks and Wrongs*, pp. 176-177; COLEMAN, HECKATHORN y MASER, *Harv. J. L. & Pub. Pol.*, 12 (1989), p. 709; etc.). El problema es, no obstante, más aparente que real, puesto que la diferencia entre integración del contrato e interpretación integradora viene motivada por los distintos costes de información del juez y de transacción de las partes. No es nuestro propósito, en cualquier caso, tomar partido ahora en esa polémica. La exposición del texto se ha realizado con una finalidad general y, desde luego, vale tanto para los casos contractuales como los extracontractuales. En estos últimos casos es más fácil de percibir la necesidad con que se enfrenta en juez de operar con partes típicas e idealizadas a la hora de realizar sus juicios hipotéticos; y, sin embargo, la estructura de los casos extracontractuales no difiere sustancialmente de la estructura de los casos contractuales. Los costes de transacción unas veces impiden a las partes especificar ex ante los términos completos del contrato y otras establecer una relación contractual. El papel del juez es por ello similar. De la misma manera que en el primer caso ha de producir a posteriori las reglas aplicables a la contingencia no prevista en el momento de contratar, en el segundo caso ha de producir, también a posteriori, las reglas aplicables a la relación no pactada. La diferencia entre contratos incompletos y no-contratos es hasta cierto punto una diferencia cuantitativa -en la cantidad de costes de transacción-, no cualitativa.

¹² Somos conscientes de que un planteamiento de esta naturaleza no está al abrigo de ciertas objeciones: En concreto, desde la vertiente de la teoría del derecho cabe formular un par de críticas al amparo del principio de irretroactividad de las normas y al amparo de las competencias institucionales de los jueces. La primera proposición crítica puede expresarse así: no es válido, correcto o justo adoptar ahora una norma para aplicarla a hechos pasados. La segunda proposición se formula en los siguientes términos: el objetivo de tener una norma para el futuro (construida en función de incentivos y de otras consideraciones de eficiencia) no justifica su

III. COSTES DE TRANSACCIÓN, TITULARIDAD Y PROTECCION DE LOS DERECHOS

En el apartado anterior hemos introducido la noción de «casos difíciles» y hemos centrado en ellos la problemática de la función judicial. Ahora hemos de examinar la estructura que normalmente presentan esos casos difíciles en el campo del derecho privado patrimonial, que es el que aquí primordialmente interesa escrutar. De lo que se trata es de identificar el tipo de problemas a que se enfrentan los jueces. En términos muy simplificados podemos decir que éstos son de una doble índole: problemas de *titularidad* de los derechos y problemas de *protección* de los derechos¹³. Esta distinción es, a nuestro juicio, crucial

adopción ahora para aplicarla al pasado. Esta segunda observación conecta con el problema general de las competencias institucionales de los jueces, que no les habilitan para promover una determinada política del derecho, sino para hacer justicia en función de los derechos de las partes (cfr. R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. esp., Barcelona 1984, pp. 43 ss.; R. DWORKIN, «Why Efficiency», *Hofstra L. Rev.* 8 (1980), pp. 581 Y 589; v. también J.L. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, Cambridge-N. York 1988 (reim. 1990), pp. 130-132; Y ya antes J. BUCHANAN, «Good Economics, Bad Law» *Va. L. Rev.* 60 (1974), pp. 488 ss.). A nuestro parecer, ninguna de estas objeciones es decisiva, al menos si logra probarse -como esperamos hacerlo en el curso de nuestros estudios- que el principio de eficiencia puede valer (incluso desde una perspectiva estrictamente deontológica y por sorprendente que pueda parecer a la vista del planteamiento consecuencialista esbozado) para señalar al titular de los derechos. Por ahora la cuestión ha de quedar remitida (v., no obstante, algunas indicaciones que ya avanzábamos en C. PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», *ADC* 1981, pp. 621- 623, nt. 55).

¹³ La noción de «derechos» se utiliza aquí en un sentido muy amplio y alude a cualquier facultad de actuación que se confiera a un individuo frente a otro u otros. Coincide con la noción de *property right* que viene elaborando la teoría microeconómica. Demsetz nos ofrece una buena definición: «It is important to note that property rights convey the right to benefit or harm oneself or others. Harming a competitor by producing superior products may be permitted, while shooting him may not. A man may be permitted to benefit himself by shooting an intruder [?], but be prohibited from selling below a price floor. It is clear, then, that property rights specify how persons may be benefited and harmed, and, therefore, who must pay whom to modify the actions taken by persons» (H. DEMSETZ, «Toward a Theory of Property Rights», en E. G. FURUBOTN Y S. PEJOVICH (eds.), *The Economics of Property Rights*, Cambridge (Mass.) 1974, pp. 31-32; el trabajo se publica originariamente en *la Am. Econ. Rev.* 1967, pp. 347 ss.; hay trad. esp. en ICE (Enero 1980),

para abordar el tema de la eficiencia en el campo del derecho privado. En este apartado nos ocupamos de esa distinción con el propósito fundamental de introducir en la discusión dos piezas fundamentales de la teoría económica del derecho -el Teorema de Coase y el sistema de reglas de protección de Calabresi/Melamed-.

1. El problema de *la titularidad de los derechos* se presenta cuando el juez tiene que decidir a qué parte asigna el derecho. Es justamente el problema que se suscitaba en el caso del contrato de suministro de crudo a que nos referíamos antes. El juez debía resolver si el derecho, a obtener el cumplimiento o el derecho a denegar el cumplimiento me correspondía a mí (industria coruñesa) o a Ud. (compañía petrolífera). El problema se planteaba en ese caso porque el contrato, que es la fuente de los derechos contractuales, guardaba silencio sobre la cuestión y porque -habría que añadir- el derecho dispositivo era incierto. Los casos como éste abundan, y ello aunque el contrato hable. Imaginemos que Ud. alquila un automóvil y el contrato que suscribe incluye un seguro de accidentes que «cubre al «arrendador, su familia inmediata, sus dependientes y *su partner*». ¿Cubre la póliza el accidente provocado mientras el «aparca-coches» lo está maniobrando para introducirlo en el garaje del restaurante?¹⁴. Los supuestos planteados, como cualquier otro supuesto contractual, tienen de específico el hecho de que la atribución de derechos corresponde a las partes. Pero las partes, muy a menudo, no atribuyen los derechos debido a los elevados costes que ello lleva consigo. Repárese en lo costoso que sería redactar un contrato que previese todas las hipótesis «aparca-coches» posibles. Los beneficios mutuos que el contrato reporta a las partes quedarían sobrepasados por los costes de la contratación¹⁵. Justamente por esa razón, el ordena-

pp. 59 ss.; en general, los trabajos incluidos en el citado *reading* constituyen una buena introducción a la teoría de los *property rights*; v. también el manual - elemental, pero sugestivo- de S. PEJOVICH, *Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad*, trad. esp., México 1985), y ahora más recientemente el estudio de Y. BARZEL, *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge Univ. Press 1989, reimp. 1993.

¹⁴ Tomo el ejemplo de CHARNY, *Mich. L. Rev.* 89 (1991), p. 1815.

¹⁵ Nunca podemos perder de vista que todos los contratos son incompletos. Como bien dicen Coleman *et alii*, « [a]lthough imagining problems in contract design and execution and devising adequate safeguards against all possible sources of contract

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

miento predispone un sistema de normas dispositivas, cuya función es suplir el silencio de las partes, es decir, ahorrarles los costes de transacción en la asignación de los derechos¹⁶. Imaginemos ahora que el derecho positivo o la jurisprudencia iniciada por nuestro juez prospectivo asignan claramente el derecho a una parte determinada, pero que, en las circunstancias concretas (a causa, por ejemplo -recuérdese-, de la extrema aversión al riesgo de la otra parte) o por un error en la concepción de la norma (que no se adapta a los dictados de la eficiencia), ese ajuste no nos conviene a Ud. y a mí, que queremos estructurar el contrato de otra manera. ¿Se ve por ello afectada la eficiencia del sistema?. El Teorema de Coase nos dice que si los costes de transacción no son elevados¹⁷, siempre prevalecerá la solución eficiente, ya que el intercambio voluntario conducirá a reasignar o transferir el derecho a aquella parte en cuyas manos tenga más valor o -lo que importa lo mismo- a atribuir la obligación a aquella parte que pueda gobernarla a menor coste. Si el ordenamiento me atribuye a mí el derecho, pero Ud. lo valora más, yo se lo transferiré a Ud. y viceversa¹⁸

failure is a logical possibility, it remains (for everyone but the Gods) a practical impossibility, it remains (for everyone but the Gods) a practical impossibility. Even were it practically possible, fully specifying a contract might be irrational in that the expected cost of a more complete specification may exceed the expected gains from nailing down a particular solution to a imaginable, but unlikely, possibility» (COLEMAN, HECKATHORN Y MASER, *Harv. J.L. & Pub. Pol.* 12 (1989), p.640).

¹⁶ Esto alivia el problema, pero no lo soluciona; aun cuando se integraran con el derecho dispositivo más perfecto que razonablemente podamos imaginar, todos los contratos seguirían siendo incompletos.

¹⁷ Lo que en la clase de casos que venimos examinando básicamente supone que la contingencia en relación a la cual queremos atribuir el derecho es fácilmente identificable y previsible en el momento de contratar y que el valor esperado de la especificación excede del coste.

¹⁸ El Teorema de Coase -según más tarde bautizaría George Stigler el resultado del argumento de Coase- se desarrolla en R.H. COASE, «El problema del coste social», en I.A. GALLEGO CREDILLA (ed.), *Economía del medio ambiente*, Madrid 1974, pp. 99 ss. La versión original aparece en el *J. Law & Econ.* 3 (1960), pp. 1 ss. y ahora se reproduce en el capítulo cinco de su libro *The Firm, the Market and the Law*, Chicago-London 1988, pp. 95 ss" del que recientemente ha habido traducción española bajo el título de *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid 1994). Sobre el teorema de Coase, que constituye un pilar fundamental de la teoría económica del derecho, existe una literatura inabarcable que no es este el momento de reseñar (para una primera aproximación, v. Paz-Ares, ADC 1981, pp. 632 ss.). No obstante, no me resisto a citar la que a mi juicio constituye la más apasionante introducción

La referencia al Teorema de Coase en el contexto anterior es perfectamente legítima, pero crea un cierto espejismo en el que conviene reparar. Me refiero a esa impresión que suscita que los problemas de titularidad de los derechos y los problemas de transferencia de los derechos se mezclan o confunden y que, por tanto los costes de definición de los derechos (o costes en que hay que incurrir para su atribución) y los costes de transacción (o costes en que hay que incurrir para su transferencia) son todos ellos costes de la misma naturaleza. El espejismo se debe a una circunstancia evidente, y es que en materia contractual (a la que corresponden los ejemplos que hemos utilizado hasta ahora) no es fácil distinguir el plano de la atribución de los derechos y el plano de la transferencia de los derechos. Cuando las partes contratan y alteran el ordenamiento dispositivo no transfieren los derechos (que supuestamente les atribuía ese ordenamiento dispositivo) sino que, propiamente hablando, los atribuyen. En esos casos es cierto que los obstáculos que puedan existir para una correcta atribución de los derechos constituyen costes de transacción en el sentido propio y genuino del término (es decir, costes de impiden la contratación). Pero ello se debe a que los derechos se atribuyen mediante contrato. Fuera del territorio contractual y, en general desde el punto de vista analítico, parece de interés distinguir entre los *costes de definición* de los derechos (o costes de atribución de los derechos) y *costes de transacción* (o costes de transferencia de los derechos). Ello facilitará mucho nuestra exposición, cuyo objetivo primordial es formalizar algunas directivas que puedan ser de utilidad a los jueces en uno u otro caso (v. infra § 4)¹⁹. La distinción, por otra parte, está de alguna manera

al teorema, que debemos a la envidiable pluma de G. STIGLER, *Memorias de un economista*, trad. Esp., Madrid 1992, pp. 75 y ss. Asimismo es preciso citar la contestación que ha ofrecido el propio Coase a las más importantes críticas que se han dirigido a su trabajo en su opúsculo «Notes on the Problem of Social Cost», incluido en su ya citado libro *The Firm, the Market and the Law*, pp. 157 ss.

¹⁹ La distinción tiene relieve desde el punto de vista de nuestra discusión, aunque bajo otras ópticas, pueda ser puesta en entredicho. En este aspecto no estará de más recordar que el término «coste de transacción» viene empleándose en la literatura económica en un sentido más amplio, que incluye *todos aquellos costes cuya existencia no cabe concebir en una economía crusoniana*. Por tanto, desde esta perspectiva, la idea de coste de transacción abarcaría «no sólo los costes correspondientes al establecimiento y la salvaguardia de los contratos (incluido el logro de la correspondiente información) [los que aquí llamamos costes de transacción en sentido estricto], sino también los relativos a la determinación y defensa de los

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

presente en el propio trabajo de Coase²⁰, que no en vano se desarrolla en torno a la consideración de casos extracontractuales en los que, por definición, están claramente separados en el plano anterior de la atribución de derechos²¹. El Teorema de Coase presupone, en efecto, que los derechos están atribuidos y, desde esa premisa, postula que, si no hay costes de transacción, la asignación eficiente siempre se producirá mediante el intercambio.

Hechas las observaciones precedentes, estamos en condiciones de explorar el significado del Teorema de Coase desde el punto de vista del problema de la titularidad de los derechos. Nos serviremos, a tal efecto, de un ejemplo inspirado en nuestra experiencia doméstica, pero de inequívoco linaje coasiano. Imaginemos que Ud. es un empresario agrícola dedicado a la producción de hortalizas y legumbres y que yo soy un empresario turístico, que exploto en una finca contigua a la suya un aprovechamiento cinegético de conejos y liebres. Dadas estas circunstancias, existe el riesgo de que en ocasiones mis animales se introduzcan en los terrenos de su propiedad y ocasionen daños a sus cultivos, lo cual –este era el pensamiento de la economía tradicional- determinará una explotación de su industria por debajo del óptimo²². Pues bien,

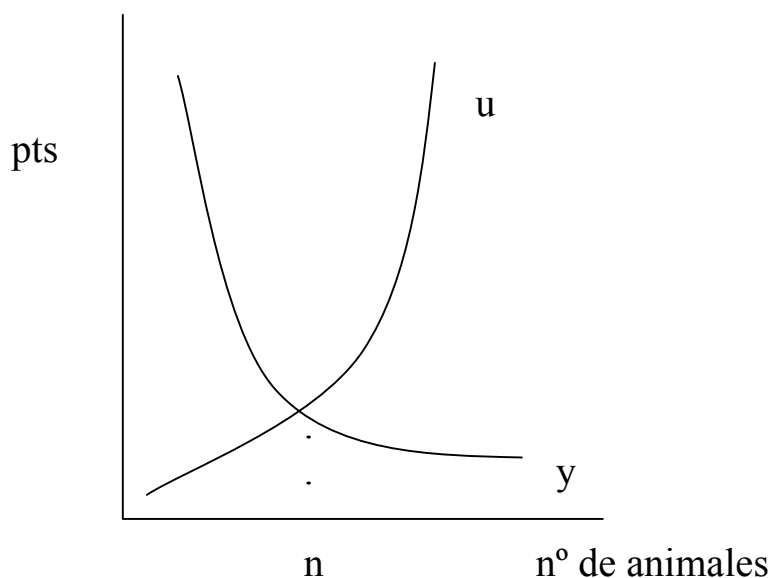
derechos dominicales [que aquí denominamos costes de definición o de atribución de los derechos] » (v. S.N. S. CHEUNG, *El mito del coste social*, trad. esp., Madrid 1980, p. 94). El hecho de insistamos en la necesidad de deslindar ambos supuestos no quiere decir, sin embargo, que neguemos su indiscutible interdependencia y, en muchos casos, la improcedencia de la disección (en ocasiones, ciertamente, es imposible separar el coste de transacción del que corresponde a la salvaguardia de los derechos dominicales del objeto producto del contrato). La definición de los costes de transacción ha sido -y sigue siendo- objeto de una variada literatura en cuyo examen no procede entrar ahora. El lector interesado encontrará una buena síntesis en T. EGGERTSSON, *Economic Behavior and Institutions*, Cambridge Un. Press., 1990, reimp. 1992, pp. 13 ss.; y observaciones interesantes en BARZEL, *Economic Analysis*, pp. 2 ss. y D.C. NORTH, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, trad. esp., México 1993; pp. 43 ss.

²⁰ V., no obstante, COASE, *El problema del coste social*, p. 129.

²¹ *Ibid.*, pp. 111 ss.

