

ECONOMÍA DE LOS CONTRATOS Y ESCUELA AUSTRÍACA DE ECONOMÍA: CONSIDERACIONES PRELIMINARES*

*Eduardo Stordeur (h)***

Introducción

Los autores afiliados a la tradición de la Escuela Austríaca de Economía (EAE) han sido, en general, críticos del Análisis Económico del Derecho (AED), cuestionando varios de los supuestos y herramientas analíticas de corte neoclásico empleados por el enfoque económico del Derecho.

En otra oportunidad, he sugerido que con independencia de algunas importantes y justificadas diferencias en los planos normativo y metodológico, es posible encontrar un grado apreciable de compatibilidad entre la EAE y el AED. Apelando a un examen comparativo de los supuestos básicos de análisis en autores paradigmáticos de ambos enfoques concluía que algunas coincidencias podían encontrarse fundamentalmente en el plano explicativo, es decir en la descripción de las funciones económicas básicas o centrales del sistema legal.

En esa oportunidad me interesaba mantener la discusión en el ámbito de los principios más generales, en parte porque a ese nivel habían planteado la discusión los autores de la EAE, críticos del enfoque económico del Derecho.

En este trabajo, sin embargo, quiero ilustrar de un modo más concreto la eventual compatibilidad entre ambos enfoques, examinando hasta qué punto un exponente típico de la EAE debería aceptar, y en ese caso con qué condiciones o supuestos, las clásicas funciones económicas del derecho

* Este trabajo fue escrito en el marco de la beca Federico J. L. Zorraquín otorgada por ESEADE. Agradezco el apoyo financiero de ESEADE para este trabajo.

** Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho y Economía (ESEADE). Profesor de postgrado (UBA). Profesor invitado (Escuela de Derecho, UTDT). Fue recientemente Académico Visitante en el Programa de Derecho y Economía (Universidad de Berkeley).
Email: eduardo_stordeur@yahoo.com.ar

de los contratos descriptas con frecuencia por los autores del AED. En otros términos, quiero examinar el grado de compatibilidad de ambos enfoques en un tema tan sensible a la cooperación y la eficiencia de los mercados como es el derecho de los contratos. Otro modo de poner el asunto: quiero mostrar el modo en el cual, creo, un economista influenciado por los principales autores de la EAE podría examinar o describir las funciones centrales del derecho de los contratos.

Para eliminar confusiones, antes quiero mostrar algunas diferencias importantes básicas entre el modo de entender y valorar el derecho entre un típico exponente del AED y un típico exponente de la EAE, según dos modos característicos y frecuentes de entender el derecho entre economistas de esta última tradición: la concepción del derecho como un orden espontáneo, basada en los trabajos de Friedrich A. von Hayek, y una variante libertaria de los derechos naturales en la tradición de John Locke. Creo que buena parte de las diferencias normativas en el plano legal entre un analista económico del derecho típico y un autor paradigmático de la EAE debería provenir de alguna de estas dos influencias, razón por la cual me interesa examinarlas, antes de pasar al plano más descriptivo del trabajo.

Con esa finalidad, inicialmente voy a identificar aquellos puntos salientes de la EAE respecto de la teoría de precios y de posibles concepciones de la justicia o modos de pensar el derecho, para luego examinar cada una de las funciones económicas centrales del derecho de los contratos en la versión ortodoxa, y su eventual grado de compatibilidad con el enfoque de la EAE.

Escuela Austríaca de economía y teoría de precios

Un primer problema es identificar con precisión qué conjunto de ideas son representativas de la Escuela Austriaca de Economía. Con frecuencia se emplea el término Escuela de Viena o Escuela Austríaca, en un sentido amplio, para referir a un muy distinguido y variado grupo de economistas emigrados de Austria luego de la Gran Guerra, entre los que cuentan, por ejemplo, el conocido historiador de las ideas económicas Joseph Schumpeter,

el temprano partidario de la economía mixta, Von Wieser, y hasta uno de los pioneros de la teoría de los juegos.¹

Sin embargo, más frecuentemente se emplea el término Escuela Austríaca de Economía (EAE) en un sentido mucho más restrictivo, para referir a una tradición de pensamiento económico asociado a un conjunto de ideas expresadas por autores típicos como Ludwig von Mises, Friedrich A. von Hayek, y más modernamente, Israel M Kirzner y Murray Rothbard. Sin embargo, aun en esta definición no es simple caracterizar de modo preciso a la EAE: mientras Mises y Rothbard, por ejemplo, parecen rechazar muchas de las herramientas teóricas empleadas en el enfoque económico dominante de mayor uso en economía del derecho, otro autor tan central a esta corriente como Hayek fue mucho más permeable al método y herramientas de la visión predominante en la economía tradicional.²

Examinada a cierta distancia, es posible que la EAE no tenga rasgos distintivos lo suficientemente fuertes para ser distinguida nítidamente del marginalismo en general: aun con variantes, adopta una versión maximizadora de la decisiones humanas donde las personas responden a precios de modo tal que sus decisiones pueden ser referidas a un proceso que toma en cuenta la noción de equilibrio.³ Vista de cerca, sin embargo, tiene algunas notas que la diferencian marcadamente del enfoque tradicional, aun cuando no es del todo seguro que permita una alternativa completa a la economía convencional.⁴ Sin embargo, si se pone adecuadamente el énfasis en los aportes de autores característicos de la EAE, es posible extraer algunas notas centrales que la distinguen, sobre las cuales voy a poner énfasis para examinar las funciones económicas del derecho de los contratos. Aun sin ánimos de ser exhaustivo, quisiera destacar algunas de las características que me parecen salientes de la EAE en el campo de lo que los economistas tradicionales denominan teoría de precios y que constituye la parte de la teoría económica más empleada para examinar el sistema legal.

Una nota central de la EAE que la distingue de la teoría económica convencional es la reticencia de algunos de sus miembros más representativos, por cuestiones de método, a validar empíricamente sus hipótesis. Para los miembros de la EAE la economía es cualitativa y rechazan en forma extendida

el empleo de matemáticas, optando por la exposición literaria, al mismo tiempo que muchos de sus partidarios emplean el método deductivo, al menos de manera predominante. De hecho, se ha sugerido que la menor recepción de la EAE respecto del enfoque (dominante) de la Escuela de Chicago en la defensa de una economía de mercado se debe o puede deberse precisamente al rechazo a validar empíricamente sus hipótesis, aun de manera cualitativa, en contra de la práctica más extendida en las ciencias en general (Skousen, 2005:99-100).