²² El supuesto se inspira en el de la STS 14-VIII-1982. La diferencia fundamental es que la posición que Ud. ocupa en nuestro ejemplo, la ocupan, en el caso de la sentencia, varios agricultores que se ven perjudicados por las «andanzas» de los conejos y las liebres del coto de caza del vecino. La hipótesis de Coase es muy similar. Es el caso de un ganadero y de un agricultor que poseen fincas colindantes y en el que las vacas del primero con frecuencia traspasan la propiedad del segundo dañando sus cultivos de vaiz (v. COASE, *El problema del coste social*, p. 102)

el mensaje de Coase es que, desde el punto de vista de la eficiencia, lo realmente importante es que el ordenamiento atribuya con claridad el derecho, bien sea a mi favor (derecho a dañar los cultivos suyos) bien sea a su favor (derecho a impedir el daño). En efecto, si la titularidad del derecho en cuestión está determinada de antemano con suficiente precisión (lo que no sucede en nuestro ordenamiento a la vista del arte 1906 CC), Ud. y yo siempre llegaremos a la solución eficiente mediante el intercambio o la negociación. Supongamos, en efecto, que el ordenamiento le atribuye a Ud. el derecho. En ese caso, es obvio que si el beneficio que yo obtengo del hecho de que mis animales crucen en ocasiones la frontera de su propiedad es mayor del coste en que incurre Ud. a consecuencia de la invasión, siempre habría margen para llegar a un acuerdo en virtud del cual yo le compraría su derecho a impedir el daño. Es más, si el derecho es divisible, yo le compraría el derecho a no ser responsable por los daños que le ocasionen los conejos y las liebres justo hasta el punto en que se igualasen mi beneficio marginal (derivado del incremento de mi producción de servicios a costa de incrementar los animales de caza o de la no necesidad de invertir en costosas medidas de seguridad) y su coste marginal (derivado de de la menor producción de legumbres y hortalizas o de la necesidad de invertir en medidas que atenúen los efectos de los animales). Los derechos, en efecto, siempre se desplazarán hacia aquellos usos que resulten más productivos, y ese estado de cosas lo representa el punto de intersección de las curvas de beneficio marginal y de daño marginal. La operación del Teorema de Coase puede representarse en un diagrama muy simple:



PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

La curva y muestra el rendimiento marginal de mi explotación como una función del número de conejos y liebres. La curva tiene pendiente negativa porque cada nuevo conejo o liebre se considera que contribuye menos que el anterior a la generación de mi beneficio. La curva u representa el coste marginal de su industria como una función que depende también del número de animales. Tiene forma ascendente porque el coste crece a medida que se incrementa el número de animales, ya que se parte del presupuesto de que cada animal adicional representa un mayor peligro de caza para sus hortalizas y legumbres²³. Considerando que las medidas de seguridad no están justificadas en términos de costes (sería preciso vallar una finca enorme y, en su caso, construir muros subterráneos que bloqueasen el acceso a su explotación), podemos pensar que la única manera de modificar el volumen de sus daños es modificando el número de animales. Pues bien, en esa hipótesis, si no hay costes de transacción, el número de animales de mi explotación será siempre n , y ello con independencia –como decíamos– de que yo deba responder o deje de responder por los destrozos y las perturbaciones que le ocasionan a Ud. los conejos y las liebres. A la izquierda de n , yo puedo incrementar mi beneficio mediante el incremento del número de animales más que se incrementan sus costes, de manera que llegaré hasta ese punto n bien sea en ejercicio de mi derecho, bien sea comprándoselo a Ud. A la derecha de n , donde la reducción de animales que le infringe a Ud. más costes de los beneficios que me reporta a mí, tampoco hay equilibrio, puesto que si el derecho está atribuido a mi favor, Ud. me pagará para que reduzca el número de animales y si el derecho lo ostenta Ud. me impedirá que los aumente. El número de animales –es decir, el volumen de mi actividad– será en todo caso independiente de la titularidad de los derechos; lo único que será preciso es que ésta esté bien definida a fin de pueda operar el intercambio²⁴. Dicho de otra manera: supuesto que los derechos están claramente atribuidos, la producción de servicios de cacería y la producción de hortalizas y legumbres se combinarán u organizarán a través del mercado de la misma manera que las combinaríamos u organizaríamos

²³ El incremento del número de animales determina, en efecto, un incremento de la probabilidad de que invadan su finca.

²⁴ Esta ilustración del Teorema de Coase está generalizada: v., por ej., R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 4ªed., Boston-Toronto-London 1992, pp. 52-53 o, entre los filósofos COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, pp. 76 ss.

Ud. o yo si ambas explotaciones fuesen íntegramente tuyas o íntegramente mías²⁵.

El Teorema de Coase surge para ofrecer una nueva explicación de las externalidades. La economía del bienestar tradicional venía estimando que el daño que yo le ocasiono a Ud. con las escapadas inevitables de los conejos y liebres inherente al ejercicio de mi industria constituye una diseconomía externa, es decir un coste de mi actividad que, al trasladar sobre Ud., yo no soporto. En estos casos –se pensaba– se produce una ineficiencia, porque yo sobreproduzco (produzco más de lo que está justificado en términos de costes sociales) y Ud. infraproduce (produce menos de lo que exigen los costes sociales). El mercado no está ajustado. El problema estriba –dirá Pigou– en que existe una divergencia entre el coste privado y el coste social que es preciso subsanar²⁶. El remedio lo veía Pigou en la intervención del Estado. Entre otras medidas proponía que se me declarase objetivamente responsable o que se impusiese sobre mi producción un tributo igual al coste marginal ocasionado por los animales o, lo que es lo mismo, un impuesto equiva-

²⁵ Esta es la célebre reformulación stigleriana del Teorema de Coase: las negociaciones en el mercado entre empresas producen el mismo resultado que la gestión interna de la empresa, sea cual sea la estructura de los derechos, siempre y cuando los costes de transacción sean despreciables (v. G. STIGLER, *Theory of Price*, 3ª ed., New York 1966, p. 113).

²⁶ Para quienes no están familiarizados con la terminología, conviene recordar que los «costes privados» de una actividad son los que recaen sobre los agentes particulares que la explotan y los «costes sociales», los que recaen sobre los agentes particulares y sobre el resto de la sociedad. Justamente a la diferencia entre coste privado y coste social llamaba Pigou externalidad, coste externo o diseconomía externa (de la misma manera que llamaba externalidad positiva, beneficio externo o economía externa a la diferencia entre el beneficio social y el beneficio privado). Cada individuo toma sus decisiones sobre la base de los costes y beneficios privados que se siguen de su acción, es decir; los costes y beneficios que le afectan a él y no a la sociedad. No obstante, la eficiencia –la asignación óptima de los recursos sociales– sólo se produce si todas y cada de las actividades de la sociedad alcanzan el nivel en que el beneficio marginal social se iguala al coste marginal social. De ahí que Pigou concluyera que cuando los costes privados y sociales, o los beneficios sociales y privados, fueran distintos, la toma de decisiones por los agentes privados a través del mercado lleva a una mala asignación de recursos. Las tesis clásicas de Pigou se desarrollan en su libro *Wealth and Welfare* (1912) y, sobre todo, *Economics of Welfare* (1920). En nuestra lengua es accesible la exposición sintética que ofrece en A.A. PIGOU, *Introducción a la Economía*, trad. esp., Barcelona 1974, pp. 106 ss.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

lente a la divergencia entre los costes marginales sociales y privados. De esta manera, la externalidad quedaría internalizada y el sistema recuperaría la eficiencia²⁷. La gran intuición de Coase fue percatarse de que la externalidad es un problema recíproco. En efecto, si yo tengo animales para la caza, yo le daño a Ud.; pero la inversa es igualmente cierta: si Ud. me impide tener los animales para la caza, Ud. me daña a mí²⁸. La externalidad es bidireccional²⁹. Por tanto, la cuestión para Coase no consiste en determinar qué actividad causa la externalidad, sino en saber cuál es la estructura del derecho. Las relaciones no-recíprocas sólo podemos concebirlas si la titularidad de los derechos no está determinada, pues -como se ha dicho con acierto- «solo una vez que sabemos a quien está atribuido el derecho podemos saber quien causa el daño a quién»³⁰. Antes, ni siquiera en el orden moral, podemos saberlo³¹. De ahí que Coase estimase que la existencia de externalidades no daba lugar a una mala asignación de recursos siempre y cuando Ud. y yo pudiésemos contratar, para lo cual la primera condición indispensable es que el sistema jurídico atribuya titularidades sobre los derechos. De esta manera se constituye el mercado. Desde el punto de vista que aquí nos interesa destacar es cierto que de ello no se desprende una directiva clara para el juez que se enfrenta a la necesidad de decidir a qué parte -a Ud. o a mí- atribuye el derecho, pero -como veremos más tarde- se da un primer paso en la dirección correcta. La segunda condición indispensable para asegurar el resultado eficiente es que no haya costes de transacción, es decir, que el mercado constituido con la

²⁷ Para el detalle, remitimos a la exposición de COASE, *El problema del coste social*, pp. 145 ss.

²⁸ *Ibid*, p.100.

²⁹ Más tarde se mostraría, partiendo del estudio de Coase, que, además de los costes administrativos, la solución de Pigou ni siquiera era eficiente: Un impuesto unilateral sobre mi producción de animales (que iguala mis costes al coste social) no desemboca en una asignación óptima de recursos, porque para eso es también necesario que cambie la actitud del agricultor de al lado: v. J.M. BUCHANAN y W.C. STUBBLEDINE, «La exterioridad» en K.J. ARROW y T. SCITOVSKY (eds.), *La economía del bienestar*, trad. Esp., México 1974, I, pp. 252 ss.

³⁰ COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, p.80.

³¹ Puedo pensar que la víctima de un accidente tiene alguna clase de pretensión moral a la indemnización de los danos sufridos, aunque el daño no haya sido causado negligentemente. Pero también hemos de admitir que el agente también tiene un derecho a no ser obstaculizado en el desarrollo de sus actividades haciéndolo responsable de los accidentes que no ha podido prevenir a un coste razonable.

la atribución privada de derechos funciones sin fricciones. De este extremo nos ocupamos en el apartado que se abre a continuación.

2. Muy distinto del problema de la titularidad e los derechos es el problema de la *protección de los derechos*, en tomo a los cuales identificamos una nueva y menos conocida estructura de casos difíciles. En estos supuestos no se presenta un problema de atribución del derecho, cuya titularidad suponemos que está claramente definida de antemano, sino un problema de protección. El juez no tiene que determinar a qué parte atribuye el derecho, sino establecer cómo protege el derecho en manos de la parte que lo tiene atribuido. Un ejemplo nos ayudará una vez más a reconocer la naturaleza del problema. Volvamos al caso anterior de las fincas contiguas e imaginemos ahora que yo edifico una casa en la linde, y que por un error de cálculo la edificación invade algunos metros de su propiedad. En virtud de la acción negatoria que le confiere su derecho de propiedad sobre el inmueble Ud. solicita del juez que me condene a demoler la parte de construcción extralimitada. ¿Qué ha de hacer nuestro juez prospectivo ante este nuevo caso difícil que se le presenta? La respuesta no es fácil de establecer desde una perspectiva *ex ante*. Desde una perspectiva *ex post* y haciendo gala de un enfoque claramente condicionado por la justicia distributiva, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo viene sosteniendo que en casos de esta naturaleza ha de alterarse la protección típica del derecho de dominio –la protección real- y sustituirse por una protección simplemente indemnizatoria. De acuerdo con esta solución, la parte del terreno que ha sido invalidada por la edificación resultaría transferida forzosamente a mi favor (sería una suerte de expropiación por razones de utilidad privada que se viste bajo el extraño nombre de «accesión invertida») y a Ud., a cambio del derecho de propiedad que es privado, se le ofrecería una compensación adecuada, cuyo importe se calcula en función del valor de mercado del terreno³². ¿Es la misma respuesta

³²V., por ej., la reciente STS II-VI-1993 (La Ley 7-X-93, p. 7). La razón que mueve a nuestros tribunales a este tipo de soluciones es, como decíamos, básicamente redistributiva. En el fondo -según creemos percibir- se considera poco equitativo que el dueño del terreno invadido pueda beneficiarse de la invasión, y por ello se le niega el ejercicio de la acción negatoria, que, en la medida en que le autorizaría a demoler la construcción extralimitada, le otorgaría una posición de fuerza desde la que podría extraer del dueño del edificio una cantidad casi equivalente al valor de la construcción. Nuestros tribunales, en una palabra, tratan de evitar el *hold up* o extorsión del monopolista.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

que debe darse desde la óptica prospectiva que aquí se propugna? *Prima facie* el interrogante parece que habría de contestarse negativamente, y ello porque una norma de esa naturaleza incentiva comportamientos ineficientes: de lado del inversor, invasiones invasiones in consentidas y conductas negligentes y, del lado del invadido, medidas de vigilancia, iniciación de litigios, etc., cosas todas ellas que representan costes y, por tanto, despilfarro y dispendio de recursos. Hay sin embargo otras razones, igualmente fundadas en el principio de eficiencia, que tal vez pueden justificar la doctrina de la «accesión invertida». Para apercibirnos de ello hemos de volver al Teorema de Coase. El punto de partida es claro: el principio de eficiencia reclama que el trozo invadido de su terreno vaya a parar a mis manos, puesto que su valor para mí (que he invertido en él muchos recursos) es normalmente –y salvo supuestos excepcionales en que se dispara el *pretium affectionis*– mucho mayor que para Ud. Es cierto, sin embargo, que esta circunstancia, por sí sola, no autoriza a alterar la protección de los derechos, ya que el mercado puede garantizar el mismo resultado. No es otra cosa lo que postula el Teorema de Coase: la eficiencia es independiente de la estructura del derecho. En efecto, aunque el derecho le atribuya a Ud. la propiedad del terreno si yo lo valoro más que Ud., necesariamente tendremos que llegar a un acuerdo en virtud del cual Ud. me lo venderá voluntariamente. Dado que el derecho está claramente atribuido (suponemos que nadie duda que Ud. es el propietario de su finca y, por tanto, también de la zona invadida), el único problema que podría obstar el intercambio voluntario es la existencia de costes de transacción que retarden o impidan el funcionamiento del mercado. Y aquí es donde está el problema. Coase probablemente sostendría que en el caso que examinamos no existen costes de transacción significativos, ya que Ud. y yo somos vecinos y podemos en cualquier momento sentarnos a negociar. Coase, por tanto, probablemente no justificaría nunca la intervención ablativa del juez³³. Hay razones, sin embargo, que permiten abrigar muy fundadas dudas sobre una postura tan optimista. En los casos de monopolio bilateral, en efecto, los costes de cooperación son muy elevados³⁴. A este

³³ Cfr. COASE, *The Firm, the Market and the Law*, pp. 159-163.

³⁴ De hecho, ciertas formulaciones actuales del teorema de Coase ya no se basen sólo en la ausencia de costes de transacción, sino también en la ausencia de costes de cooperación. Es ilustrativa, por ejemplo, la que ofrece un reciente manual de filosofía del derecho: «When transactions are costless and individuals act

respecto hemos de tener en cuenta que los intercambios (como todos los juegos de suma positiva) sólo son productivos (eficientes) si finalmente logran ser redistributivos. Enseguida me explico. Imaginemos que Ud. valora la porción invadida de su terreno en 100 y que yo lo valoro en 1.000, pues de él depende la subsistencia de la edificación que he levantado. El intercambio genera pues un *sur plus* o excedente enorme y, en definitiva, incrementa el valor agregado del bienestar social en 900. Por lo tanto, el intercambio es altamente eficiente. Ahora bien, el intercambio tiene una doble dimensión: por un lado, es un juego redistributivo (pues tiene que repartir esos 900 entre Ud. y yo) y, por otro, es un juego productivo o eficiente (porque genera un excedente de 900³⁵). El *quid* de la cuestión estriba, sin embargo, en que sólo será productivo si Ud. y yo nos ponemos de acuerdo para repartir el excedente, es decir, si finalmente logra también ser redistributivo. La eficiencia se halla amenazada por la dificultad o imposibilidad de repartir los frutos de la cooperación. Naturalmente Ud. tenderá a desarrollar una estrategia encaminada a llevarse todo el *surplus* (y a pedirme un precio cercano a 1000) y yo trataré de no darle más del precio competitivo (un poco más de 100). Dadas estas posiciones de juego, es muy probable que las negociaciones se alarguen y que, por el camino, se vaya disipando una buena parte del fruto que podríamos obtener. Las conductas estratégicas pueden viciar el intercambio, hacer fallar el mercado y, por consiguiente, amenazar la eficiencia³⁶. Si esto es así, la eficiencia debe

cooperatively, any assignment of legal rights will be efficient» (J.G. MURPHY y J.L. COLEMAN, *Phylosophy of Law. An Introduccion to Jurisprudence*, San Francisco-London 2ª ed. 1990, p. 192). Aun estando de acuerdo con el planteamiento, considero sin embargo que no. procede la distinción: los costes de cooperación debidos a las conductas estratégicas de los jugadores son costes de transacción.

³⁵ Produce valor o riqueza por valor de 900, puesto que donde antes había 100 (la finca en sus manos vale 100) después habrá 1000 (la finca en mis manos vale 1000).

³⁶ Esta objeción fue primeramente formulada por P.A. SAMUELSON, «Modern Economic Realities and Individualism», *The Texas Quaterly* 1963, p. 128; pero los trabajos fundamentales se deben a D.R. REGAN, «The Problem of Social Cost Revisited», *J. Law & Econ.* 15 (1972), pp. 427 ss. ya R. COOTER, «The Cost of Coase», *J. Legal Stud.* 11 (1982), pp. 1 ss., esp. pp. 14 ss.; abreviadamente en «The Coase Theorem» en J. EATWELL, M. MULGATE Y P. NEWMAN (eds.), *Allocation, Information, and Markets* (The New Palgrave), New-York-London 1989, pp. 64 ss; v. tambien C. G. VELJANOVSKI, «The Coase Theorems and the Economic Theory of Markets and Law», *Kyklos* (Internationale Zeitschrift für Sozialwissenschaften) 35 (1982), pp. 53 ss, esp. 58 ss. A ellos me remito para un desarrollo detallado que aquí no puede ser emprendido.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

ser recompuesta por el derecho y, bajo esa óptica, probablemente pueda justificarse la alteración de la protección del derecho de propiedad que nuestros Tribunales vienen haciendo en los casos de «accesión invertida»³⁷. El intercambio eficiente que el mercado ponía en entredicho es asegurado por el ordenamiento jurídico al darme a mí por un precio objetivo de mercado lo que es suyo. Obsérvese que en estos supuestos -y en general, en todos los que se detecta un monopolio bilateral- los aspectos redistributivos y asignativos (o de eficiencia) están encadenados y que por ello no debe extrañar que coincidan las soluciones que se propugnan desde perspectivas antagónicas. Las perspectivas *ex ante* y *ex post* se encuentran³⁸.

³⁷ Como recordábamos antes, Coase no suscribe esta conclusión, por suponer que «la proporción de casos en que no se conseguirá el acuerdo será pequeña» (COASE, *The Firm, the market and the Law*, p. 161). Pero su contestación a la objeción de Samuelson no es convincente. El hecho de que el juez le conceda a Ud. la acción negatoria y le autorice a demoler la construcción ilimitada ciertamente no significará, en la normalidad de los casos, que la construcción se tire abajo, puesto que las partes muy probablemente llegarán a un acuerdo *ex post*. En esto podemos convenir con Coase. Pero ello no significa que se logre la solución eficiente, y ello porque en cualquier caso hay un coste social real asociado a la negatoria. Como se ha señalado en un contexto similar, «[t]he injunction creates a large 'prize' for the parties to fight over and the resources expended in pursuit of that prize are wasted. The greater the size of the prize, the greater the amount, of resources wasted in what economists call 'rent-seeking' activity» (V. P. GOLDBERG, «Relational Exchange, Contract Law, and the Boomer Problem», en V.P. GOLDBERG (ed.), *Readings in the Economics of Contract Law*, Cambridge 1989, p. 70). En realidad Coase y la interpretación convencional de su teorema se ubican en la teoría microeconómica tradicional y no en la teoría de los juegos (v., por ej., VELJANOVSKY, *Kyklos* 35 (1982), pp. 61-62). En ambos escenarios, es cierto, los agentes se suponen maximizadores racionales de sus utilidades esperadas, pero hay diferencias notables. El modelo de la microeconomía es el modelo del mercado, en el que los individuos no toman parte en la determinación de las condiciones de los contratos que suscriben, pues se supone que son *price-takers*; ellos sólo seleccionan un contrato entre una gama de posibilidades que han sido preconfiguradas por las fuerzas impersonales del mercado. En cambio, el modelo de la teoría de los juegos es el modelo de la negociación, de la interacción e interdependencia entre agentes racionales. Lo que Ud. espera que le ofrezca yo para comprarle el trozo de tierra que he invadido con mi construcción depende en parte de lo que yo espero que Ud. aceptará y así sucesivamente. La teoría de los juegos habla de estrategias interdependientes más que de elecciones hechas frente a un *background* fijo. Este es un aspecto cada vez más generalizado.

³⁸ Es cierto que desde una óptica exclusivamente *ex ante* la alteración de la protección que lleva anexa la «accesión invertida» podría objetarse aduciendo que incentiva

El modelo teórico y argumentativo que permite racionalizar este tipo de soluciones -muy abundantes en la experiencia jurídica³⁹- ha sido elaborado por Calabresi y Melamed en un trabajo histórico, cuyo mérito radica en haber identificado la lógica económica de tres formas paradigmáticas de protección de los derechos subjetivos: la regla de propiedad, la regla de responsabilidad y la regla de inalienabilidad⁴⁰. El resultado es una delimitación conceptual muy abstracta y, por tanto, dotada de un enorme poder analítico. La *regla de la propiedad* se define por su congruencia con el proceso de asignación del mercado y, en consecuencia, prescribe que la obtención o invasión de un derecho ajeno sólo puede realizarse en el marco de una transacción voluntaria, en la que es necesario avenirse al precio y condiciones que fije el titular del derecho. La *regla de la responsabilidad* es una regla de intervención que entra en acción cuando el mercado falla. Lo específico de su forma de tutela es que no autoriza al titular a vetar la invasión u obtención del derecho por parte de un tercero. Éstas pueden tener lugar de forma incontestada y en condiciones, incluida la relativa al precio, que son fijadas por un tercero (generalmente por el juez). La *regla de la inalienabilidad* es una regla de intervención máxima. El ordenamiento

comportamientos ineficientes. En efecto, yo -si sé que solamente tendré que pagarle la compensación que fije el juez por invadir su terreno- podré verme tentado a no negociar *ex ante* con Ud., es decir, a practicar una política de hechos consumados en lugar de tratar de llegar a un acuerdo con Ud. antes de comenzar la construcción. Bajo esta perspectiva, la regla de la adquisición invertida podría conducir a sacrificar las considerables ventajas que tienen los precios determinados en el mercado para guiar la asignación de recursos (objeciones de este tipo han sido suscitadas por GOLDBERG, *Economics of Contract Law*, pp. 70-71). No obstante, estos problemas se obvian en buena medida exigiendo -como correctamente viene exigiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo- la buena fe del invasor (y del invadido). La medida, ciertamente no es perfecta, dadas las dificultades probatorias de la mala fe, y por eso tal vez fuese oportuna complementarla -como ha hecho el legislador italiano- con la cautela del «doble precio». La compensación a pagar por el invasor se calcula doblando los valores de mercado (v. art. 938 *Codice Civile*). En ese caso, la posibilidad de incentivos perversos sería más remota.

³⁹ En nuestra jurisprudencia hay muchos otros casos difíciles que muestran la misma estructura y que son objeto de soluciones similares (al amparo generalmente de la cláusula de abuso del derecho [v. art. 7 CC] y no faltan tampoco normas jurídicas que obedecen a una lógica similar: v., por ej., arts. 569, 612, 564 CC, etc. (para un análisis del art. 564 CC desde la óptica económica, v. PAZ-ARES, ADC 1981, pp. 638- 639). V. también *infra* S 4.4.

⁴⁰ V. G. CALABRESI y A.D. MELAMED, «Property Rules, Liability Rules and Inalienability Rules. One View of the Cathedral», *Harv. L. Rev.* 85 (1972), pp. 1089 ss.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

prohíbe la invasión u obtención del derecho aunque sea consentida por su titular⁴¹. Cada una de las reglas es, como se aprecia a simple vista, muy distinta de las demás, pero sus finalidades son complementarias. No es de extrañar por ello que la mayoría de los derechos sean de carácter mixto y, por ende, susceptible de la triple protección que dispensan las tres reglas. Su finca está protegida por una regla de propiedad cuando yo pretendo adquirirla o me empeño en entrar en ella, pero, en cambio, estará protegida por una regla de responsabilidad cuando el Ayuntamiento se proponga expropiarla, cuando un tercero se la haya destruido a causa de un accidente o cuando yo la haya invadido con una construcción extralimitada; y, en fin, estará protegida por una regla de inalienabilidad cuando Ud. mismo, el propietario, quiera venderla en estado de embriaguez, sea víctima de una grave maquinación engañosa o haya sido declarado en quiebra. Desde el punto de vista normativo de la eficiencia, que es el que aquí importa subrayar, lo procedente es seleccionar la reglas de protección de un derecho a la vista de cómo funciona el mercado. En este aspecto, la regla de propiedad debe operar cuando los costes de transacción que obstaculizan el proceso de asignación del mercado no sean elevados. En ese caso, los resultados óptimos se logran confiando a las partes que arreglen sus intereses y valoren sus derechos. La regla de responsabilidad entra en acción cuando los costes de transacción son tan elevados que la asignación eficiente de recursos no puede confiarse al mercado. Entonces es preciso sustituir el precio o las condiciones que marca un mercado distorsionado -o que simplemente no marca, dada su imposibilidad de funcionar- por el precio y las condiciones que heterónomamente fije el ordenamiento jurídico o el juez. Sólo así, en efecto, puede garantizarse el éxito de un intercambio socialmente eficiente. Esto es justamente lo que sucedía con nuestro caso de la «accesión invertida», en el que la utilidad de alguien -mi utilidad como constructor extralimitado- dependía de un recurso cuyo precio resultaba muy difícil establecer en el mercado y esa circunstancia desbarataba la posibilidad de un acuerdo mutuamente ventajoso⁴². La regla de la inalienabilidad tiene una lógica muy peculiar, pero también puede explicarse desde la perspectiva de la eficiencia⁴³.

⁴¹ *Ibid*, pp. 1092-1093.

⁴² *Ibid*, pp. 1106 ss.

⁴³ *Ibid*, pp. 1111 ss.

Veamos este último extremo con un ejemplo que extraigo de una fenomenología tan conocida en la experiencia cotidiana como poco tratada por nuestros estudiosos del derecho de las obligaciones. Imaginemos que Ud. me ofrece la dirección de su defensa jurídica en un pleito de derecho marítimo y llegamos a un acuerdo sobre las condiciones del contrato y, en especial, sobre el importe de mis honorarios. Supongamos también que en el curso del pleito advierto ciertas dificultades de las que no me había percatado a su debido tiempo (probablemente a causa de mi escaso conocimiento del derecho del mar) y le propongo que reajustemos al alza el precio de mis servicios, a 10 que Ud. se aviene a regañadientes, pero voluntariamente. Terminado el encargo Ud. se muestra remiso a satisfacerme los honorarios pactados y por ello le demando ante los Tribunales. Durante la contienda se ponen de manifiesto las circunstancias del caso y nuestro juez se ve en la tesitura de decidir si le condena a Ud. a pagarme los honorarios inicialmente pactados o los fijados mediante la novación del contrato. Bajo la óptica- distributiva tradicional, es muy probable que el juez, considerando el notable esfuerzo que realmente he debido realizar para estudiar derecho marítimo, se atenga a lo pactado y le condene a Ud. pagar el precio final (v. arts. 1091 y 1203 1º CC). La cuestión es: ¿Adoptaría nuestro juez prospectivo la misma actitud? La respuesta es dudosa. Desde el punto de vista de la eficiencia estática puede pensarse que las novaciones o modificaciones contractuales sobrevenidas han de ser cumplidas a rajatabla, ya que las partes han percibido la posibilidad de obtener ganancias mutuas de la recontractación que, en ese momento, no podían ser plenamente realizadas mediante una estrategia alternativa. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia dinámica, que se fija en los incentivos que establecen las reglas para el tráfico futuro, la lección que ha de extraerse parece ser muy distinta. Desde una perspectiva ex ante, en efecto, una regla que autorice incondicionalmente las modificaciones contractuales, en la medida en que crea incentivos para comportamientos oportunistas, puede incrementar notablemente los costes de la contratación⁴⁴. La razón se comprende sin esfuerzo si

⁴⁴ En esta compleja materia resulta de enorme interés el planteamiento que realizan V.A. AIVAZIAN, M. J. TREBILCOCK y M. PENNY, «The Law of Contract Modifications: the Uncertain Quest for a Benchmark of Enforceability», en GOLDBERG, *Economics of Contract Law*, pp. 201 ss. (el trabajo apareció inicialmente en el *Osgoode Hall Law Journal* 22 (1984), pp. 173 ss.; para una síntesis v. M.J. TREBILCOCK, *The Limits of Freedom of Contract*, Harv. Univ. Press. 1993, pp. 1.68 ss.).

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

tenemos en cuenta que a Ud., una vez que ha puesto el pleito en mis manos, la sola posibilidad de que yo me retire o de que preste menos atención a sus intereses puede «aterrorizarle» y, por ello, tenderá a avenirse a los reajustes al alza que yo le proponga, incluso aunque yo no le haya amenazado explícitamente con abandonar o despreocuparme del asunto⁴⁵. La renegociación de las condiciones originales se plantea como un *hold-up game*⁴⁶. El problema radica, una vez más, en el monopolio bilateral. El fallo de mercado que ocasiona es justamente lo que obliga al juez a someter a control las modificaciones sobrevenidas de los contratos con prestaciones idiosincráticas, pues de lo contrario es muy probable que una parte pueda usar su posición de fuerza para «extorsionar» abierta o veladamente a la otra y, por tanto, para hacer ineficiente el intercambio⁴⁷. La ineficiencia se comprueba en nuestro

⁴⁵ El problema se advierte frecuentemente en lo que los economistas denominan «contratos idiosincráticos». El contrato de obra es un buen ejemplo de la categoría y se presta especialmente a ser escenario de conductas estratégicas, puesto que el *dominus* tiene escasas alternativas de salir bienparado si no acepta las subidas de precios que, so pretexto de un error en la confección del presupuesto o de la aparición de circunstancias imprevistas -pero previsibles *ex ante*- suelen reclamar los contratistas. Lo mismo puede decirse de todos los contratos en que una parte ha hecho «inversiones específicas», que no puede recuperar si resuelve el contrato (para el examen del carácter crucial que tiene la especificidad de los activos para el entendimiento de las relaciones contractuales y de las organizaciones v. O.E. WILLIAMSON, *Instituciones de la economía capitalista*, trad. esp., México 1989, *passim*, esp. pp. 62 ss.).

⁴⁶ La expresión procede de Corbin, un tratadista tradicional del derecho de los contratos; el «juego del atraco» ha sido recientemente modelizado por D.A. GRAHAM Y E.R. PEIRCE, «Contract Modification: An Economic Analysis of the Hold-Up Game», *Law & Contemporary Problems* 52 (1989), pp. 9 ss., esp. 22 ss.

⁴⁷ Recuérdese que el monopolio bilateral -que en estos casos viene dado por los elevados costes de cambiar de contraparte- coarta nuestras posibilidades de acudir al mercado para poner remedio a la situación (sobre esta problemática v. V. KLEMPERER, «Markets with Consumer Switching Costs», *Q. J. Econ.*, 102 (1987), pp. 375 ss.). La razón reside en la inexistencia en el mercado de bienes sustitutivos del tipo de servicios que son objeto de mi prestación. Cualquier otro abogado que Ud. pueda contratar no me puede sustituir perfectamente a mí, dado que no conoce el asunto, no está familiarizado con el círculo de los afectados, etc. Hacerlo le llevaría tiempo («el tiempo es oro»), y justamente es tiempo lo que Ud. más necesita (o lo que Ud. no quiere pagar de nuevo). El problema, como es natural, no se plantea en un contrato de compraventa de un producto standard. Si el vendedor le exige una subida de precio y Ud. consiente la modificación, quedará obligado. Al existir en el mercado bienes perfectamente sustitutivos, no hay posibilidad de conductas oportunistas. De lo que se trata, por tanto, es de proteger al que ha quedado

caso comparando la situación *ex ante* y la situación *ex post* y constatando que el precio que Ud. voluntariamente ha consentido después (en el momento de la novación) no lo habría consentido antes (en el momento de la contratación inicial). El juez, por consiguiente, debe afinar los instrumentos de que dispone para evitar esta clase de ineficiencias. La regla que tendría que dictar podría formularse del siguiente modo: las modificaciones contractuales realizadas a favor de una parte se reputarán inválidas si no obedecen a una modificación de las condiciones económicas subyacentes al contrato que existían en el momento de contratar. El resto de las modificaciones sobrevenidas -es decir, aquellas que se fundan sobre una razón objetiva- podrán reputarse válidas⁴⁸. La primera parte de la regla no ofrece dudas. Si las modificaciones aparecen pura y simplemente como consecuencia de cambios en las circunstancias estratégicas de las partes, el principio de eficiencia exige -en un contexto en que haya costes de transacción (monopolio bilateral)- que se declaren nulas⁴⁹. La segunda parte de la regla puede ser

encerrado, al que el mercado -una vez que se ha cesado la competencia- ya no puede proteger. El paso de un mercado con muchos proveedores que pueden prestar el servicio (antes de contratar) a un mercado en el que un proveedor tiene una ventaja significativa sobre los demás los que Williamson denomina «la transformación fundamental» (V. WILLIAMSON, *Instituciones*, pp. 70-72). El origen de la transformación se halla -como decíamos- en la inversión en activos específicos de la relación entre el proveedor y el consumidor, que puede disiparse en caso que se cambie de proveedor.

⁴⁸ Esta es la solución que, en síntesis extrema, ofrece R. A. POSNER, «Gratuitous Promises in Economics and Law», *J. Legal Stud.* 6 (1977), pp. 411 ss.