Mises, por ejemplo, emplea poca historia, nada de gráficos y herramientas formales, usa pocos datos y ni siquiera apela a ejemplos cualitativos en sus trabajos. Defiende expresamente el método deductivo en teoría económica: los datos, en el mejor de los casos, muestran pero no demuestran principios de teoría económica, puesto que es la teoría que se obtiene deductivamente la que permite leer los datos e interpretarlos.⁵ Rothbard, sin embargo, ha sido generoso en el empleo de datos en su explicación de la crisis del '30 y emplea gráficos y algo de álgebra simple en su tratado de economía – pero probablemente con fines didácticos antes que teóricos– en tanto adhiere seriamente a un apriorismo extremo: como su maestro Mises, pensaba que los datos no pueden falsear ni verificar la necesaria validez deductiva de los teoremas de la ciencia de la acción humana (Rothbard, 1957:315–18).

Otro elemento central al enfoque de la EAE es la noción del mercado como un proceso dinámico de asignación de recursos, como opuesto a la idea de equilibrio neoclásico. Pero lo cierto que la idea de proceso de equilibrio incluye esa noción o al menos fuerzas impersonales equilibrantes del mercado que tiendan hacia el equilibrio (Lachmann, 1976). En este proceso, además, con frecuencia los autores de la EAE ponen énfasis en la figura del emprendedor o empresario, cuyos aciertos en las transacciones tienden a corregir el mercado hacia una tendencia al equilibrio que nunca se alcanza por el cambio en las condiciones de los mercados.

Otra nota central es la idea de que el conocimiento no puede describirse ni cuantificarse y que la función central de los precios es precisamente ofrecer o canalizar el mismo de modo tal que los mercados tiendan hacia el equilibrio. El cambio en el conocimiento produce nuevos desequilibrios que

operan como mecanismos para que el mercado los corrija y así obtener ganancias, permitiendo un mejor ajuste de expectativas entre los participantes del mercado. Expectativas que, como nadie lo ha destacado tanto como los austriacos, son subjetivas, mudables e inconmensurables. Los precios expresan expectativas subjetivas, recogen información y conocimiento disperso en los mercados permitiendo una mejor convergencia de planes en la toma de decisiones respecto de bienes escasos, asignando éstos conforme las valoraciones de los consumidores. En este sentido una fuerte (y para mí válida) objeción clásica de la EAE a la planificación central de la economía es la imposibilidad de cálculo económico en ausencia de precios, que son expresión necesaria de intercambios libres entre compradores y vendedores en los mercados.

Aun sin entrar en detalles, puesto que es difícil caracterizar por completo a la EAE en breve espacio, creo que sus elementos centrales distintivos en materia de teoría de precios son: (a) un radical subjetivismo, (b) su visión apriorística de la teoría económica, (c) el énfasis en la ignorancia de los actores del proceso de mercado, (d) el consecuente papel o rol informativo del sistema de precios y (e) la consiguiente descripción del mercado como un proceso que tiende hacia el equilibrio, coordinando mejor los planes individuales de los participantes del mercado.

Es posible que el lector crea que he dejado de lado aspectos importantes o centrales de la EAE en esta breve descripción, lo cual es enteramente posible. No pretendo ser exhaustivo, y de hecho voy a tomar éstos y otros elementos centrales de este enfoque para mostrar que un economista paradigmático afiliado a esta visión de la economía no debería tener demasiados problemás en aceptar buena o la mayor parte de las funciones económicas de los contratos en los términos usualmente descriptos por el enfoque económico del derecho, aun con algunas reservas y modificaciones.⁶

Dado que Hayek no ha trabajado la economía prácticamente desde la década de los '30, su mayor permeabilidad con la teoría económica convencional y la evidente proximidad teórica entre Mises y Rothbard, en general y salvo expresas excepciones, voy a hacer referencia a la posición de estos últimos autores. Sin embargo, no me interesa un examen de su pensamiento en particular, sino una lectura analítica, que sería compartida

por estos autores o quienes siguen algunas de sus ideas centrales. Soy consciente que esto asume riesgos, pero creo que las ventajas analíticas son superiores.

Sin embargo, los autores de la EAE, más que otros economistas, se han ocupado de temás relacionados con las instituciones y la justicia. Aun cuando claramente estas visiones sobre el derecho y la justicia no son parte de la teoría económica austríaca, si podrían tener influencia en diversas actitudes de economistas de la EAE en la recepción del AED, razón por la cual conviene considerarlos en forma breve.

Los autores de la EAE y el Derecho

Los autores de la EAE se han ocupado en extenso de cuestiones relativas a filosofía legal o política, campo en el cual expresan conclusiones similares, en general a favor de un ámbito muy limitado o inexistente de ingerencia gubernamental. Sin embargo, los autores más importantes de la EAE difieren significativamente respecto de las razones por las cuales las personas deberían tener un amplio campo de libertad contractual exentas del poder del Estado. Es decir, difieren en materia de filosofía legal y política.

En general, hay tres tipos de explicaciones o justificaciones del derecho o teorías de la justicia a las cuales los partidarios de la EAE adhieren: una especie de utilitarismo cualitativo, probablemente de reglas y no demasiado racionalista del tipo Mises, una versión fuerte de los derechos naturales de propiedad privada en la tradición de John Locke o, en un plano más descriptivo pero con implicancias normativas, la conocida concepción del derecho como orden espontáneo expuesta y revitalizada por Hayek.

Creo que desde un punto de vista normativo, quienes adoptan una visión del derecho del estilo Mises deberían tener menos problemas con las recomendaciones normativas usuales en AED que aquellos que adoptan un concepción dura de los derechos de propiedad en una variante del derecho de natural asociada a la conocida explicación que basa el derecho en un acto de ocupación unilateral, popularizada y desarrollada por Locke.

Mientras Mises adhiere o parece adherir a alguna forma de utilitarismo y des Cree de la posibilidad de arribar a proposiciones verdaderas en el campo moral y mira al derecho como un instrumento para la cooperación y el bienestar humano, su discípulo Rothbard encuentra el fundamento del sistema legal en una versión individualista de la tradición inaugurada (de manera más notable) por Locke, poniendo énfasis en la existencia de derechos naturales que deben ser respetados con independencia de las consecuencias (Rothbard, 1989). Posición a la que adhieren algunos de sus más conocidos seguidores, como Walter Block (1995) o Hans H. Hoppe (1993).

Estos autores son defensores a ultranza del derecho de propiedad privada como derecho natural y es razonable que la visión más instrumental que tiene el AED sobre el derecho de propiedad y el derecho en general, les cause rechazo: es muy distinto considerar que los contratos deben cumplirse, como regla, por que de ellos siguen en general buenos resultados sociales (ej. la extensión de la cooperación social), que afirmar que los contratos deben ser cumplidos con independencia de las consecuencias porque las promesas o el respeto por el derecho de propiedad tienen valor moral independiente de las consecuencias.⁷

Quienes piensan las cuestiones legales de este modo ponen mucho énfasis en el valor absoluto de la autonomía individual y podrían objetar que algunas aplicaciones de los criterios de eficiencia son demásiados restrictivos de los derechos de propiedad privados y la libertad de contratar. El argumento, por ejemplo, podría decir que las personas tienen derecho a transferir libremente todo aquello que han adquirido sin violar derechos de terceros a cualquier precio, con independencia de que su actividad sea monopólica, una imperfección de mercado que para muchos economistas ortodoxos autoriza al Estado a regular la actividad privada.⁸ Muchos libertarios claramente objetarían que algunas ingerencias del Estado basadas en el bienestar no están justificadas, si nos tomamos en serio la libertad o autonomía de las personas. Aun cuando muchos autores de esta tradición han intentado mostrar el modo en el cual una sociedad entera o casi enteramente contractual puede funcionar de manera adecuada en términos de eficiencia, el acento está siempre puesto en los derechos individuales de las personas.

Usualmente quienes miran de esta forma el derecho deberían adoptar tres principios clásicos en la tradición que inaugura John Locke: (a) un principio de adquisición justa de la propiedad, un (b) principio de libertad contractual y un (c) principio de rectificación de la injusticia. En (a) un autor libertario de este tipo debería elegir un principio basado en la libre y unilateral ocupación de bienes sin dueño como mecanismo justo de adquisición de la propiedad. Un tipo de regla que no siempre es eficiente: en contextos donde los recursos son escasos puede llevar a cierto sobre-empleo de los recursos; produce una carrera por definir derechos de propiedad e incrementa o puede adelantar en el tiempo la formación óptima de derechos de propiedad. Desde la eficiencia, además, otras formas de adquisición originaria, como la subasta pública o la decisión colectiva, dependiendo del contexto, podrían tener atractivo.⁹

En el campo de la libertad contractual, un economista tradicional típico potablemente concedería menor espacio a los contratos privados que un exponente tradicional de la EAE, que adopta este modo de justificar el sistema legal. Dejando de lado las explicaciones basadas en eficiencia, estos autores insistirían en la justicia de libertad contractual con independencia de las consecuencias. Una cosa es pensar los contratos como mecanismos para incrementar el bienestar y otra muy distinta es pensar a estos como reglas que tienen para las partes un valor moral independiente de las consecuencias. En términos muy generales, un autor típico del AED limitaría la validez y ámbito de contratación a los casos en los cuales hay excedentes de la contratación, mientras que los autores de la EAE, comprometidos con una visión moral fuerte de los derechos de propiedad, sólo limitarían la validez de los contratos cuando éstos afecten derechos de terceros, o cuando se emplee fuerza, fraude o sean suscriptos por personas incapacitadas. Quienes creen que los contratos tienen sólo un valor instrumental al bienestar serían más proclives a limitar la validez de contratos en una cantidad más grande de casos, en particular cuando operan fallas de mercado que llevan a equilibrios sub-óptimos.¹⁰

Probablemente, por ejemplo en un autor como Rothbard, el fundamento del derecho de los contratos no sería asegurar la cooperación ni el incremento

del bienestar entre las partes contratantes y de la sociedad sino que debería ser justificada como una extensión del derecho natural privado de propiedad. En una concepción del derecho de esta naturaleza la obligatoriedad de cumplir con un convenio, de un modo análogo a algunas viejas instituciones y requerimientos del derecho común, se basa en que la ausencia de cumplir una prestación una vez que se ha obtenido alguna ventaja de la otra parte constituye una forma de robo, es decir, de violación del derecho de propiedad de la parte que ha cumplido la promesa.¹¹

Por último, un típico economista ortodoxo estaría dispuesto a emplear la fuerza o amenaza de la fuerza implicada en la actividad estatal en un rango mucho más amplio que el usualmente muy restringido o bien inexistente (en las frecuentes versiones anarquistas) en estas versiones mínimas de la competencia del Estado, frecuentes para este grupo de autores de la EAE.

Otra explicación o justificación del derecho usual entre autores de la EAE se debe a los valiosos aportes realizados por Hayek en el campo de la filosofía legal. Aun cuando puede haber puntos de contacto entre una visión del derecho del tipo Hayek y algunos autores del AED, hay claras diferencias en la manera de entender las funciones generales del sistema legal.¹² En la visión de Hayek, el derecho tiene un origen evolutivo de tipo orden espontáneo que excluye, en parte, las explicaciones reduccionistas que son más usuales, aunque no necesariamente únicas, en el campo del AED. Mientras los autores del AED ponen mucho énfasis en el individualismo metodológico para explicar la evolución y cambio del sistema legal y las decisiones que las personas toman frente a un cambio en una regla legal, muchos autores de la EAE inspirados en Hayek podrían insistir en que las personas no sólo toman decisiones para incrementar su bienestar sino que también son seguidores de reglas exitosas, aquellas que han permitido prosperar a los grupos que las han adoptado. O bien que las reglas legales (y ambas metas están claramente relacionadas) permiten lograr mejor coordinación social en particular transmitiendo información y conocimiento local no disponible para los actores individualmente considerados. Aun cuando actualmente en la economía tradicional hay muchos autores que emplean modelos donde se asume que los individuos toman decisiones adoptando

reglas exitosas, no es muy claro (y ese es un trabajo que excede el presente) hasta qué punto hay compatibilidad central en la explicación del derecho del tipo Hayek y estos modelos que atenúan el nivel de racionalidad de los actores y los suponen seguidores de reglas exitosas, relajando los supuestos clásicos de individualismo y racionalidad de la teoría económica en su versión más estándar.¹³