⁴⁹ Es cierto que frente a este planteamiento siempre podría argüirse que los contratantes racionales anticipan en el momento de contratar los costes de oportunismo asociados al futuro monopolio bilateral y que, por consiguiente, las modificaciones sobrevenidas están reflejadas en los precios de equilibrio. El tema es bien conocido en la teoría de la agencia (v., por todos, M. JENSEN y W. MECKLING, «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs, and Ownership Structure», *J. Fin. Econ.* 3 (1976), pp. 305 ss.) y ha sido objeto de múltiples aplicaciones, destacando por ejemplo las relativas a los contratos de auditoría (v., por ej., L.E. DE ANGELO, «Auditor Independence, Low Balling and Disclosure Regulation», *J. Acct. Econ.*, 3 (1981), pp. 113 ss.). Escribe, por ejemplo, Linda De Angelo: «The specialized nature of these shared assets implies that the future relationship between client and incumbent auditor is a bilateral monopoly. Each party can impose real costs on the other by termination; each can potentially gain, therefore, from the threat of termination. Clients can potentially gain concessions such as selective disclosure. Auditors can potentially raise audit fees. *Rational clients and auditors anticipate the future bilateral monopoly when contracting for initial audit engagements and*

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

más discutible. Al fin y al cabo, siempre podría argüirse que el hecho de que hayan cambiado las circunstancias y una parte se vea negativamente afectada por ellas (v.gr.: dificultades financieras, incremento del precio de los *inputs*, etc.) no le autoriza a utilizar su poder monopolístico para imponer a la contraparte una renegociación a la baja de las condiciones originales. Desde este punto de vista, otorgar validez a tales modificaciones puede resultar contraproducente a causa de los problemas asociados al llamado «riesgo moral». En efecto, si se permite que por medio de modificaciones sobrevenidas se reasigne el riesgo desde quien *ex ante* estaba en mejores condiciones de soportarlo a quien estaba en peores condiciones, se atenúan los incentivos para adoptar medidas eficientes (es decir, justificadas en términos de costes) para combatirlo o asegurarlo y, por tanto, se generan ineficiencias dentro del sistema⁵⁰. El problema, como se ve, es muy complejo. Entendemos no obstante que, con carácter general, los efectos perversos que eventualmente pueda acarrear la validez de tales modificaciones probablemente se ven compensados por los efectos positivos que, sin duda alguna, también tienen. Me refiero básicamente al hecho de que así no se precluye la posibilidad de que se lleven a cabo negociaciones mutuamente ventajosas⁵¹. Desde

their expectations are reflected in the equilibrium fee structure» (ibi, p. 118). No obstante -y éste es el aspecto que interesa ahora subrayar-, se admite la posibilidad de que puedan existir infracciones contractuales -oportunistas- no anticipadas cuando la información es costosa. Los casos que suelen ponerse de ejemplo en materia de auditores son todos ellos similares al que hemos empleado para ilustrar el problema: «For example, auditor may promise a given fee structure, and then opportunistically renege, perhaps claiming 'cost overruns'. It is, of course, costly for clients to determine whether costs have actually increased or whether the auditor is 'gouging' him. On the other hand, clients may initially promise to retain the auditor, encouraging him to bear some of the start-up costs, and then opportunistically terminate him to take advantage of unanticipated future events. This behaviour occurs when it is costly for outsiders to determine (and perhaps verify) that the auditor was fired opportunistically rather than for cause. Potential cost to loss of reputation (e.g., clients who are shown to 'cheat' auditors must pay higher audit fees, auditors who are shown to 'cheat' clients may lose other clients) govern the extent to which opportunism will occur» (DE ANGELO, *ibi* p. 118, nt. 11).

⁵⁰ Cfr. AIVAZIAN/TREBILCOK/PENNY, *Law of contract modifications*, pp. 203-207.

⁵¹ Téngase en cuenta que una regla general de invalidez de las modificaciones contractuales realizadas a favor de una parte en situaciones de monopolio bilateral incrementa notablemente el riesgo real del incumplimiento. Por lo tanto puede ser una regla ineficiente ya que impide a la parte que trata de favorecer aceptar una rebaja de las condiciones originarias a cambio de un incumplimiento más que

el punto de vista jurídico, nuestro juez prospectivo no tendría dificultad en construir la regla anterior, insertarla en los intersticios de nuestro ordenamiento y aplicarla a nuestro contrato de servicios dejando sin vigor el aumento de los honorarios pactado⁵². El resultado sería –y éste es el punto al que queríamos llegar- la consagración de una nueva *regla de inalienabilidad*. Al fin y al cabo, el objetivo que se persigue con ella es prohibirle a Ud. la posibilidad de enajenar los derechos que le otorga el contrato original⁵³.

probable que le ocasionaría más daños. Esta parece ser también la conclusión de GRAHAM/PEIRCE, *Law & Contemporary Problems* 52 (1989), p. 32. El criterio podría afinarse más y establecerse en los siguientes términos: 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 ambas partes ex ante y que, por consiguiente, habrían sido adoptados en el contrato original si se hubiese previsto la contingencia.

⁵² Las posibilidades que se le abren a nuestro juez para elaborar la regla son varias. En primer lugar podría recurrir a la doctrina de los vicios del consentimiento, aunque probablemente acabaría desechándola. En este sentido es de observar que los supuestos que examinamos normalmente no tienen encaje en la norma de la intimidación (art. 1267 II CC); y tampoco parece que puedan acomodarse en la norma del dolo (art. 1269 CC), aunque su mayor elasticidad (al menos en la interpretación que viene haciendo la jurisprudencia) no permite descartarlo totalmente (para una visión amplia del dolo v., por todos, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid 1971, pp. 152-153). Más atractivo parece el recurso a la doctrina de la causa. El precepto del que podría echarse mano es el art. 1274 CC. La argumentación que podría urdirse sería de la siguiente guisa: dado que la modificación contractual sobrevenida constituye un nuevo contrato, su validez -como la del contrato primitivo- depende de la existencia de una causa que justifique la promesa de una nueva prestación (que, en nuestro caso, viene dada por el incremento del precio de mis servicios como abogado respecto del originalmente pactado). Si descartamos la causa gratuita, esa causa sólo puede estar o bien en la modificación sobrevenida de las condiciones económicas subyacentes o bien en la promesa de una nueva prestación recíproca. Por lo tanto, si faltan cualquiera de esas dos condiciones ha, de considerarse que la obligación derivada de la novación es nula. Una tercera vía, conectada con la anterior, podría buscarla el juez a través de las cláusulas generales de la buena fe y de la moral en la contratación (arts. 7, 1258 y 1255 CC). Esta es, muy probablemente, la solución más prometidora desde el punto de vista técnico. Pero de ello no podemos ocuparnos ahora.

⁵³ El lector interesado en la estructura y tipología de la regla de la inalienabilidad -a la que se recurre frecuentemente en el campo del derecho público con fines distributivos- podrá consultar con provecho el magnífico estudio de S. R. ACKERMAN, «Inalienability and the Theory of Property Rights», *Col. L. Rev.* 85 (1985), pp. 931 ss. En nuestra exposición sucesiva nos limitaremos a considerar las reglas de propiedad y responsabilidad.

IV. POSTULADOS NORMATIVOS DEL PRINCIPIO DE EFICIENCIA

Una vez identificada la estructura básica de los casos difíciles e introducidas en la discusión las piezas tal vez más emblemáticas de la teoría económica del derecho, es tiempo de dar un paso más y sistematizar los criterios normativos que se desprenden del principio de eficiencia. De lo que se trata es de formular algunos postulados que puedan servir de orientación a los jueces en la resolución de los casos difíciles y, en definitiva, en la producción del derecho privado. En el desarrollo de esta tarea procuraré atenerme al propósito práctico que inspira el trabajo y por ello seguiré valiéndome de ejemplos en la exposición.

1. El primer postulado de la eficiencia podría formularse así: *en el caso de que los costes de atribución de los derechos sean elevados, el juez -o el ordenamiento- no debe atribuirlos (en exclusiva) a ninguna parte*. La privatización de los recursos es eficiente porque permite internalizar los costes y beneficios asociados a su uso y, de este modo, calcular su explotación óptima. No obstante, cuando los beneficios de la mejor asignación resultan sobrepasados por los costes de determinación y salvaguardia, es claro que el principio de eficiencia -que se preocupa por la maximización de los beneficios y minimización de los costes conjuntos- pide que no se establezcan *property rights*. Es el caso, por ejemplo, de los derechos sobre los recursos pesqueros, al menos mientras que no se creen tecnologías que permitan especificar y vigilar los bancos de pesca y con ello reducir los costes de definición y salvaguardia -los costes de atribución- por debajo de los beneficios que pueden esperarse de la medida, entre los que destaca la exclusión del llamado «efecto esquilmación», un efecto perverso -lo sabemos bien por lo que ha sucedido con las ballenas- asociado a los usos intensivos de los bienes comunes⁵⁴. Hemos dicho que cuando los costes de atribución de

⁵⁴ Dado que el avance tecnológico es la variable fundamental en la generación de nuevos derechos, no es de extrañar que las sociedades primitivas, antiguas y menos desarrolladas tengan un sistema menos extenso de derechos individuales -de *property rights*- que las sociedades modernas y desarrolladas, en los que el progreso técnico ha permitido que se incrementase la ratio de los beneficios sobre sus costes (v., por ej., en la literatura más reciente, el interesante estudio de T.L. ANDERSON y P. J. HILL, «The Race for Property Rights», *J. Law & Econ.* 33 (1990),

los derechos son muy elevados carece de sentido -resulta ineficiente- que el ordenamiento los constituya. Se trata, sin embargo, de un postulado divisible. Es obvio, en este sentido, que en ocasiones, aun cuando pueda resultar ineficiente configurar derechos plenos o estables, puede no serlo configurar derechos limitados, más atenuados o más inestables. Un ejemplo muy simple nos servirá de ilustración. Imaginemos que Ud. da caza a un lobo albino muy codiciado en ciertos círculos, lo aprehende, lo cura y al cabo de unas semanas, para desgracia suya, se le escapa. Supongamos que poco después yo lo capturo en el bosque y que Ud., mi vecino, reconoce la bestia y ante mi negativa a restituírsela, convencido de que ha adquirido la propiedad sobre ella por ocupación (v. arts. 609 I y 610 CC), ejercita frente a mí la correspondiente acción reivindicatoria. Nuestro juez prospectivo no tendría mucho que pensar en este caso, porque el problema está claramente resuelto por el art. 465 CC, del que inequívocamente se deduce que la propiedad de los animales salvajes sólo dura mientras que se hallen «en nuestro poder»⁵⁵. Su demanda sería rechazada. Pero lo que aquí interesa señalar es que, en ausencia de norma, nuestro juez prospectivo se habría hecho, sin duda alguna, la misma composición de lugar que se ha hecho nuestro legislador al dictar el art. 465 CC y, en consecuencia, establecería la misma regla. Pensaría que es necesario distinguir entre animales domésticos y animales salvajes, y que mientras sobre los primeros -como sobre cualquier otra cosa mueble físicamente aprehensible- pueden atribuirse derechos de propiedad estables (al menos mientras conserven el *animus revertendi*), sobre los segundos la concesión de derechos dominicales ha de limitarse al supuesto en que se mate a la

pp. 177 ss.). No es éste momento para detenerse sobre la teoría económica de la emergencia de los *property rights*. El lector interesado dispone de una amplia bibliografía: para una primera aproximación v. S. PEJOVICH, «Towards an Economic Theory of the Creation and Specification of Property rights» en H. G. MANNE (ed.), *The Economics of Legal Relationships*, Sto Paul-New York-Los Angeles-S. Francisco 1975, pp. 37 ss [originariamente publicado en la *Review of Social Economy* 30 (1972), 3]; v. también la literatura citada *supra* nt. 14; entre las obras más recientes cabe citar los estudios de E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Chicago 1990; BARZEL, *Economic Analysis*, *passim*, esp., pp. 62 ss.; y G.D. LIBECAP, *Contracting for Property Rights*, Cambridge Univ. Press., 1989, reimp. 1993.

⁵⁵ Sobre la problemática v. el exhaustivo estudio de F. PANTALEÓN, *Comentarios al Código Civil* [dirigidos por M. Albaladejo], VII-I, Madrid 1987, pp. 171 ss.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

fiera o se la reduzca entre rejas. Y la razón estaría en que es muy costoso salvaguardar un derecho de propiedad sobre un animal salvaje y, además, escasamente útil porque típicamente se trata de bienes con poco valor⁵⁶. El coste de salvaguardia se advierte si tenemos en cuenta que los animales salvajes, cuando recuperan su libertad, no tienen *animus revertendi* y, por ello, es prácticamente imposible que los terceros -por ejemplo, los cazadores- sepan si tienen dueño. Ante esa dificultad, lo procedente es reputarlos *res nullius*. Los derechos sobre muchos recursos de enorme importancia en la vida económica (el agua, las frecuencias de radio, las informaciones, el *goodwill* de las empresas, etc.) no están atribuidos *íntegramente* a las partes a causa precisamente de los costes de determinación y salvaguardia. La parte en que no están atribuidos normalmente se explica en función de este primer postulado normativo, que bien puede reformularse en términos marginales: los derechos deben atribuirse (en exclusiva) a las partes justo hasta el punto en que el beneficio marginal de la atribución (derivado de la internalización de los costes y beneficios) iguala el coste marginal de su determinación y salvaguarda.

2. El segundo postulado que cabe derivar del principio de eficiencia parte de la inexistencia o irrelevancia de los costes de atribución de los derechos, y puede ser formulado en los siguientes términos: *en el caso de que los derechos no estén atribuidos y no existan costes de transacción, el juez -o el ordenamiento- debe atribuirlos a una parte, pero es irrelevante la parte a quien se los atribuya*. Esta es la exigencia más radical del Teorema de Coase, que -según veíamos- parte de la premisa de que es preciso especificar los derechos a fin de internalizar las externalidades. En efecto, si los derechos están atribuidos -y no hay costes de transacción- la eficiencia en la asignación de los recursos resultará automáticamente del mercado. En estas hipótesis, el principio de eficiencia reclama que los derechos se atribuyan, pero de él no se deriva ninguna indicación acerca del criterio con arreglo al cual han de atribuirse. En este sentido el principio es de una extrema neutralidad

⁵⁶ Sobre este tipo de problemas de la «propiedad fugitiva», v. POSNER, *Economic Analysis of Law* 4, p. 36; ULEN/COOTER, *Law & Economics*, pp. 124 ss.

distributiva⁵⁷. La atribución podrá hacerse con arreglo al criterio del tercer postulado (v. *infra* 3) o con arreglo a otros criterios morales⁵⁸. Interesa advertir que en la decisión de los casos que examinamos la parte que resulte beneficiada con la atribución del derecho no ha de compensar a la parte que haya sido preterida. Si así fuese, en realidad no le estaríamos atribuyendo el derecho a la parte que decimos atribuírselo, sino a la contraparte de la disputa, con la particularidad de que en lugar de tutelarla con una regla de propiedad, lo estaríamos tutelando con una regla de responsabilidad⁵⁹. Como veremos en el curso del trabajo (v. especialmente *infra* S 5), el campo de operatividad de este postulado es muy limitado.

3. El tercer postulado puede formularse así: *en el caso de que los derechos no estén atribuidos y existan costes de transacción, el juez - o el ordenamiento- debe atribuirlos a la parte que más los valore*. Este es, por su importancia práctica y alcance moral, el postulado central de la economía normativa del derecho. Su más célebre formulación se debe a Posner, que habla al respecto de la *regla de simulación del mercado*.

⁵⁷ El corolario distributivo del Teorema de Coase es formulado por Schwab en los siguientes términos: «with zero transaction costs, initial entitlements cannot be justified on efficiency grounds, and should be awarded on, the basis of need or desert» (v. S. SCHWAB, «Coase Defend Coase: Why Lawyers and Economists Do Not?», *Mich. L. Rev.* 87 (1989), p. 1195). En términos similares, v. H. HOVENKAMP, «Marginal Utility and the Coase Theorem», *Cornell L. Rev.* 75 (1990), p. 808 («The more efficient the market, the less socially costly it is for the state to assign initial entitlements on the basis of criteria unrelated to efficiency»).

⁵⁸ Puede suponerse, no obstante, que en el campo del derecho privado los efectos redistributivos no son sustanciales a largo plazo (lo explica con enorme claridad COLEMAN, «The Economic Analysis of Law», *Nomos* 24 (1982), pp. 93-94 Y 102-103 nt. 13; v., sin embargo, para una discusión más completa, SCHWAB, *Mich. L. Rev.* 87 (1989), pp. 1178-1183). En el campo del derecho contractual, desde luego, los efectos renta serán, en el futuro, irrelevantes (para este punto v., en especial, H. DEMSETZ, «Wealth Distribution and the Ownership of Rights», en MANNE, *Economics of Legal Relationships*, pp. 194 ss (el trabajo apareció originariamente en el *J. Legal Stud.* 1 (1972), pp. 223 ss.).

⁵⁹ Ciertamente, todo es una cuestión de perspectiva, pues obviamente si se atribuye a una parte un derecho protegido con la regla de responsabilidad, estamos atribuyendo a la contraparte un derecho -más limitado- a obtener una transferencia forzosa. No obstante, es bueno que a efectos expositivos nos mantengamos siempre del mismo lado, para que no cambie la perspectiva y pueda entenderse el discurso.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

De acuerdo con esta regla, cuando existen costes de utilizar el mercado, el ordenamiento debe replicar su resultado. El ordenamiento, dicho de otro modo, debe asignar el derecho, a aquella parte que, por concederle más valor, lo habría obtenido en el mercado si este hubiese podido funcionar sin fricciones. De esta manera el ordenamiento reconstruye el *equilibrio* (la asignación óptima de recursos) que el mercado no está en condiciones de alcanzar⁶⁰. El postulado sujeto a examen es también, como el anterior, una derivación del Teorema de Coase. Este es un punto sobre el que conviene reparar, puesto que con frecuencia esa filiación es puesta en entredicho⁶¹. En concreto, se ha señalado que entre la regla de Coase -que es una regla de intercambio- y la regla de Posner -que es una regla de subasta- median diferencias sustanciales en el orden moral y práctico⁶². En el mundo coasiano -se

⁶⁰ POSNER ha formulado la *mimicking markets hypothesis* en muy variados lugares (v., POSNER, *Economic Analysis of Law, passim* y, sobre todo, *The Economics of Justice*, Cambridge (Mass.) 1981, pp. 48 ss. y 88 ss., donde se reproducen sus trabajos más teóricos desde esta perspectiva: «Utilitarianism, Economics, and Legal Theory», *J. Legal Stud.* 8 (1979), pp. 103 ss. y «The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication», *Hofstra L. Rev.* 8 (1980), pp. 487 ss.). Ha de observarse, sin embargo, que Posner estima de aplicación este postulado a los casos que nosotros hemos comprendido dentro del postulado segundo y, en general, a cualquier distribución de derechos, incluida la inicial e incluida también la que tiene por objeto los derechos fundamentales. En la obra más reciente, sin embargo, se advierte un cierto repliegue hacia posiciones más moderadas (v. R. POSNER, «Wealth Maximization Revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 2 (1985), pp. 85 ss). No es ésta la sede apropiada para detenerse en la crítica de este planteamiento globalizador (de ello nos ocupamos en el trabajo en curso). En este momento hemos de limitarnos a precisar que en nuestra reconstrucción el alcance de la regla no va más allá del dominio del derecho privado.

⁶¹ Algunos aducen, por ejemplo, que precisamente por no ser neutral desde el punto de vista redistributivo, el postulado de la simulación del mercado no es defendido explícitamente por Coase (v., por ej., SCHWAB, *Mich. L. Rev.* 87 (1989), p.1196, texto y nt. 81). No nos interesa ahora analizar los problemas redistributivos (que suponemos son irrelevantes, al menos si se restringe la hipótesis normativa de la eficiencia a un determinado dominio del derecho privado). Lo que nos interesa es señalar que la lógica del Teorema de Coase conduce a propugnar este criterio, siempre y cuando la «equidad» no aconseje intervenir en el mercado.

⁶² Cfr. COLEMAN, «Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law», *Cal. L. Rev.* 68(1980), pp. 238 SS.; *Markets, Morals and the Law*, pp. 81 ss., esp. 87-91; *Nomos* 24 (1982), pp. 97-98

afirma- la situación de eficiencia se logra mediante el intercambio y, por tanto, mediante la oportuna compensación de la parte que pierde su derecho. En cambio, en el universo de Posner, la situación de eficiencia se alcanza mediante una subasta, en la que el vencedor no paga y, por tanto, no compensa a quien pierde⁶³. El problema se hace estribar, así pues, en el hecho de que no hay compensación para el perdedor⁶⁴. Frente a este planteamiento hay que reaccionar enérgicamente. Para comenzar, ha de señalarse que Coase no ha tratado de hacer economía normativa, sino economía positiva, pero que cuando se ha permitido hacer alguna sugerencia de aquel tipo claramente lo ha hecho en el sentido de patrocinar la regla de simulación del mercado. El siguiente texto es elocuente al respecto:

«Naturalmente, y dejando aparte los temas de equidad, lo que importa -si no existen costes en las transacciones de mercado- es que los derechos de las distintas partes estén bien definidos y que los resultados de las acciones legales sean fáciles de pronosticar». E inmediatamente agrega: «Como hemos visto anteriormente, la situación es muy diferente cuando los costes de las transacciones de mercado son tan elevados que es difícil modificar la asignación de derechos establecida por la ley. En tales casos, los tribunales influyen, de forma directa, la actividad económica. Por ello parecería deseable que los tribunales conocieran las consecuencias económicas de sus decisiones y que, en la medida de lo posible -y sin que ello creara demasiadas incertidumbres sobre la postura legal en sí misma- tuvieran en cuenta tales consecuencias al tomar sus decisiones. Sería obviamente deseable que, incluso cuando sea posible cambiar la delimitación legal de derechos a través de transacciones en el mercado, se redujera la necesidad de efectuar tales transacciones en el mercado, disminuyendo de esta forma la cantidad de recursos dedicados a llevarlas a cabo»⁶⁵

Pero no es un argumento de autoridad el que queremos emplear, sino un argumento sustantivo. El problema de la compensación es, a nuestro juicio, un falso problema, y si se invoca para mostrar la inconsistencia normativa del postulado es a causa de un malentendido -ciertamente

⁶³ Técnicamente -se afirma-, Coase llega al óptimo de Pareto mediante un cambio pareto-superior; en cambio, Posner llega al óptimo de Pareto mediante un cambio Kaldor-Hicks-superior (v. COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, pp. 88:-89). En definitiva, lo que viene a objetarse es que la justificación de la regla de simulación no se basa en la eficiencia del proceso, sino en la eficiencia del resultado (v. COLEMAN, *Nomos* 24 (1982), p. 99).

⁶⁴ «The winners of Posner's auctions do not pay their prices» (COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*, p. 87).

⁶⁵ COASE, *El problema del coste social*, p. 129

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

propiciado por el propio Posner- que conviene despejar de inmediato. El malentendido se funda en el prejuicio de que al perdedor se le arrebatara un derecho para asignárselo al ganador. Y si así fuese, el propio principio de eficiencia reclamaría una compensación (esto es justamente lo que ocurre en los casos en que no se presenta un problema de titularidad, sino de protección de los derechos a los que se refiere el siguiente postulado). Lo cierto es, sin embargo, que ese no es el presupuesto del postulado que nos ocupa. El presupuesto es que el derecho, *ab initio*, no está atribuido a nadie (o -lo que analíticamente es lo mismo- que hay graves dudas acerca de la parte a quien corresponde su titularidad). Por tanto, la atribución que se hace a una parte, según el criterio de eficiencia, se justifica en el propio criterio de eficiencia. Internamente no es inconsistente. Si el ganador hubiese de compensar a la otra parte con frecuencia no sería un ganador, sino un perdedor. En ese caso -como decíamos más arriba al examinar el segundo postulado- el derecho se atribuiría al supuesto «perdedor»⁶⁶.

Hay, no obstante, un aspecto en cierto modo vinculado a la objeción anterior sobre el que merece la pena detenerse un instante. El postulado que ahora se examina contempla -como sabemos- una situación en la que los derechos no están atribuidos y, por tanto, trata de resolver

⁶⁶ El error de Coleman -olvidar que el derecho no está atribuido originariamente a ninguna de las partes- se traduce en su intento de querer reflejar en la caja de Edgeworth el cambio (Kaldor-Hicks) que supone la aplicación de la regla de Posner. El reconoce ciertamente que se toma una licencia: «Taking some liberties with Edgeworth analysis, then, it might be said that Posner's rule in effect holds that we should assign entitlements so that the resulting allocation of resources is Kaldor-Hicks efficient as constrained by the requirement that it fall on the contract curve. By not requiring that the party assigned the entitlement compensate the loser of the auction, the rule does not guarantee that the redistribution takes place within the lens [«lente» se refiere a la que se forma en la caja de Edgeworth por la intersección de las curvas de la indiferencia de las dos partes] (COLEMANN, *Morals, Markets and the Law*, p. 86). Pero no advierte que la verdadera licencia que se toma es querer llevar a la curva del contrato -que se forma en la caja de Edgeworth a lo largo de los puntos óptimos de cada redistribución posible- una solución que no es contractual, sino legal. Hablando en términos geométricos podría decirse que la solución final posneriana puede representarse en el diagrama simple que utilizamos para trazar la frontera de Pareto, pero no en la curva del contrato representada dentro de la caja de Edgeworth, pues en aquella se reflejan estados de la economía y en ésta se reflejan procesos de negociación. Nada importa que analíticamente la curva del contrato sea lo mismo que la frontera de Pareto.

un problema de distribución de derechos. Puede resultar extraño por ello que en ese contexto se apele al mercado, cuya función no es la distribución, sino el intercambio de los derechos⁶⁷. Es más, bajo esta óptica -que no debe mezclarse ni confundirse con la que antes llevaba a plantear el problema de la compensación- ha de reconocerse que expresiones tales como «replicar» o «simular» el mercado resultan ambiguas. La ambigüedad no es importante en los casos -sin duda los más paradigmáticos del campo de aplicación del postulado- en que se trata de atribuir derechos contractuales, y ello porque, como sabemos, en tales hipótesis no se distinguen los problemas de transferencia y los ir problemas de atribución de los derechos. La atribución de los derechos. La atribución de derechos en estos casos tiene lugar mediante el intercambio y por ello, puede decirse con toda propiedad que el Juez -o el ordenamiento- simula el mercado (v. *supra* § 3.1). Recordemos el ejemplo del contrato de suministro de crudo. Allí, cuando el juez me atribuye a mí el derecho (a obtener la indemnización, por un incumplimiento suyo debido a la guerra del Oriente Medio) está simulando el mercado, pues si Ud. y yo hubiésemos podido negociar ese extremo, la solución que habríamos arbitrado habría sido precisamente la que ahora nos impone el juez. Si Ud. es la parte que estaba en mejores condiciones de gobernar el riesgo de un conflicto armado en la región (es decir, de preverlo y tomar medidas para mitigar sus efectos), es lógico que fuera Ud. la parte que hubiese asumido la obligación de cumplimiento para esa eventualidad, puesto que sólo así resultaba factible maximizar *ex ante* el valor conjunto del intercambio, que se supone es el objetivo que guía la conducta contractual de dos agentes racionales. La ambigüedad de la fórmula *mimicking the markets* se manifiesta, en cambio, en los casos extracontractuales, en los que la atribución del derecho constituye un dato previo al funcionamiento del mercado. En tales casos, en efecto, cuando el juez atribuye el derecho a la parte que más lo valora propiamente no simula el mercado; o mejor dicho, simula el resultado que arrojaría el mercado, pero no simula el proceso de asignación del mercado (esto último es más bien característico del postulado siguiente

⁶⁷ Es más, la distribución de derechos afecta a *las condiciones* del mercado y el intercambio a su *operación*. Por ello, desde el punto de vista moral, el problema no es la operación del mercado, sino sus condiciones (v. al respecto las luminosas observaciones de D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford Univ. Press, reimpr. 1992, pp. 94-95).

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

[v. *infra* 4]). Pero esa visión, nos parece, sólo es exacta en relación a la atribución primaria de los derechos, es decir, aquella que determina la distribución de la riqueza dentro de un sistema social, que en nuestra reconstrucción queda fuera del ámbito de aplicación del postulado⁶⁸. No nos parece exacta, en cambio, en relación a la atribución secundaria, es decir, aquella que no tiene impacto en la estructura distributiva del sistema social⁶⁹, que es el ámbito al que, en nuestra opinión, ha de contraerse la aplicación del postulado⁷⁰. En este ámbito, el núcleo donde resulta efectivo el postulado es precisamente aquél en que hay que ajustar o coordinar la existencia de dos derechos abstractos decidiendo quien tiene el derecho concreto en caso de ejercicios encontrados⁷¹. Los ejemplos paradigmáticos se nos ofrecen en el campo de la responsabilidad civil y en el campo de la delimitación de los derechos de propiedad (inmisiones y relaciones de vecindad), de los que más tarde haremos, una ilustración (v. *infra* § 5). Pues bien en este ámbito más acotado, cuando el juez -o el ordenamiento- atribuye el derecho concreto en disputa a la parte que más lo valora, en cierto modo también estará simulando el proceso del mercado. De ello nos apercibimos recontractualizando los casos extracontractuales y preguntándonos qué regla jurídica habrían establecido unánimemente las partes para dirimir los conflictos entre sus derechos abstractos. Y esa regla -como esperamos mostrar en estudios posteriores- sería sin duda alguna una regla que maximizara el valor conjunto de la transacción extracontractual o minimizara su coste⁷².

⁶⁸ Esta es una diferencia sustancial con la posición de Posner (v. *supra* nt. 59). En realidad, Posner parte de la premisa normativa de que el principio de eficiencia es un principio válido para la *elección social*, lo cual es, ya desde el punto de vista de la economía del bienestar, una pretensión absurda (es especialmente ilustrativo al respecto el estudio de D. KEENAN, «Value Maximization and Welfare Theory», *J. Legal Stud.* 10 (1981), pp. 409 ss.).

⁶⁹ *Ibid*, p. 417. V. también *supra* nt. 57.

⁷⁰ La delimitación exacta de este ámbito es objeto de otra parte del estudio en curso.

⁷¹ Por esta vía se conecta en parte con la delimitación que propugna R. DWORIGN, *El imperio de la justicia*, trad. esp. Barcelona 1988, pp. 198 s., esp. 216 ss. En relación a los casos que nos interesan podría decirse -tomando prestadas las expresiones de Gauthier a que antes se ha hecho referencia (v. *supra* nt 67)- que no estamos ante problemas relativos a las condiciones del mercado, sino a su operación.

⁷² En esta dirección, que aquí solo puede quedar insinuada, v., entre los economistas, J. HICKS, «Rehabilitación del excedente de los consumidores» dentro de su obra *Riqueza y bienestar. Ensayos sobre teoría económica*, trad. esp., México 1986, p.

4. El cuarto postulado podemos definirlo así: *en el caso de que los derechos estén atribuidos a una parte y los costes de transacción sean elevados, el juez --o el ordenamiento- debe transferirlos (mediante la oportuna compensación) a la parte que más los valore.* El postulado se funda, pues, en una transferencia forzosa, y en ese sentido bien puede decirse que implica una «expropiación por razones de utilidad privada» a cambio de un «justiprecio». La existencia de costes de transacción prohibitivos -impide los arreglos voluntarios-; por ello -y con el fin de obtener la asignación de recursos eficiente- interviene el ordenamiento alterando la regla de protección del derecho. En lugar de protegerlo mediante una regla de propiedad, lo protegerá mediante una regla de responsabilidad⁷³. De esta manera se asegura que la parte desfavorecida no sufre una ablación radical de su derecho; se le protege otorgándole la debida compensación. El significado de este postulado ya la conocemos, por lo que no es necesario insistir ahora en ello (v. *supra* § 3.2). Lo que en este momento interesa recordar es que su lógica es idéntica a la de los postulados anteriores. Se trata, en efecto, de una lógica contractual. En ocasiones, la existencia de costes de transacción elevados hace que las partes desistan de completar el contrato. Por ello, como decíamos antes, el juez ha de atribuir los derechos y obligaciones *ex post* tratando de reproducir las reglas que las partes habrían establecido *ex ante*. En otras ocasiones -las que ahora importan- la existencia de costes de transacción elevados impide a las partes *celebrar* el contrato. Por tanto, el juez -y el ordenamiento- deben atribuir derechos y obligaciones *ex post* tratando de formular el contrato que las partes habrían celebrado *ex ante*. Este es precisamente el cometido de las reglas de responsabilidad. La diferencia entre las reglas contractuales supletorias (derecho dispositivo, usos y buena fe) y las reglas de responsabilidad no es por ello cualitativa, sino cuantitativa (a veces los

121; Y entre los juristas y economistas del derecho, por citar algunas de las contribuciones más sobresalientes, A. M. POLINSKY, «Probabilistic Compensation Criteria» *Quarterly Journal of Economics* 86 (1972), pp. 407 ss.; F. I. MICHELMAN, «Constitutions, Statutes, and the Theory of Efficient Adjudication», *J.- Legal Stud.* 9 (1980), pp. 438-440; L. A. BEBCHUK, «The Pursuit of a Bigger pie: Can Everyone Expect a Bigger Slice?», *Hofstra L. Rev.* 8 (1980), pp. 671 ss., esp. p. 693; etc. V. también POSNER, *Economics of Justice*, pp. 92 ss.

⁷³ Como bien dice Coleman, «liability roles have to essential elements: *taking and compensation*» (COLEMAN, *Risk sand Wrongs*, p. 183).

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

costes de transacción impiden completar el contrato y otras veces llegan incluso a hacer imposible el propio contrato). En ambos casos estamos ante soluciones que tratan de puentear los fallos de mercado que resultan de la existencia de costes de transacción prohibitivos. Cuando los costes de transacción impiden contratar de manera completa, el papel del derecho es completar el contrato; cuando impiden contratar, el papel del derecho es crear el contrato racional⁷⁴.