Esa diferente visión del derecho puede generar divergencias en el plano normativo entre un tipo ideal del economista del derecho y un seguidor de la EAE influenciado por los trabajos de Hayek. Mientras el primero puede abordar el sistema legal desde un enfoque más racionalista y en el extremo sugerir que los jueces deben tomar decisiones para incrementar el bienestar o la riqueza o alguna meta usual del sistema legal, un austríaco podría insistir en una visión menos racionalista y constructivista por parte del juez, con la idea de que éste debe mantener las reglas que permiten el orden social, empleando las herramientas legales tradicionales que han sobrevivido al paso del tiempo. La idea central es que el derecho común constituye un sistema descentralizado de toma de decisiones donde las personas eligen las reglas legales y donde éstas cambian gradualmente permitiendo mejores adaptaciones según los contextos y cambios históricos. Pero creo que esa diferencia de mirada debería tener más impacto a nivel normativo o a nivel explicativo general del sistema legal, y no a fines de examen o análisis de funciones de partes particulares o institutos del derecho. Uno podría pensar que una cosa es mirar el gran cuadro del sistema legal y otra describir las funciones de un instituto legal en particular, o bien examinar los incentivos y evaluar las consecuencias probables que el mismo tiene en las interacciones sociales.

Aun cuando dentro de la AED hay gran variedad de posiciones y, en general, la mayor parte de los economistas del derecho limitan sus trabajos al campo positivo de la teoría, puede ser de utilidad comparar brevemente al Juez Posner y Hayek.¹⁴ Hay en ambos autores una diferencia fuerte respecto del problema del conocimiento e información que tiene implicancias en la manera en la cual ambos explican el derecho: mientras Posner parece sugerir a veces que los jueces podrían tener la información necesaria para tomar

decisiones en términos a la eficiencia, una visión del derecho del tipo Hayek probablemente ponga insistencia en los problemas que el juez enfrenta, aun si la eficiencia fuese una meta, para obtener esa información, en particular respecto del conocimiento tácito a veces imposible de articular en términos precisos, que el orden espontáneo del derecho sí lograría capturar.

Mientras para Posner, en general, salvo cuando no tiene buena información en la cual recomienda seguir el precedente, el juez debe mirar al futuro para establecer correctos incentivos en los decidores racionales, un Juez del tipo Hayek pondría mayor énfasis en los arreglos sociales decantados por la experiencia no intencionada de las sociedad y por lo tanto, algo más intuitivo para la tarea judicial, una mirada más orientada al pasado. Mientras este último intentaría preservar el orden restableciendo las razonables expectativas de las partes en litigio, un juez del AED, aun cuando en muchos casos tendría diferentes pero buenas razones para hacer lo mismo, podría o debería estar más inclinado a mejorar el orden legal sobre la base del criterio de eficiencia o incrementando algún valor usual del sistema legal apelando a modelos basados en teoría económica.¹⁵

El examen de algunos trabajos normativos de Posner muestran que éste cree que los jueces deben tomar decisiones para incrementar determinados resultados sociales valiosos, en particular la maximización de la riqueza social,¹⁶ mientras que un autor típico de la EAE podría, por influencia de Hayek, insistir en la naturaleza de orden espontáneo del sistema legal. Mientras para Posner el derecho tiene por finalidad, aun cuando no necesariamente consciente por parte de los actores, incrementar la riqueza social, para autores de la EAE que adoptan esta frecuente mirada del derecho, el sistema legal tendría por finalidad mantener el orden espontáneo en la sociedad.¹⁷

Un juez del tipo Hayek, probablemente, tomaría decisiones en términos conservadores respecto del orden social, y reforzaría las expectativas sociales creadas por la ley, mientras que un juez del tipo AED, paradigmático en la versión Posner, tomaría decisiones con la finalidad de incrementar la riqueza social o la utilidad. Aun cuando en muchos casos ésta se incremente manteniendo el orden social.

Existe una diferencia importante en la concepción del conocimiento e información que se supone en los jueces. Probablemente un juez del tipo de Posner tendría más confianza en la capacidad del tribunal de conocer cuál es la regla que mejora a la sociedad en términos de eficiencia. Pero si la meta es la coordinación social y contar con mejor conocimiento para tomar decisiones en contextos sociales, un juez del tipo Hayek podría insistir en la necesaria falta de conocimiento e información del juez para “mejorar” el sistema legal, un orden espontáneo evolutivo que, como el lenguaje, contiene información dispersa y tácita no fácilmente articularle o accesible a actores individuales.

Se ha sugerido, en lo que creo es una versión demasiado extrema del argumento, que los mismos límites que enfrenta el planificador central para asignar recursos son los que afectan la capacidad de los jueces para tomar decisiones correctas, si la eficiencia fuese una meta o finalidad declarada y aceptada del sistema legal.¹⁸ Pero esto podría tener sentido a la luz de la concepción más subjetiva del problema económico que adopta Hayek, para quien el problema económico no consiste en cómo asignar mejor los recursos, sino cómo emplear los recursos conocidos por los miembros de la comunidad para usos que ellos sólo conocen (Hayek, 1945). Para Hayek el derecho constituye otra especie de orden espontáneo y por tanto son las reglas evolutivamente generadas y las correspondientes expectativas de los privados la mejor guía para lograr una mejor coordinación de planes individuales.

La finalidad del derecho es que las personas coordinen expectativas de modo exitoso y son las personas las que cuentan con mejor información que el juez y el legislador. Un juez estilo Hayek debería examinar cuáles pretensiones o expectativas son legítimas y cuáles reglas mantienen el orden normativo más general que hace posible la coordinación entre planes individuales sobre la base de reglas abstractas que no contienen finalidades específicas. El derecho, más que promover una meta específica como el incremento del bienestar en sentido estricto, persigue que las personas tengan mejor conocimiento para tomar decisiones más consistentes con las expectativas de los demás, en un contexto de reglas que contienen mucha más información y conocimiento del que puede obtener validamente un juez.¹⁹

Desde este punto de vista no es claro que el juez logre obtener buena información para “mejorar” la ley, en tanto ésta supone un sistema espontáneo de normatividad enmarcada en otros sistemas de normatividad más generales que el juez no puede conocer. En casos difíciles, el juez debe emplear cierta lógica situacional para encontrar la mejor regla que satisface las expectativas de las partes en litigio y no mejorar el derecho en términos externos a la ley, como la eficiencia en la concepción más estrecha propia del enfoque neoclásico (Hayek, 1977:114-6).

Un juez del AED probablemente estaría más interesado en mejorar la ley en términos del criterio de eficiencia, aun cuando no subestimaría la influencia que la tesis de la mayor eficiencia del derecho común puede o podría tener en un analista típico de AED, adecuadamente consciente de las limitaciones de información y las ventajas del mismo sistema para elegir reglas eficiencia.

Sin embargo, un punto en común es la preferencia de ambos enfoques por un sistema de derecho basado en la jurisprudencia y la costumbre (Stordeur y Ramos Mejía, 2005). Algunos trabajos del AED muestran la eficiencia del derecho común como un proceso de mano invisible y sería interesante examinar el grado de compatibilidad entre ambas explicaciones. En general estos modelos formales muestran que las reglas que favorecen la cooperación tienden a desplazar a las reglas ineficientes en los tribunales, como una consecuencia no intencionada de los jueces y las partes. En general, las partes tienen buenos incentivos para elegir reglas que incrementan el excedente o bienestar de las mismas; litigar reglas ineficientes es más costoso que litigar reglas eficientes (Rubin, 1977; Priest, 1977). También sería interesante examinar la compatibilidad entre estos trabajos y una visión del tipo Hayek del sistema legal, donde quizás sea posible encontrar aspectos en común y dotar de un contenido analítico más preciso y riguroso las algo imprecisas explicaciones de la evolución del derecho de este autor. Mi impresión es que muchas de las herramientas analíticas de la economía tradicional y de juegos (en particular en su versión evolutiva que usualmente destacan problemas de información y hacen que los jugadores copien reglas exitosas) podrían contribuir con esta tarea y al mismo tiempo establecer las condiciones

en las cuales el orden espontáneo permite buenos resultados, sea en términos de eficiencia convencional o de coordinación de planes y expectativas, algo que usualmente está presente también en los autores del AED y de juegos aplicado a las instituciones legales. Mi intuición es que las personas seriamente interesadas en cómo funcionan los procesos de mano invisible en el derecho, deberían estar seriamente interesadas en las explicaciones que ofrece el AED y la teoría de los juegos en su versión evolutiva, aun cuando eventualmente no haya compatibilidad completa entre los presupuestos de análisis de ambos enfoques.

Funciones económicas del derecho de los contratos y la Escuela Austríaca de economía

Derecho de los contratos y la expansión de los mercados

El enfoque económico del derecho ha enfatizado que una de las funciones centrales del derecho de los contratos es incrementar la cooperación social facilitando los intercambios de mercado.²⁰ Esta explicación central del derecho contractual no sólo es consistente con buena parte de algunas de las más clásicas explicaciones de las funciones del derecho de propiedad en autores de la EAE, sino que además ésta podría agregar algunas explicaciones interesantes para una economía del derecho de los contratos, particularmente apelando a la idea de imposibilidad del cálculo económico planificado y la importancia de la actividad empresarial en el proceso de mercado y en la creación de reglas legales. Voy a comentar brevemente el modo en el cual el derecho de los contratos facilita la cooperación social, fundamentalmente por medio de los mercados, para luego sugerir algunos aportes posibles de la EAE en este campo de investigaciones.

El derecho de los contratos consiste centralmente en una serie de reglas que (a) establecen qué convenios pueden ser ejecutados por ley y (b) cuáles son las sanciones para el caso de incumplimiento (aun cuando también ofrecen otros importantes servicios como la reducción del costo de las transacciones

y la regulación de convenios incompletos o con problemas de formación y ejecución). Cuando el derecho de los contratos coloca una sanción por incumplimiento establece un precio por incumplir convenios que induce a las partes contratantes a incrementar el nivel de cumplimiento de los convenios respecto de un estado del mundo donde no hay sanciones por incumplimiento. Una idea central del AED es que las personas responden, no exclusivamente pero sí de manera importante, a cambios en estos precios, de modo tal que (por ejemplo) cuando la sanción por incumplimiento es más grande y probable, mayor deben ser los incentivos para cumplir con las prestaciones.

Los autores de la EAE han sido explícitos en su reconocimiento de que cambios en los precios de mercado incentivan a las personas a tomar decisiones de una manera que puede ser explicada por la teoría económica. El enfoque económico del derecho de los contratos sólo requiere que el analista de la EAE admita que las sanciones, en el caso monetarias, tienen o deben tener en algún grado una función análoga al costo de oportunidad de no cumplir el convenio, en el sentido de que de una sanción mayor debería esperarse mayor cantidad de cumplimientos específicos de los convenios.

Los autores de la EAE no han sido demasiado explícitos acerca de una explicación particular del derecho de los contratos, lo que es natural cuando uno sólo busca una comprensión general del sistema legal. Mises, por ejemplo, cree que es la institución de la propiedad privada hace posible pasar de la competencia biológica a la cooperación social. Las personas dejan de disputar bienes escasos para emprender intercambios y decisiones que benefician a las personas en sociedad. Una extensión posible de este argumento es que el derecho de los contratos constituye también una herramienta de cooperación social. Por otra parte, la explicación evolutiva del sistema legal de Hayek y su preferencia por mecanismos evolutivos y graduales de reconocimiento de reglas que permiten mejor coordinación social es consistente con la evolución de este antiguo campo del derecho civil cuyas principales reglas, hoy vigentes, vienen del derecho romano pretoriano.

Creo que un autor típico de la EAE y otro del AED acordarían en el aspecto formal del argumento de que el derecho de los contratos promueve la cooperación social pero posiblemente tendrían diferencias en la explicación

más sustantiva de la función económica central del derecho de los contratos. Creo que acordarían que una sociedad donde la mayoría de los convenios a plazos pueden ser impunemente incumplidos, impide la existencia de compromisos creíbles, y afecta o debería afectar la extensión de los intercambios de mercado. No sólo no veo evidencia en contra para esta afirmación sino que la insistencia de Mises en la cooperación como función central del derecho de propiedad me lleva a pensar de ese modo. Pero en cualquier caso contamos con buena evidencia de que cuando no hay derechos de los contratos en sociedades complejas la extensión de la división del trabajo se resiente, limitando la extensión de los mercados y el bienestar, tanto en la concepción del AED como de la EAE.²¹

Una forma simple y práctica de examinar la necesidad económica de contar con un derecho de los contratos es apelar a la experiencia de las sociedades modernas que por diversos motivos no han contado con un sistema formal de hacer cumplir las obligaciones contractuales. Aun cuando desde luego no se han interrumpido los intercambios ni el movimiento de los mercados, la cantidad y calidad de las transacciones se han visto fenomenalmente afectadas. Es decir, el ámbito de la cooperación humana medida por la extensión de los mercados se ha visto significativamente reducido con la consiguiente ineficiencia. Puesto en otros términos, el derecho de los contratos permite que las sociedades de determinado nivel de complejidad aprovechen de modo más completo el excedente de la cooperación, es decir, que las personas obtengan mayores beneficios derivados de los intercambios. Sin un derecho de los contratos que sancione a quienes no cumplen sus obligaciones contractuales, los individuos tienen muchos incentivos para el oportunismo y la confianza en el cumplimiento de los intercambios a plazo se reciente, del mismo modo que los mercados. El derecho de los contratos tiene como finalidad general hacer más creíbles las promesas a término, generando de ese modo condiciones más favorables para los intercambios.