La similitud de lógicas no debe oscurecer sin embargo la diversidad de los postulados. El que ahora se examina parte, a diferencia del anterior, de que el derecho está atribuido a una parte. Su especificidad reside en la transformación de la protección: el derecho previamente atribuido, en lugar de protegerse en su valor subjetivo, se protege en su valor objetivo. Los supuestos en que el ordenamiento jurídico y los jueces adoptan decisiones de este tipo aparecen muy a menudo y en los lugares más variados. Los casos que inmediatamente vienen a la mente son aquéllos de los que se ocupa el derecho de la responsabilidad civil extracontractual⁷⁵. Son también paradigmáticos los casos de monopolio bilateral, que se presentan tanto en el dominio de las relaciones extracontractuales -según ilustra el caso ya examinado de la «accesión invertida»- como en el ámbito de las relaciones contractuales. Es ejemplar, en este último sentido, la cuestión relativa a los límites del cumplimiento *in natura*⁷⁶. Pero el postulado que examinamos sirve

⁷⁴ *Ibid*, p. 83.

⁷⁵ En relación a este sector del ordenamiento civil hay que distinguir dos problemas. Por un lado, el relativo a la cobertura de sus normas (que es un problema que ha de resolverse de acuerdo con el postulado anterior), y, por otro, el relativo a la estructura de la protección que dispensa, que es una materia típica de este postulado. En realidad, la disciplina de la responsabilidad civil constituye una respuesta a la paralización del tráfico que supondría otorgar a los individuos una protección real -regla de propiedad- de todos sus derechos y en todas sus circunstancias. Ud., en la medida en que está expuesto al riesgo de que yo le atropelle, podría solicitar una acción de cesación contra mi actividad de conductor. En ese caso, yo me pondría en contacto con Ud. y le compraría el derecho a poder circular, ya que el beneficio que obtengo de la actividad es superior al coste descontado del accidente. La responsabilidad civil es, en realidad, un sistema de protección de los derechos que ha debido arbitrarse debido a los costes de transacción prohibitivos que existen para los acuerdos voluntarios (¿cómo puedo contratar yo con Ud. y todos los demás conciudadanos a los que en cualquier momento puedo atropellar?).

⁷⁶ En este aspecto es oportuno recordar que en determinados casos de incumplimiento, la regla de la propiedad -cumplimiento *in natura*- ha de transformarse en

también para escudriñar grupos de casos cuya lógica aparente o superficial es muy distinta. Me refiero, por ejemplo, a los supuestos de adquisición *a non domino* y, en general, a las normas de protección de la apariencia⁷⁷; o incluso al clásico problema de las condiciones genera-

una regla de responsabilidad –abono de daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento-. Recordando un caso célebre (v. PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1046-1047), imaginemos que yo le he contratado a Ud. para que construya mi casa y, entre las especificaciones, le he indicado que debía instalarme las tuberías de níquel o plomo. Ud. construye la casa y, por equivocación propia o de un subcontratista, instala tuberías de plástico o de otro material. Cuando me entrega la casa, advierto el problema y le demando por incumplimiento contractual, (cumplimiento defectuoso) solicitando del juez que le condene a instalarme las tuberías de plomo (o, en su caso, a que lo haga un tercero a su costa). Nuestro juez prospectivo se encuentra así ante un nuevo caso difícil. Obsérvese que no se discute ahora cuál es la regla general más eficiente en general -la responsabilidad específica o la responsabilidad genérica- sino si siendo la regla general el cumplimiento *in natura* (arts. 1096, 1098, 1099 CC y 924 1 y 926 LEC), hay casos, en que el juez está autorizado a transformarla al amparo quizá del art. 7 CC- en una regla indemnizatoria. Este es precisamente nuestro caso. Supongamos que el coste para Ud. de instalarme las nuevas tuberías es de 1.000, puesto que prácticamente se ve obligado a deshacer la casa y volver a rehacerla. Imaginemos que el daño para mi es de 100, equivalente al menor valor que tiene la casa con las tuberías de plástico. Pues bien, de acuerdo con el Teorema de Coase no debería haber problemas, puesto que hay un amplio margen -entre 100 y 1000- para contratar la solución más eficiente. El problema estriba en los altísimos costes de transacción asociados al monopolio bilateral existente entre nosotros, que obstaculizan el logro del arreglo eficiente. Exactamente por las mismas razones que veíamos en la «accesión invertida» (v. *supra* § 3.2), el juez tendrá en estos supuestos que alterar la protección de su derecho: en lugar de juzgar con arreglo a una regla de propiedad (que le obligaría a Ud. a pagarme el precio que yo le imponga y al enorme dispendio que supondría esa negociación), habrá de hacerlo con arreglo a una regla de responsabilidad. El juez le transferirá a Ud. forzosamente mi derecho al cumplimiento *in natura*, a cambio de una compensación adecuada, que vendrá dada por el importe de la indemnización. La regla, como es natural, podría generalizarse: V. R. CRASWELL, «Efficiency and Rational Bargaining in Contractual Settings», *Harv. J. Law & Pub. Policy* 15 (1992), pp. 809-811; para otros puntos de vista V. POSNER, *Economic Analysis of Law* 4, pp. 130-132; ULEN/COOTER, *Law & Economics*, pp. 320-324 e *ibi* ulterior información, a la que hay que añadir R. CRASWELL, «Contract Remedies, Renegotiation, and the Theory of Efficient Breach», *S. Cal. L. Rev.* 61 (1988), pp. 629 ss. y T .R. LEWIS, M.K PERRY Y D.E.M. SAPPINGTON, «Renegotiation and Specific Perfomance», *Law & Contemporary Problems* 52 (1989), pp. 33 ss.

⁷⁷ También aquí -como hemos tenido ocasión de mostrar en otra parte- se sustituye la regla de la propiedad (la acción reivindicatoria, el derecho a no quedar obligado sin mi consentimiento, etc.) por una regla de responsabilidad (la acción de daños

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

les de la contratación, que visto desde esta perspectiva cobra nueva luz⁷⁸.

contra el vendedor de la cosa ajena, contra el *falsus procurador*, etc.) Los costes de transacción que impiden ahora el funcionamiento del mercado tienen una estructura muy peculiar (v. C. PAZ-ARES, «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», RDM 1985, pp. 7 ss., 35 ss.).

⁷⁸ Obsérvese que el sentido del control judicial de las condiciones generales entraña la sustitución de una protección basada en la regla de propiedad (en virtud de la cual nadie puede obligar a una parte -el predisponente- a dar o hacer nada en condiciones distintas de las pactadas, es decir, en condiciones distintas a las recogidas en las condiciones generales) por otra basada en la regla de responsabilidad (que obliga a una parte -al predisponente- a dar o hacer algo con arreglo a las condiciones que establece el juez de acuerdo con las exigencias de la buena fe). Aunque tradicionalmente se viene contemplando esta problemática bajo una óptica marcadamente redistributiva (con el fin, en definitiva, de proteger a la parte «débil» y de reajustar así situaciones sociales que se consideran asimétricas), la única razón que, a nuestro juicio, puede justificar el control de las condiciones generales es la existencia de altos costes de transacción que impiden el funcionamiento correcto del mercado. Los costes de transacción se asocian aquí a los costes de información, que son tan elevados para el adherente que lo más racional, es decir, lo más eficiente que puede hacer es no leer los formularios. Precisamente por ello, primero los jueces y después el ordenamiento positivo, le relevaron del deber de leer permitiéndole confiar en la existencia de un clausulado equilibrado, semejante al que recoge el derecho dispositivo y al que en términos estandarizados -no ajustados a la situación concreta- habrían establecido dos contratantes medios. Esto no quiere decir, sin embargo, que se coarte la libertad contractual, que es el instrumento fundamental para el logro asignaciones de recursos óptimas; lo único que quiere decir es que si el predisponente quiere incorporar ciertas cláusulas gravosas para el adherente al contrato debe advertirle, ya que el *deber de hablar* es más económico que el *deber de leer* (la cuestión, sin embargo, no es pacífica; v., por ejemplo, en sentido opuesto, D. BAIRD Y WEISWERG, «Rules, Standards; and the Battle of Forms: A Reassessment of § 2-207», Va. L. Rev. 68 (1982), pp. 1217 ss.). Esta razón de eficiencia es la única que puede justificar el control de las condiciones generales. El deber de hablar del predisponente es protección suficiente del adherente, puesto que si a éste no le gustan las condiciones generales de aquél, de la misma manera que si no le gustan otras características del producto que se le ofrece (v.gr., el motor del coche o el color de la carrocería) o no está conforme con la relación precio/calidad, irá a otro establecimiento de la competencia (éste es el razonamiento que subyace a la excelente reconstrucción del fenómeno realizada por J. ALFARO, Las condiciones generales de la contratación, Madrid 1991, passim, esp. pp. 27-93; desde el punto de vista económico esta solución ha sido modelizada formalmente por A. KATZ, «Your Terms or Mine? The Duty to Read the Fine Print in Contracts», *Rand Journal of Economics*, 21 (1990), pp. 518 ss., cuya conclusión es la siguiente: «Accordingly, under a broad class of distributions of types of buyers and sellers, the traditional duty to read may be Pareto-inferior to a rule that provides presumptive minimum or standard terms when parties do not expressly negotiate» [*ibid*, p. 536]; del mismo autor puede consultarse también «The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and Contract Formation», *Mich. L. Rev.* 89 (1990), pp. 215 ss., esp. 272 ss.). Con un argumentación parecida he tratado recientemente de justificar la responsabilidad de los socios de la anónima y de la limitada por infracapitalización de la sociedad (v. C. PAZ-ARES, «La infracapitalización. Una aproximación contractual», Rds núm extr. (1994), pp. 253 ss.).

En esos casos y en muchos otros que podrían traerse a colación, el tránsito de la protección basada en la regla de la propiedad a la protección basada en la regla de la responsabilidad supone la constitución a cargo del beneficiario de la transferencia de un deber de compensar al titular del derecho. Dejando aparte las cuestiones redistributivas (que cabría estimar irrelevantes en el ámbito en que son de aplicación los postulados que venimos examinando), podría preguntarse por qué es necesario, desde el estricto punto de vista de la eficiencia, compensar al titular del derecho que ha sido objeto de la expropiación. Al fin y al cabo -podría argüirse-, si no se lleva a cabo la compensación, se logra traspasar los recursos a manos de quien más los valoran y se evitan los costes de la compensación, un resultado óptimo -el óptimo- desde el punto de vista de la asignación social de los recursos. La razón se comprenderá de inmediato cuando analicemos el siguiente postulado y la singular importancia que posee la eficiencia productiva⁷⁹.

5. El quinto postulado dice así: *en el caso de que los derechos estén atribuidos a una parte y los costes de transacción sean escasos, el juez -o el ordenamiento- no debe transferirlos ni reasignarlos a la parte que más los valore*. Tal vez extrañe, por su obviedad, la enunciación de este postulado. Y sin embargo, lo sorprendente de él es su inconsecuencia aparente con la lógica estricta de la eficiencia. En efecto, si la eficiencia exige la maximización del valor conjunto de las transacciones, parece que debieran admitirse y promoverse las reasignaciones forzo-

⁷⁹ En este contexto habría que introducir la discusión de un nuevo postulado que diría así: *en el caso de que los derechos estén atribuidos a una parte y los costes de transacción y los costes de compensación sean muy elevados, el ordenamiento -o el juez- deben reasignarlos (sin compensación) a la parte que más los valore*. También ésta es una exigencia de la eficiencia, pero no será discutida aquí, por tratarse de un fenómeno más propio de la legislación que de la litigación. De ella habremos de ocuparnos en el trabajo en curso, a la hora de discutir el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks.

sas de los derechos a favor de aquéllos que les otorgan mayor valor. Hay, sin embargo, razones muy poderosas para sostener lo contrario. La primera radica en la necesidad de atender, cuando el mercado funciona sin fricciones, a las preferencias reveladas y no a las preferencias afirmadas. Si no median costes de transacción, el conflicto a que asistimos no es un conflicto entre realidades, sino un conflicto entre pretensiones⁸⁰. Si yo aparco mi coche en su garage, el juez me hará salir de él con independencia de cuán persuasivos sean los argumentos que logre urdir para probar que yo valoro más que Ud. -que es su dueño- el *parking*. En general -dirá nuestro juez-, el método de resolver los conflictos de pretensiones es el mercado, pues sólo allí se revelan las preferencias. Por tanto, si yo aprecio más que Ud. su garage lo que he de hacer es comprárselo o alquilárselo. Los tribunales no pueden resolver mejor que nosotros la querrela, puesto que su información es muy incompleta⁸¹. No obstante, imaginemos por un instante que el grave problema de información acerca de las preferencias individuales con que se enfrentan los tribunales pudiera ser obviado por la existencia de un juez o de un tirano omnisciente. ¿Se justificaría entonces que el derecho se transfiriese forzosamente a la parte que más lo valora? Si la compensación fuese igualmente fijada por el juez o por el tirano omnisciente, no habría inconveniente en admitir la transferencia⁸². Pero ¿se justificaría asimismo en la hipótesis de que no existiese compensación? En la contestación a este nuevo interrogante encontraremos la segunda razón -la razón más sustantiva- que sirve de apoyo al postulado. Para ilustrar la exposición podemos servirnos de la célebre objeción formulada por Dworkin al principio de eficiencia como principio normativo

⁸⁰ Cfr. POSNER, *Economic Analysis of Law*, pp. 57-58.

⁸¹ Téngase en cuenta que la transformación de la regla de propiedad en regla de responsabilidad es un remedio -o mal menor- al que sólo tiene sentido recurrir cuando se trata de evitar un mal -un mal mayor- que es la existencia de costes de transacción prohibitivos. Pero si este mal no existe, no hay necesidad del remedio. Es más debe evitarse a toda costa y evitarse incluso recurriendo al derecho penal. En buena medida «the criminal law enforces the property-liability rule distinction» (cfr. COLEMAN, *Risks and Wrongs*, p. 85).

⁸² La justificación de esta afirmación -como esperamos poder mostrar en los estudios en curso- se halla también en bases contractualistas (v., en especial, A. T. KRONMAN, «Wealth Maximization as a Normative Principle», *J. Legal Stud.* 9 (1980), pp. 230-231.

para la producción del derecho⁸³. Con el fin de mostrar que la eficiencia -en su formulación más extendida (principio de maximización de la riqueza)- no es un componente de lo socialmente valioso, Dworkin construye un simple pero ingenioso ejemplo: Ud. tiene un libro que yo deseo, Ud. estaría dispuesto a venderlo por 2 dólares y yo estaría dispuesto a comprarlo por 3 dólares. En esa tesitura imaginemos -nos dice Dworkin- que un tirano bondadoso y omnisciente, con el fin de evitar los costes de transacción que implicaría la operación, le quita a Ud. el libro y me lo entrega a mí. La reasignación forzosa -arguye Dworkin- incrementa la riqueza social, aunque Ud. haya experimentado una pérdida y no haya sido compensado por ella (donde antes había riqueza por valor de 2 dólares ahora la hay por valor de 3 dólares). No obstante -se pregunta-, ¿en qué sentido podemos decir que la situación actual es mejor a la situación anterior a la intervención del tirano? y contesta -de acuerdo con intuiciones morales que a buen seguro todos compartimos- con una negativa tajante⁸⁴. Posner ha intentado rebatir el argumento, pero su instinto no se ha visto acompañado por el éxito⁸⁵. La razón es que ha equivocado el blanco de sus críticas. El punto débil del argumento de Dworkin no está en las conclusiones a las que llega (que es por donde ataca Posner), sino en las premisas de las que parte. La respuesta que estamos en condiciones de ofrecer es la siguiente. Hemos de convenir en que la situación actual no ha mejorado en nada la situación anterior a la intervención del tirano, pero si no hay mejora no es a pesar de que la transferencia forzada haya incrementado la

⁸³ V. R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.)-London 1985, pp. 240-241 (estas páginas corresponden al cap. 12 en el que se reproduce el ensayo «Is Wealth a Value?» originariamente publicado en el *J. Legal Stud.* 9 (1980) pp. 191 ss).

⁸⁴ Cfr. DWORKIN, *A Matter of Principle*, pp. 242-246; v. también KRONMAN, *J. Legal Stud.* 9 (1980), p. 229 ss.

⁸⁵ Imaginemos -dice Posner- que Ud. valora el libro en dos dolares y que yo lo valoro en 3.000. En ese caso -dejando aparte la cuestión relativa a la justificación de la intervención del tirano- es ya más evidente que el cambio ha supuesto una mejora social (v. R. A. POSNER, «The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman», *J. Legal Stud.* 9 (1980), p. 245; *Economics of Justice*, p. 108). La réplica, sin embargo, va descaminada, puesto que -como se ha dicho entre nosotros- «no altera sustancialmente el valor de la pregunta»: ¿qué hay de mejor en la situación actual que en la situación anterior aunque el valor del libro aumente a un millón de dólares? (v. L. HIERRO, «Contra el imperio de la riqueza (Dworkin v. Posner)», *Revista de ciencias sociales (Univ. de Valparaíso)*, 38 (1993), p. 399).