Un clásico trabajo de campo, por ejemplo, mostró el enorme costo en bienestar que pagaban durante la década de los '80 los asentamientos informales en los alrededores de la ciudad de Lima (Perú). Al no contar con un

sistema formal de derecho de los contratos, los informales excluidos del sistema legal formal, debían limitar las transacciones a aquellas que eran simultáneas o bien a aquellas que realizaban con miembros del mismo grupo de amigos y parientes. El ámbito de la contratación y por lo tanto de la cooperación, quedaba de esa forma extremadamente limitado. Muchos convenios hipotéticos que hubiesen permitido a las partes obtener las ventajas de la contratación quedaban de ese modo insatisfechos. El riesgo del oportunismo, simplemente, limitaba severamente el ámbito y extensión de los mercados.

Los mecanismos de intercambios que se hacían en este contexto son aquellos previsibles por la teoría económica. Las personas contrataban con aquellas personas con las cuales la probabilidad futura de contratar era muy alta, de modo que la promesa de ganancias futuras hacía conveniente el cumplimiento contractual o bien tomaban costosas medidas de auto-aseguramiento como garantías personales. Los informales, además, debían muchas veces invertir enorme cantidad de tiempo y dinero para obtener información sobre la reputación de los contratantes y en muchos casos dispersaban el riesgo contratando a mayores costos con más de una persona, eliminando de esa forma las ventajas asociadas a la economía de escala. En muchos casos, además, la ausencia de contratos exigibles llevaba a costosas medidas de auto-protección y, a veces, al uso de la fuerza y la violencia privada.

Si bien en algunos casos contaban con la posibilidad de apelar a algunas organizaciones colectivas, como la asociación de ambulantes o microbuses, por ejemplo, el alcance era muy limitado en tanto estas organizaciones sólo podían actuar sobre miembros de la organización y sin las ventajas asociadas normalmente con el funcionamiento de un poder judicial establecido. No contar con sistema de derechos de contratos, en suma, supone altos costos asociados en productividad y eficiencia distributiva (de Soto *et al.*, 1987:209-215).

Creo que tanto un autor típico de la EAE como del AED pueden estar de acuerdo en que, cuando los mercados se reducen, también lo hace el bienestar, pero eso me lleva a examinar algunas posibles diferencias sustantivas en una posible explicación del derecho de los contratos de los autores de

la EAE. Mientras autores asociados con el AED, en general más proclives a pensar la eficiencia en términos de criterios de Pareto, podrían insistir en una descripción de la cooperación social basada en este criterio, creo que los autores de la EAE tiene varios argumentos disponibles, más afines a la forma de interpretar la eficiencia que usualmente emplean en sus trabajos.

De ese modo, mientras un autor típicamente neoclásico (ciertamente algo caricaturizado) diría que sin derechos de contratos no se llevan los bienes a sus mejores empleos y que no se alcanza el óptimo de Pareto (ya que hay excedentes o ganancias de la contratación disponibles no realizadas), es probable que un autor de la EAE esté más cómodo con otra descripción de las ventajas que nos ofrece el derecho de los contratos a la hora de definir la cooperación social en términos de bienestar, aun cuando no creo que esa explicación sea necesariamente demasiado contradictoria, a un nivel más fundamental, con la explicación típica de la economía normativa tradicional.

Quizás el autor típico de la EAE podría insistir en que la ausencia de promesas creíbles impide que las personas obtengan aquello que subjetivamente incrementa su utilidad, algo análogo, pero menos formal que apelar a la idea de función de utilidad o excedentes de la contratación, tan frecuente en exposiciones neoclásicas del asunto. Pero probablemente, en esta instancia, la diferencia en la justificación o explicación de esta función del derecho de los contratos más grande radique en el servicio social y no privado que tienen los intercambios para los miembros de la EAE: la consecuencia no deseada de establecer precios y prácticas que coordinan mejor las decisiones y asignar conforme el cálculo económico que permiten los precios. Los autores de la EAE podrían poner énfasis en este interesante aspecto de bien público que ofrece el derecho de los contratos. Del mismo modo que las oportunidades comerciales son descubiertas gracias al alerta de empresarios, en el campo institucional, nuevas reglas más convenientes para contratar y definir derechos de propiedad pueden ser descubiertas, con ventaja para todos, por medio de un sistema de reglas que permite a las partes obligarse legalmente.

Por otra parte, creo que ambos autores paradigmáticos (de la AED y la EAE) estarían de acuerdo en la mayor productividad social, consecuencia

de contar con un derecho de los contratos: son los convenios los instrumentos por los cuales operan los mercados que permiten la división del trabajo del trabajo que hace posible incrementar la productividad social y satisfacer de manera creciente mayores cantidades de necesidades.²² En este caso, en vez de apelar a un criterio distributivo de eficiencia, apelo a un criterio de mayor productividad conjunta o social.

Por último, es claro que la idea de cooperación social en un sentido más de coordinación de planes de vida que de logro de excedentes cooperativos en términos de los modelos de competencia perfecta, es una idea muy difundida en materia institucional entre autores de la EAE y que (al menos) es más afín o próximo al enfoque del mercado como proceso que emplean los austríacos. Otra línea de investigación que creo plausible para autores de la EAE ocupados en temas institucionales y legales es mostrar (algo que están haciendo claramente autores neoclásicos y teóricos de los juegos) el modo en el cual los intercambios y las formas de contratación permiten lidiar con problemas de información y de conocimiento, aun con independencia de la marcha del proceso de mercado basada en precios que transmiten correcta o mejor información. Es posible que en el campo institucional las personas sean también emprendedoras y descubran mejores oportunidades de contratar que revelen conocimiento e información valiosa (Kirzner, 1989). Sin embargo, creo que poco o muy poco puede ser realizado sin el empleo de técnicas más precisas y verificación empírica cualitativa de las hipótesis.

No hay motivo alguno para que un partidario de la EAE rechace estas ideas: ellos mismos se han ocupado de destacar el carácter evolutivo y la finalidad de generar cooperación social que, además de los mercados, tienen las reglas legales, un lugar común tanto en el trabajo de Hayek como en el de Mises. Si bien normalmente el problema de confianza puede ser expuesto en términos de juegos, el proponente de la EAE puede exponer el problema en forma de prosa y caracterizar los resultados ineficientes a que arriban los intercambios no forzosos como situaciones donde el nivel de cooperación y coordinación social es menor en términos a las propias valoraciones subjetivas de los participantes de los mercados. En estos casos el economista de la EAE

debería decir que, sin un derecho de contratos, las personas pierden oportunidades de pasar a situaciones que subjetivamente estiman en más, algo análogo, sin embargo, a la pérdida de excedentes en términos de la teoría neoclásica.

Es interesante, en todo caso, que el mismo Mises haya justificado el derecho (en un sentido más que funcional) sobre la base de su capacidad para incrementar el bienestar de las personas, llevando a resultados donde las personas pueden obtener sus propios fines de manera coordinada y a menores costos, gracias a la mayor productividad de la división del trabajo. Esta explicación es perfectamente consistente con la habitual mirada instrumental y cooperativa del derecho de los contratos, usualmente empleada también por el enfoque económico ortodoxo propio del AED. Por otra parte, la adhesión frecuente de los partidarios de la EAE al derecho como producto de la evolución espontánea, corre en paralelo a la conocida hipótesis del AED de la mayor eficiencia del derecho común.

Mises, por ejemplo, valora las instituciones en términos de los resultados en bienestar, justifica las reglas legales sobre las que se basa la política económica apelando a la idea de la cooperación social, y refiere a ésta como un fenómeno natural (Mises, 1922 y 1959). Explica cómo ciertas reglas permiten reemplazar la competencia biológica por la cooperación social donde las personas pueden obtener mutuos beneficios. Donde la cooperación social constituye un medio para el hombre, no un fin. Es que para Mises no hay constantes en el ámbito de la acción humana, y por lo tanto no es posible efectuar mediciones ni cuantificar fenómenos sociales. Los datos, en suma, son sólo históricos, pero no pueden validar una teoría. La teoría económica debe comenzar indagando en los elementos necesariamente presentes en toda acción humana, y luego proceder deductivamente para encontrar los teoremas necesariamente válidos de la teoría económica, por medio del razonamiento deductivo (Mises, 2006:56-7,66-93). Sin embargo, las conclusiones respecto de la función central de los contratos son enteramente compatibles con las descripciones más corrientes del AED.

Autores de la EAE más influenciados por Hayek podrían insistir que el derecho de los contratos constituye una herramienta evolutiva adaptativa que permite que las personas puedan coordinar mejor sus planes de vida

contribuyendo a su vez a la formación de otras reglas abstractas que mantienen el orden social. Autores de la EAE que adoptan una mirada anarquista de la sociedad, probablemente estarían de acuerdo con esta descripción de las funciones del derecho de los contratos, aun cuando objetarían la justicia y/o necesidad que sea el Estado quien se ocupe de ejecutar y sancionar los incumplimientos contractuales. Pero esta última sería una mirada demasiado normativa para los propósitos de este trabajo.

La obligatoriedad de las promesas

Otra función central de cualquier sistema de derecho de contratos consiste en establecer cuáles promesas son obligatorias y cuáles no lo son. En este sentido, convenio y contrato no constituyen términos equivalentes: la diferencia central entre un convenio y un contrato es que este último puede ser ejecutado por ley.²³ Una primera función central del derecho de los contratos es establecer las características que hacen que las promesas sean exigibles, en el sentido de que de su incumplimiento se derive una sanción por responsabilidad contractual. Por el mismo motivo, una segunda función central consiste en establecer las sanciones para caso de incumplimiento contractual, es decir, regular la responsabilidad contractual. Naturalmente, ambas funciones generan incentivos que pueden ser examinados apelando a la teoría económica (Cooter y Ulen, 2008).

Respecto del interrogante de cuáles promesas deberían ser ejecutadas legalmente, la teoría económica tiene una muy obvia y simple recomendación normativa en línea con los criterios y herramientas analíticas más usuales. Desde el punto de vista de la eficiencia, tiene sentido que sean obligatorios todos aquellos convenios que las partes efectivamente querían que fueran obligatorios al momento de su celebración. Hay pactos que las personas hacen con la intención mutua de que sean obligatorios y ejecutables por ley, y la eficiencia requiere que la ley les confiera acciones legales contra el incumplimiento.

En otros términos, desde un punto de vista normativo, la teoría económica sugiere una amplia libertad, sin formalismo, para obligarse siempre que no

medien fallas de mercado ni problemas de racionalidad. La idea central de la teoría económica es que los contratos en general incrementan el bienestar de las personas y que éstas son mejores jueces de su propio bienestar que terceras personas, incluyendo a jueces y legisladores. La contratos, considerados *ex ante*, maximizan el bienestar de las partes contratantes, en tanto cada contratante revela por medio de sus actos que valora más el derecho sobre el bien recibido que el entregado a cambio. En suma, los intercambios son mutuamente ventajosos para las partes. Simplemente, se asume que cada contratante recibe algo que más valora, es decir, se verifica un excedente a favor de ambas partes.²⁴

La visión típica de un autor del EAE debería ser análoga a esta recomendación normativa del AED, puesto que en general los autores de la primera tradición adoptan un criterio muy amplio de recepción de acuerdos privados para regular la vida social. El proponente de la EAE puede argumentar que simplemente los convenios llevan a estados que son subjetivamente más valorados por las partes, y que además permiten mejor coordinación generando señales para que los mercados operen en dirección al equilibrio. En otros términos, pueden afirmar que éstos no sólo mejoran a las partes sino además al bienestar de las demás personas que conforman la sociedad en tanto (como consecuencia no intencional de sus decisiones) revelan información y conocimiento por medio del sistema de precios que tiende a mejorar las condiciones del mercado, en término a un proceso que tiende (pero que nunca alcanza) el equilibrio.