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

riqueza de la sociedad, sino a causa precisamente de que la ha disminuido. Este es el punto clave⁸⁶. Para percatarnos de ello hemos de tener en cuenta que, en rigor, la riqueza no puede calcularse en función del valor (precio + excedente del consumidor intramarginal) que atribuimos a los recursos en un determinado momento⁸⁷; han considerarse también los flujos de valor futuro que oportunamente descontados se incorporan al stock actual de la riqueza⁸⁸. Bajo esta perspectiva, la riqueza de un individuo puede definirse como el valor neto de todos los recursos disponibles por ese individuo para su uso exclusivo a través del tiempo descontado en el presente de acuerdo con la tasa de interés apropiada⁸⁹. El concepto de riqueza es, por tanto, un concepto a largo plazo. Y por aquí es por donde cobra relieve una distinción fundamental dentro de la teoría de la eficiencia, la distinción entre eficiencia asignativa (o distributiva) y la eficiencia productiva o, si se prefiere, entre eficiencia estática y eficiencia dinámica⁹⁰; y cobra relieve porque ambos tipos

⁸⁶ Cfr. B. JOHNSEN, «Wealth is Value», *J. Legal Stud.* 15 (1986), pp. 263 ss.

⁸⁷ Esta es la definición convencional más extendida, utilizada por Posner en numerosas ocasiones (v., por ej., POSNER, *Economics of Justice*, pp. 60-65) Y de la que también parte Dworkin. Así, por ej., dice: «An individual maximizes his own wealth when he increases the value of the resources he owns; whenever he is able, for example, to purchase something he values for any sum less than the most he would be willing to pay for it. Its value to him is measured by the money he would pay if necessary; if he is able to pay, say \$4, for what he would pay \$5 to have it necessary, his wealth has been increased by \$1» (DWORKIN, *A Matter of Principle*, p. 237).

⁸⁸ En la tradición utilitarista no se distinguían los valores *stock* y *flow* de la utilidad; y probablemente a causa de esta circunstancia se desarrolló el utilitarismo de reglas. Dworkin parece advertir el problema, pero lo despacha aduciendo que en cualquier caso el utilitarismo de reglas (y su preocupación por la utilidad a largo plazo) es un *second best*, que no niega que *in actu* la intervención del tirano que trasgrede la regla incrementa la utilidad total (v. DWORKIN, *A Matter of Principle*, pp. 243-244).

⁸⁹ Johnsen reprocha a Posner no partir de este concepto *stock* de riqueza (v. JOHNSEN, *J. Legal Stud.* 15 (1986), p. 268). La imputación, sin embargo, no es del todo exacta, ya que en otras ocasiones Posner tiene en cuenta precisamente esta noción. Estas palabras lo indican con claridad: «Bear in mind that wealth is a stock concept, not a flow concept; one's wealth is the present value of the stream of future income or other benefits generated by one's human and physical capital» (H. A. POSNER, «Wealth Maximization Revisited», *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 2 (1985), p. 93).

⁹⁰ Desde el punto de vista de nuestra discusión, resultan interesantes las páginas que dedica a la distinción R. HARDIN, «The Morality of Law and Economics», *Law and Philosophy* 11 (1992), pp. 336 ss.

de eficiencia son necesarias para que se incremente la riqueza stock. Dworkin sólo tiene en cuenta la eficiencia asignativa o distributiva, que se produce cuando un conjunto fijo de recursos está en manos de los individuos que más los valoran. Pero de ello no se deriva en absoluto que haya habido un incremento de la riqueza. Dworkin, en realidad, invierte la relación lógica entre maximización de la riqueza y eficiencia asignativa. La maximización de la riqueza implica eficiencia asignativa, pero la proposición contraria -que la eficiencia asignativa implica maximización de la riqueza- no es necesariamente exacta. Es precisa también la eficiencia productiva, que no se preocupa de cómo se distribuye un conjunto dado de recursos, sino de cómo se incrementa⁹¹. Es claro, en consecuencia, que si queremos calcular el efecto sobre la riqueza de una acción actual -la acción del tirano que le quita a Ud. el libro para entregármelo a mí- hemos de considerar el efecto en los valores de hoy y del futuro, y ello nos obliga a tener en cuenta el factor inversión, que tiene lugar cuando los individuos dejan de consumir recursos para invertirlos en la creación de nuevos recursos que aumentarán su *stock*. La eficiencia productiva reposa precisamente sobre la disposición de los individuos a realizar inversiones productivas. Bien puede decirse por ello que sólo si la eficiencia productiva no se viera afectada por el método de llevar a cabo la eficiencia asignativa cabría argüir que la riqueza aumenta cuando el tirano le priva a Ud. del libro y me lo da a mí. Pero eso es algo que en modo alguno puede sostenerse. Los individuos deciden sus inversiones pensando que podrán obtener provecho de ellas, y para ello es menester que el ordenamiento jurídico proteja sus derechos y les garantice que podrán capturar en el futuro los rendimientos esperados. De lo contrario no invertirán. De ello se sigue una conclusión indiscutible: el principio de eficiencia exige -según reza el postulado sujeto a examen- que los derechos no se transfieran forzosamente a la parte que más los valore. En otro caso, no habría incentivos para invertir y la eficiencia productiva quedaría arruinada⁹². Nadie invertiría, por ejemplo, en la producción de libros. El sólo pensamiento de que el tirano puede transferirlos gratuitamente a los futuros compradores (que, *ex definitione*, los valoran más que los editores), retraerá a cualquier agente racional de meterse en la empresa. Las transferencias forzosas quebrantan pues todo el sistema produc-

⁹¹ JHONSSSEN, *J.Legal Stud.* 15 (1986), p. 270.

⁹² *Ibid.*, pp. 271-272.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

tivo y, por tanto, sólo pueden justificarse, si los costes de transacción son prohibitivos, contra el pago de la correspondiente compensación.

6. Las consideraciones precedentes desembocan directamente en el sexto postulado: *en los casos en que haya contradicción entre las exigencias de la eficiencia asignativa y las exigencias de la eficiencia productiva, el juez -o el ordenamiento- deben dar preferencia a las últimas sobre las primeras*⁹³. Un ejemplo nos ayudará de nuevo a comprender el alcance del postulado. Imaginemos que Ud. y yo suscribimos un contrato de compraventa en virtud del cual yo adquiero una finca de su propiedad -una finca llena de matorrales, situada un poco a desmano- y Ud., a cambio, recibe el precio libremente pactado. Supongamos también que durante las negociaciones yo he omitido decirle que previamente he llevado a cabo una investigación geológica que me ha permitido establecer la probable existencia de una valiosa bolsa de gas en el terreno de su propiedad o que -construyendo otra hipótesis- no le he informado que está proyectada la construcción de una autopista por las inmediaciones de la finca, cosa de la que tuve noticia por un amigo que trabaja en el Ministerio de Obras Públicas⁹⁴. Cuando Ud. llega a tener conocimiento de las circunstancias que le he silenciado, interpone una acción de nulidad del contrato por dolo al amparo del arto 1270 CC, aduciendo que mi conducta reticente le indujo a error. ¿Cómo debe decidir nuestro juez prospectivo este nuevo caso difícil en el que se advierte una imperfección contractual creada por una información asimétrica? En principio, desde el punto de vista de la eficiencia puramente asignativa (o eficiencia estática), parece claro que el derecho a la anulación del contrato debe atribuírsele a Ud., y ello porque á mí me resultaba menos costoso revelar la información que a Ud. obtenerla. De hecho, las exigencias de la buena fe precontractual obligan a las partes descubrir los datos relevantes. Sin embargo, desde el punto de vista de la eficiencia productiva (o eficiencia dinámica), esa conclusión

⁹³ A no ser, claro está, que la «tasa de descuento social» sea muy baja. En este sentido conviene recordar que la eficiencia productiva -o eficiencia dinámica- «is the heart of the morality of law and economics» (HARDIN, *Law & Philosophy* 11 [1992], p. 338).

⁹⁴ El ejemplo se inspira en el caso de que se sirve el prof. Morales para discutir el problema del dolo negativo y su conexión con el error: v. A.M. MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid 1988, pp. 230-231.

no está siempre al abrigo de dudas o reservas. La teoría económica nos indica que es necesario distinguir el aspecto tecnológico (o productivo) de la información y su aspecto distributivo⁹⁵. Nuestro juez prospectivo tendrá también que diferenciar estas dos dimensiones. Habrá de diferenciar, en definitiva, las informaciones productivas de las informaciones meramente distributivas. Las primeras son un tipo de información que puede ser empleada para incrementar el producto social; las segundas son informaciones que crean una ventaja en la negociación, pero que no contribuyen a la creación de riqueza; solamente pueden ser utilizadas para redistribuir riqueza existente a favor de la parte que la posee. En efecto, el hecho de que yo supiera que estaba en proyecto la construcción de una autopista que acabaría con el aislamiento de su finca es una circunstancia puramente redistributiva, que cumple un papel única y exclusivamente en el proceso de negociación. En estos casos, el principio de eficiencia conduce a atribuirle a Ud. el derecho a obtener la información sobre la autopista de que yo disponía. Nuestro juez, en consecuencia, deberá asimilar mi conducta reticente al dolo positivo y anular el contrato al amparo del art. 1270 CC⁹⁶. En otro caso, si el ordenamiento permitiese que los descubridores de informaciones redistributivas puedan emplearlas para transferir riqueza a su favor, las contrapartes que quisieran evitar la expoliación se sentirían incentivadas a adoptar precauciones excesivas y a invertir en la búsqueda de información, lo cual se revela manifiestamente ineficiente. Es un dispendio que una parte trate de producir una información que la otra ya posee. La conclusión es muy distinta en el caso de las informaciones productivas. Es cierto que desde el punto de vista estrictamente asignativo -como luego veremos con más calma- no siempre está justificada la atribución de derechos exclusivos sobre bienes informacionales, porque se trata de bienes públicos, cuyo consumo no engendra rivalidad. Desde esta perspectiva, en efecto, tampoco estaría justificado que yo haya silenciado la probable existencia de una valiosa

⁹⁵ Es básico al respecto el trabajo de J. HIRSHLEIFER, «The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity», *Am. Econ. Rev.* 61 (1977), pp. 651 ss.

⁹⁶ Supongo -como es natural- que la noticia de la autopista no está generalizada en el medio social (por ej., que no fue publicada en los periódicos unos días antes de la celebración del contrato). El requisito de la excusabilidad del error no coincide ciertamente con el de la gravedad del dolo, pero no se halla exento de importancia.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

bolsa de gas en el subsuelo de su finca. Pero aquí es justamente el terreno donde las razones de la eficiencia productiva se imponen sobre las razones de la eficiencia distributiva. La regla que se desprende es exactamente la contraria a la anteriormente establecida. En efecto, el derecho no puede establecer un deber de comunicar informaciones productivas, porque de lo contrario se desincentivarían inversiones en la producción de esas informaciones socialmente valiosas. En el caso de la bolsa de gas, el ordenamiento tiene que concederme a mí el derecho sobre la información, pues de lo contrario ni yo ni nadie habría gastado dinero, tiempo y energías en las investigaciones geológicas que llevaron a determinar la existencia de un yacimiento de gas. Sólo la posibilidad de aprovecharme de ese rendimiento futuro puede garantizar la inversión. El problema hay que verlo, pues, desde la perspectiva de los incentivos -productivos o redistributivos- que proporciona la norma. La norma que proponemos propicia la inversión en información tecnológica, es decir, en información que hace más grande la tarta (e incrementa la potencial participación de todos ex ante), y desalienta la inversión en información redistributiva, que sólo incrementa el pedazo de tarta que se llevará el que la obtenga. Desde el punto de vista social, los efectos de la información tecnológica son saludables; no así, en cambio, los efectos de la información distributiva⁹⁷.

⁹⁷ El análisis realizado se inspira en los trabajos de A.T. KRONMAN, «Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contracts», *J. Legal Stud.* 1 (1978), pp. 1 ss. (hay trad. it. en Polo dir. 1980, pp. 292 ss.); COOTER/ULEN, *Law and Economics*, pp. 259 ss. y J.K. SMITH y R. L. SMITH, «Contract Law, Mutual Mistake, and Incentives to Produce and Disclose Information», *J. Legal Stud.* 19 (1990), pp. 467 ss., esp. 469-471. Debe aclararse, sin embargo, que para Kronman la distinción relevante no es tanto entre hechos productivos y hechos redistributivos cuanto entre información adquirida casualmente (sin inversiones) e información adquirida deliberadamente (mediante inversiones). Esta última distinción pierde de vista, en nuestra opinión, el criterio fundamental de la eficiencia. El hecho de que yo hubiese invertido mucho en determinar si se iba a construir la autopista, no cambia las cosas, puesto que se trata de una información meramente redistributiva que el derecho no debe proteger; en cambio, aunque no hubiese hecho inversiones para establecer la existencia de una bolsa de gas, la información debe ser protegida, pues de lo contrario puede bien suceder que ese gas nunca llegue a extraerse del subsuelo. Para completar el análisis resulta indispensable la consulta de J. L. COLEMAN, D.D. HECKATHORN Y S.M. MASER, «A Bargaining Theory Approach to Default Provisions and Disclosure Rules in Contract Law», *Harv. J. Law & Pub. Pol.* 12 (1989), pp. 639 ss., esp. 691 ss., extractado en J. L. COLEMAN, *Risks and*

7. El último postulado al que quiero hacer alusión puede formularse así: *en los casos en que sean de aplicación los postulados anteriores, el juez -o el ordenamiento- no deberán tener en cuenta todos los costes de transacción, sino solamente aquellos que pueden ser influenciados por las normas*. El paradigma más extendido dentro del análisis económico del derecho parte -según se desprende del examen que venimos realizando- de la premisa de que los derechos deben atribuirse y las reglas de protección deben formularse de manera que se replique la asignación de recursos que habría hecho el mercado si los costes de transacción fueran cero. Se piensa, pues, en la asignación de recursos que habría hecho un mercado perfectamente competitivo⁹⁸. Este es, en efecto, el paradigma, a decir verdad más proclamado que efectivamente practicado. Se trata, sin embargo, de un paradigma que, a nuestro juicio, ha de abandonarse. La regla que apela al mercado en competencia perfecta debe ser reemplazada por la regla que apela a los mercados reales imperfectos y, consiguientemente, debe expresarse así: el juez o el ordenamiento- han de replicar la respuesta que ofrecería el mercado suprimiendo los costes de transacción que él puede influenciar, pero manteniendo los que son inevitables⁹⁹. Dicho de otra manera: la norma de eficiencia no postula la atribución de los derechos y la formulación de sus reglas de protección según los resultados que

Wrongs, Cambridge 1992, pp. 148 ss. y, con un enfoque sustancialmente diferente -con más énfasis en *fairness* que en la eficiencia- K. L. SCHEPPELE, *Legal Secrets. Equality and Efficiency in the Common Law*, Chicago-London 1988, pp. 111 ss.; v. también R.E. SHAFFER y C. OTT, *Manual de análisis económico del derecho civil*, . I trad. esp., Madrid 1991, pp. 306 ss. En nuestra literatura ha de mencionarse el cuidadoso estudio de E. GÓMEZ-CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid 1994, en prensa (pp. 13 ss. del manuscrito, que he podido consultar gracias j. a la amabilidad de la autora) y las observaciones de L. ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid 1994, pp. 272 ss., a los que se remite para ulterior información.

⁹⁸ Lo explica inmejorablemente M. POLINSKY, «Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law», *Harv. L. Rev.* 87 (1974), pp. 1655 ss., esp. 1665 ss.; v. también MURPHY/COLEMAN, *Philosophy of Law*, pp. 195-196. La mejor imagen de este mercado con nulidad de costes transaccionales es la del «subastador hipotético» de Posner (según la célebre caracterización de KRONMAN, *J. Legal Stud.* 9 (1980), pp. 240-241).

⁹⁹ De la cuestión se ocupa específicamente S. E. MARGOLIS, «Two Definitions of Efficiency in Law and Economics», *J. Legal Stud.* 16 (1987), pp. 471 ss.; v. también las penetrantes observaciones de POLINSKY, *Raro. L. Rev.* 87 (1974), pp. 1671 ss.; y VELJANOVSKI, *Kyklos* 35 (1982), p. 69.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

podamos imaginar en el *vacuum* de los mercados competitivos perfectos; postula algo mucho más sencillo: construir la norma que atribuye los derechos y establece sus modalidades de protección, teniendo en cuenta los costes de transacción existentes y, en definitiva, las imperfecciones de los mercados reales, resulte más eficiente. De lo que se trata es simplemente de elegir el *second best*, es decir, la regla jurídica más eficiente de entre todas las alternativas posibles. La importancia de la cuestión se percibe sin esfuerzo si tenemos en cuenta que las valoraciones que está llamado a hacer el juez sobre conflictos de derechos a menudo están afectadas por los costes de transacción que constriñen los mercados reales y, en consecuencia, si esos costes de transacción no pueden ser alterados por el juez -o por el ordenamiento-, partir de la condición de nulidad de costes de transacción, puede llevar al establecimiento de reglas abiertamente ineficientes, y ello porque no tienen en cuenta el *background* económico sobre el que opera el sistema jurídico. Nuevamente nos serviremos de un ejemplo para ilustrar la significación del postulado. Imaginemos que Ud. diseña un nuevo tipo de lámpara especialmente adaptado para ciertos usos (por ej., para leer de noche en la cama sin molestar al *partner*) y que, tras un laborioso proceso, logra introducirla con éxito en el mercado. Supongamos que posteriormente yo imito su lámpara y comercializo -con mi marca y a un precio inferior- un modelo similar. Y supongamos, en fin, que Ud., ante tal circunstancia, me demanda por competencia desleal solicitando del juez una orden de cesación. Nos encontramos de nuevo ante un caso difícil, pues el art. 11 de la Ley de Competencia Desleal no es concluyente al respecto¹⁰⁰. ¿Cómo habrá de resolverse la disputa?. Es claro que nuestro juez prospectivo no se dejará seducir por el singular encanto de la justicia distributiva (el creador tiene más mérito y, por tanto, su pretensión ha de prevalecer sobre la del imitador), sino que tratará de legislar hacia el futuro estableciendo una regla que proporcione los incentivos correctos para la más eficiente asignación – y

¹⁰⁰ El indicado precepto consagra, por un lado, el principio de libre imitabilidad (art. 11.1 LCD) y, por otro, la prohibición de las imitaciones que «comporten un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno» (art. 11.2 LCD *in fine*). Dado que, *ex definitione*, cualquier imitación lleva anexa la explotación del esfuerzo del pionero, ambos apartados resultan contradictorios y, en esa tesitura, el juez ha de resolver de acuerdo con los postulados de la eficiencia que en esta materia resultan ser los que abiertamente proclama el legislador (v. arto 1 LCD).

producción- de los recursos, y a tal efecto dirigirá la mirada a la economía de la información. La nueva lámpara que Ud. ha diseñado constituye una innovación -una nueva configuración técnica o estética de una prestación- y, bajo esa óptica, incorpora información (el proceso de la innovación técnica y estética es un proceso de *producción de información*). El problema de la información es que, una vez producida y comunicada (lo que, en nuestro caso, puede tener lugar a través de la introducción en el mercado de la «lámpara de lectura nocturna») se convierte en un bien público, es decir un bien cuyo consumo por una persona no excluye el consumo por otra persona. Por eso se dice que no hay rivalidad. El carácter de *bien público* de la información suscita dos problemas. El primero es que si esa información no se protege mediante la concesión al creador del correspondiente derecho de propiedad (un derecho de exclusiva que le permita a Ud. impedir las imitaciones), el mercado puede ser que no produzca el volumen óptimo de información (innovación), ya que hay pocos incentivos para realizar inversiones en producir algo que los demás pueden usar libremente. Los costes de producción del pionero - es decir, su esfuerzo- es aprovechado por los demás sin pagar: externalidad positiva¹⁰¹. Y así como el problema de la externalidad negativa, es la sobreproducción, el de la externalidad positiva, es la infraproducción. El segundo problema es el inverso: si esa información se protege mediante el oportuno derecho de monopolio (es decir, si Ud. goza de un *ius prohibendi* frente a los imitadores), no habrá un problema de stock de información, sino de uso, puesto que, al no ser libremente apropiable, uno habrá de abstenerse de imitar o habrá de pagar regalías para hacerlo, lo cual generará un volumen de uso de la información sub-óptimo, puesto que, por definición, el precio óptimo de un bien público es cero. La teoría económica de la «asignación de recursos» sugiere, por tanto, que la información debe transmitirse gratuitamente y sin límite, lo que en materia de innovaciones lleva a consagrar el principio de libre imitabilidad. Hay pues un conflicto entre el volumen óptimo de producción y el volumen óptimo de uso de los bienes informacionales. Si se quiere facilitar el uso o asignación óptima, puede decrecer la producción óptima (por falta de incentivos) y si se quiere producir el volumen óptimo, puede decrecer el uso (por imposibilidad o por necesidad de pagar una licencia). Se plantea el dilema

¹⁰¹ El bien público es un fenómeno extremo de externalidad positiva (v., por ej., D. FRIEDMAN, *Teoría de los precios*, trad. esp. Madrid 1992, p. 517).

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

entre la mejor asignación de recursos bajo condiciones estáticas y el deseo de progreso bajo condiciones dinámicas y, en definitiva, el dilema a que aludíamos antes entre la eficiencia asignativa y la eficiencia productiva¹⁰². ¿Qué decidirá entonces nuestro juez? Aquí la consideración o no de los costes de transacción inevitables -y, en definitiva, de las imperfecciones del mercado- es decisiva. En efecto, en un mercado competitivo perfecto, el juez tendría que atribuirle a Ud. el derecho a no ser imitado por mí, puesto que esta es una exigencia del postulado que hace prevalecer las razones de la eficiencia productiva sobre las razones de la eficiencia asignativa. El juez prospectivo consideraría que el bien público de la información ha de ser privatizado por el ordenamiento a fin de que haya incentivos correctos para la producción de innovaciones. La posibilidad de apropiación privada de la innovación y con ello la internalización de los beneficios sociales de la «lámpara de lectura nocturna» que Ud. ha creado le proporcionaría a Ud. y a otros muchos como Ud. razones para seguir invirtiendo en I + D y creando nuevas prestaciones. Si el ordenamiento no ampara al creador ofreciéndole un derecho de monopolio, en un mundo sin costes de transacción, no habría innovaciones. El juez habría seguido en su argumentación la lógica que justifica el sistema de patentes. Pero la solución, aunque tal vez pueda estar justificada en relación a las innovaciones mayores (las patentes), lo cual es ya harto discutible, en modo alguno está justificada en relación a las innovaciones menores de que se ocupa la competencia desleal ya las que se refiere nuestro ejemplo. Es más, la atribución de derechos de propiedad a los productores de innovaciones menores amenaza con ralentizar muy seriamente el progreso técnico. Para apercibirnos de ello hemos de tener muy presentes las imperfecciones

¹⁰² Milgrom y Roberts describen el dilema con gran exactitud. Refiriéndose a los derechos de exclusiva o monopolio sobre los bienes informacionales, dicen: «Estos derechos de propiedad, de hecho, acarrearán una ineficiencia en el corto plazo; el uso de una idea por parte de otros, no la desgasta, ni la agota, ni priva a su creador de la utilización. Una vez que una idea ha surgido, sería eficiente un empleo de ella tan extenso como fuera posible, pues no hay ningún coste de oportunidad en su explotación. Sin embargo, esta solución implicaría que los creadores de ideas y quienes las desarrollan sólo recibieran una mínima fracción de los rendimientos de las inversiones. Ello eliminaría gran parte de los incentivos de las actividades creadoras e innovadoras; el impacto a largo plazo sería devastador» (P. MILGROM y J. ROBERTS, *Economía, organización y gestión de la empresa*, trad. esp., Barcelona 1993, pp. 356-357).

del mercado real que el juez o el ordenamiento no pueden suprimir, unas imperfecciones que permiten asegurar, sin necesidad de que intervenga el ordenamiento, que el pionero tendrá su recompensa y que, por tanto, no se verá *ex ante* desmotivado para acometer inversiones en I + D. Nos referimos a los retrasos naturales en la imitación (debidos a las imperfecciones del conocimiento, al secreto industrial, etc.)¹⁰³; a las ventajas competitivas del producto pionero (que le garantiza, en la lucha concurrencial, una posición de privilegio frente a los imitadores, porque el público no percibe de inmediato la calidad de las imitaciones); a la existencia de barreras de entrada (que obstaculizan el acceso por parte de los imitadores al mercado del producto pionero); y a la existencia de barreras de salida (que impiden a los competidores liberar inmediatamente sus recursos para dedicarlos a la imitación). Todas estas circunstancias determinan la existencia de un *lag time* entre la creación y la imitación que permite al pionero amortizar sus costes de investigación e incluso obtener un beneficio sobre competitivo que le estimulará a nuevas empresas. Pues bien, tales circunstancias -que no se considerarían en el mundo ideal de Coase, en el que existe nulidad de costes de transacción- son justamente las que ha de tener en cuenta el juez para no crear una regla ineficiente. Si lo hace, tendrá que reducir el alcance literal del art. 11.2 LCD *in fine* y absolverme por haber imitado la «lámpara de lectura nocturna» que Ud. ha creado¹⁰⁴.

¹⁰³ Esas imperfecciones del conocimiento que impiden que una innovación pueda ser imitada de inmediato se deben básicamente al carácter parcialmente tácito de la información, que requiere desarrollar un *savoir faire* para su utilización en el proceso productivo.

¹⁰⁴ La solución de este caso se inspira en el magnífico trabajo de P, PORTELLANO, *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1993, esp. cap. I. Este autor pone de relieve además que la imitación no sólo no priva de incentivos para la innovación, sino que derechamente la promueve. Para ello se basa en el carácter acumulativo y autogenerativo de la tecnología, que erige asimilar -lo que en ocasiones erige imitar- la tecnología preexistente para poder innovar más tarde, primero de manera incremental y más tarde de manera absoluta. La posibilidad de imitación refuerza, por otra parte, los incentivos del pionero para que, una vez que su prestación comience a ser imitada, se aplique a nuevas innovaciones, en lugar de «dormirse en los laureles» bajo la confortable sombra de un derecho de exclusiva.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

8. Hasta el momento he tratado de sistematizar los postulados, normativos más importantes que se desprenden del principio de eficiencia. En la lista, es cierto, sólo están censados los más sobresalientes desde el punto de vista sustantivo. El análisis debería continuar ahora con el examen de los postulados más procedimentales, que en cierto modo son una consecuencia del postulado aludido en el apartado anterior. Se trata, sin embargo, de una tarea que desborda con creces los objetivos que nos habíamos propuesto en este estudio¹⁰⁵. Nos limitaremos por ello a dos breves apuntes. El primero se refiere a la necesidad de tener en cuenta en el cálculo de eficiencia los costes de formulación de las reglas. El ordenamiento ha de formular reglas generales a fin de que sirvan para clases de individuos y de circunstancias, y esto vale también para las reglas que establezcan los jueces (recuérdese el problema de la aversión al riesgo en el ejemplo del contrato de suministro de crudo). Sólo de esta manera, en efecto, esas reglas pueden servir de orientación en la conducta futura de los agentes. De otro modo, resulta muy difícil que éstos puedan calcular y prever de antemano cómo serán resueltos los conflictos y contingencias que eventualmente puedan perturbar su programa de aprovechamiento de los recursos. Es el viejo tema de la seguridad jurídica objetiva o seguridad jurídica de orientación¹⁰⁶. La exigencia de una cierta generalidad de la norma también es una exigencia -como veremos enseguida- de su fácil administración. Pero esa generalidad de las normas no está exenta de costes, ya que en algunos casos determinará la atribución incorrecta de derechos o el

¹⁰⁵ Para una buena introducción a esta problemática sigue siendo de interés el trabajo de I. EHRLICH y R.A. POSNER, «An Economic Analysis of Legal Rule-making», *J. Legal Stud.* 3 (1974), pp. 257 ss.

¹⁰⁶ V. PAZ-ARES, RDM 1985, pp. 12-13. Hemos de ser cautelosos, sin embargo, al confiar en la capacidad de orientación de las normas jurídicas, debido al ingente coste de información que supone conocer y procesar el sistema jurídico (recuérdese que ni siquiera es racional leer las condiciones generales de los contratos). La ley de Stigler es clara: el destinatario de la norma se informará de las reglas que le afectan hasta el punto en que el beneficio marginal (esperado) supere el coste marginal (esperado). Hay, sin embargo, quien se muestra optimista. Así, por ejemplo, Rubin sostiene que si el derecho es económicamente racional, es irrelevante su conocimiento, porque los individuos económicamente racionales no tendrán que consultar el derecho: su conducta será automáticamente consistente con él: v. P.H. RUBIN, «Predictability and the Economic Approach to Law: A Comment on Rizzo», *J. Legal Stud.* 9 (1980), p. 326. El problema, sin embargo, es muy complejo.

establecimiento incorrecto de reglas de protección, bien sea por omisión -la regla no incluye ciertos casos que debería incluir- bien sea por) inclusión -la regla incluye ciertos casos que no debería incluir¹⁰⁷. El principio de eficiencia requiere que se ponderen esos «costes de error» a la hora de formular la regla¹⁰⁸. Naturalmente, esto no debe llevar a fragmentar de tal manera las normas que convirtamos al ordenamiento en un marasmo de normas particulares ni a generalizarlas de tal modo que el juez deba recrearlas para cada caso, aunque en muchas ocasiones el recurso a las cláusulas generales será inevitable¹⁰⁹. Hay que lograr el debido compromiso entre las exigencias de generalidad y las exigencias de determinación¹¹⁰. Hay muchos otros problemas en la formulación de las normas que aquí ni siquiera pueden ser mencionados. Entre ellos; el relativo a la llamada «ingeniería inversa» no es el último en importancia.

El otro postulado procedimental al que quería aludir no es menos importante que el anterior; se refiere a *la necesidad de tener en cuenta en el cálculo de eficiencia de la norma los costes de su administración*

¹⁰⁷ Sobre la problemática relativa a la sobreinclusión e infrainclusión de las normas jurídicas v. EHRLICH y POSNER, *J. Legal Stud.* 3 (1974), pp. 260 ss.

¹⁰⁸ V. MARGOLIS, *J. Legal Stud.* 16 (1987), p. 475 e *ibi* ulterior información.

¹⁰⁹ Se ha dicho con acierto que «[o]ne can imagine the common law's having a single decisional standard -some version of the Hand formula [por ejemplo, la regla de eficiencia]- that courts would apply a new in every case. But the information costs to judges and juries of determining the efficient outcome of every dispute would be enormous. The existence of specific rules limits the scope and hence cost of the judicial inquiry; in economic terms, the search for a local maximum is substituted for the more elusive quest for a global maximum» (POSNER, *Economic Analysis of Law* 4, p. 543).

¹¹⁰ O mejor dicho: hay que ponderar cuando conviene establecer «reglas» y cuando conviene establecer «estándares» (cláusulas generales, principios, conceptos indeterminados, etc.). El problema es claro: las reglas son costosas de crear, pero fáciles de administrar; en cambio, los estándares son fáciles de crear, pero muy costosos de administrar, tanto por los individuos que tienen que orientar por ellos sus conductas, como por los jueces que tienen que concretarlos. Estamos pues ante el viejo problema de determinar cómo debe ser producido o creado el derecho: *ex ante* (reglas) o *ex post* (nótese que los estándares no son otra cosa que la atribución al juez de poder para formular la regla después de que el supuesto de hecho se haya realizado) (sobre estas cuestiones resulta de sumo interés el estudio de L. KAPLOW, «Rules versus Standards: An Economic Analysis», *Duke L. J.* 42 (1992), pp. 557 ss.; v. también el sugestivo ensayo de F. H. EASTERBROOK, «Abstraction and Authority», *U. Chi. L. Rev.* 59 (1982), pp. 349 ss.

PRINCIPIO DE EFICIENCIA Y DERECHO PRIVADO

judicial y, en especial, los costes de medición para los jueces de las conductas y de las circunstancias que van a quedar sometidas a su consideración como consecuencia de una determinada configuración de la regla. Los costes de información de los jueces exigirán en muchos, casos que se alteren normas sustantivas que, si hubiese plena información, serían óptimas¹¹¹. La *second best* puede ser a menudo la mejor solución. Pero los problemas no son sólo de información; son de una índole muy variada. Así, por ejemplo, volviendo al caso ya aludido del cumplimiento contractual, el juez -o el ordenamiento-, a la hora de determinar cuándo una prestación ha de ser cumplida *in natura*, habrá de tener en cuenta los mayores costes de supervisión que entraña para el aparato judicial la consagración de un sistema de esta naturaleza. Es muy probable, desde esta perspectiva, que la no aplicación de la responsabilidad específica a las obligaciones de hacer personales tenga mucho que ver con esos costes¹¹².

V. CONSIDERACIÓN FINAL

El intento de articular un modelo simple del principio de eficiencia como principio rector de la producción judicial del derecho privado se ha realizado en las páginas que preceden con la vista puesta -como decía al principio- en la discusión de los distintos criterios de eficiencia que nos ofrece la economía del bienestar. Sólo de esta manera, en efecto, me parecía posible desbrozar el terreno para afrontar una discusión llena de dificultades. Si el objetivo se ha conseguido sólo podremos saberlo cuando acometamos la tarea pendiente. El empeño y la insistencia -siempre amables- de mi buen amigo el profesor Sebastián Urbina son los principales responsables de que estas páginas preliminares se publiquen hoy desgajadas del tronco del que parten. Espero que a pesar

¹¹¹ Sobre esta materia V., además de las ya clásicas páginas de G. CALABRESI, *El coste de los accidentes*, trad. esp. Barcelona 1984, pp. 205 ss. 288 ss. sobre los que él llamó «costes terciarios», v. ahora, JOHNSEN, *J. Legal Stud.* 15 (1986), pp. 277 ss, lleno de ricas indicaciones.

¹¹² V., para un apunte, POSNER, *Economic Analysis of Law* 4, pp. 131-132; COOTER/ULEN, *Law & Economics*, p. 324.

de ser todavía muy incompletas y, lo que es más grave, muy preliminares, puedan resultar de alguna utilidad a quienes se interesan por esa apasionante disciplina que es la teoría económica del derecho.