Un autor típico de la EAE además podría enfatizar la capacidad de las reglas contractuales para revelar información y conocimiento disperso con independencia del sistema precios y los incentivos que las personas tienen para descubrir nuevos arreglos contractuales que faciliten la cooperación, en línea con su conocido argumento sobre la importancia de la función empresarial, que puede emplearse también en el campo institucional y que podría llenar el vacío explicativo en la descripción del orden institucional espontáneo de Hayek. Un desarrollo de este tipo sería consistente con algunas de las explicaciones más frecuentes acerca de la eficiencia del derecho de base jurisprudencial trabajada por autores del AED.

Con independencia del argumento anterior, autores influenciados por la explicación de Hayek sobre el derecho deberían enfatizar que son las partes las que disponen de mejor conocimiento contextual y las que pueden mejor que terceras personas ajustar sus propias expectativas. Creo que empleando algunas herramientas simples del AED podrían asimismo mostrar el modo en el cual los contratos logran esta meta. Aun cuando muchos autores de la EAE podrían objetar el empleo de matemáticas y modelos de teoría de juegos frecuentes en estas aplicaciones, algunas de estas funciones –como la dispersión del riesgo, la revelación de información y otras– podrían ser expuestas en términos de prosa, siempre que el analista en cuestión insista que la prosa es más conveniente que el uso de modelos formales, o que éstos desnaturalizan seriamente el razonamiento económico.

Es llamativo inferir que tanto el AED ortodoxo como la mirada hipotética (que aquí intento) de la EAE, debieran juzgar más plausible la regla usual en la tradición jurídica europea continental que la regla de validez de contratos en la tradición del derecho común. De hecho, muchos autores de ambas visiones de la economía han juzgado las reglas evolutivas y dinámicas de los tribunales como superiores (en eficiencia o coordinación social) a las reglas escritas de la tradición continental. El motivo, en este caso, es que la tradición europea continental es producto de la evolución y no del diseño legislativo; sin embargo, lo mismo sucede con la tradición del derecho común, que también es un producto jurisprudencial.

En los países con tradición legal europea continental en general se establece una regla muy amplia inicial de contratación que define al contrato en términos muy generales, como un pacto por el cual una o varias personas se obligan a cumplir con una prestación consistente en dar, hacer o no hacer una cosa.²⁵ En general, la ley sólo establece límites relativos a la capacidad de las personas (menores e insanos) y de contenido por el cual los mismos códigos establecen que las prestaciones no puede ser, de una manera algo general, contrarias a la ley, a la moral y a las buenas costumbres. Otra regla usual es la limitación de sus efectos a las partes, con excepción de herederos o terceros favorecidos que deben aceptar el convenio para darle fuerza de ley.

El derecho civil de corte continental europeo, en un sentido más preciso, apela a la teoría de la “formación del contrato”, la cual dispone que la obligatoriedad resulta del mutuo consentimiento derivado una “oferta” y una “aceptación” (Alterini, 1998:15). El derecho pide, en suma que el acuerdo de partes sea resultado de una negociación con manifestación de voluntad de obligarse de las partes. La doctrina y jurisprudencia han elaborado reglas y presunciones muy sutiles para establecer cuando concurren estos elementos, los que determinan la obligatoriedad de las promesas. El derecho argentino, en línea con esta tradición define al contrato de la siguiente manera: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos” (Código Civil argentino, Art. 1137).

La tradición angloamericana difiere con la tradición continental europea, en tanto exige algo más que la “oferta” y la “aceptación”. Pide además un tercer elemento, la “consideración”, que exige la existencia de contraprestaciones (Fuller, 1941). Es decir esta regla pide exige contraprestaciones de manera tal que ambas partes obtengan beneficio del convenio. De ese modo, convenios con prestaciones unilaterales, como las donaciones en su forma más típica, por ejemplo, no pueden ser ejecutados por ley, conforme el requisito de la consideración. Una solución normativa es tan estrecha y poco plausible que en la práctica los tribunales han dejado de requerir la “consideración” para varios convenios, excepciones en general denominadas *past consideration* (Posner, 1977:411ss).

Lon Fuller en un clásico artículo de 1941 ilustra sobre el peso de la consideración en el derecho americano de mediados del siglo XX. La típica promesa legalmente ejecutable era aquella en la que hay intercambio de prestaciones, siendo el arquetipo el clásico intercambio comercial de los negocios, donde el beneficio de uno está compensado por el beneficio del otro. Cuanto más lejos un convenio de este arquetipo de relación con mutuas ganancias, menos plausible y probable era la ejecución forzada de una promesa.²⁶

De ese modo la obligación contractual más evidente y ejecutable es aquella donde de hecho, luego del acuerdo de voluntades en todas sus formas,

una de las partes ha transferido propiedad a la otra, caso en el cual sin la contraprestación hay un evidente enriquecimiento injusto para una de las partes, donde la transacción supone “intercambio de valores económicos” conforme el arquetipo de convenio válido legalmente en esta tradición.²⁷

Esta idea central del enfoque económico, sugiere que todas aquellas negociaciones que las partes deseaban que fueran obligatorias al momento de la constitución del convenio deben ser obligatorias, en tanto de ese modo se incrementa el bienestar de las partes contratantes (Cooter y Ulen, 2008:241). Una regla general y amplia de aceptación de promesas obligatorias debería ser aceptada por ambas visiones en tanto permite mayor excedente / bienestar, o (metas que no son contradictorias) permite mejorar la coordinación social y expandir los mercados intensificando la división del trabajo.

Sanciones y eficiencia

Una vez establecidas qué promesas son obligatorias, el derecho de los contratos establece qué sanciones deben aplicarse para casos de incumplimiento. Esta responsabilidad civil contractual es objetiva o estricta en tanto el demandado no puede, como sucede en importantes áreas del derecho de daños, oponer como eximente de responsabilidad el argumento legal de que ha adoptado determinados niveles de cuidado para cumplir el convenio. En materia de contratos, la ausencia de negligencia no constituye, en la generalidad de los casos, una defensa admisible para una demanda de responsabilidad contractual. De modo que, en la generalidad de los casos, una vez que opera un caso de incumplimiento contractual, el sistema establece sanciones por incumplimiento.

Los sistemas legales, en este sentido, establecen distintas sanciones por incumplimiento, que van desde diversas formas de indemnizaciones monetarias, el cumplimiento de la prestación o bien la restitución de las prestaciones. Cada una de estas sanciones, y el modo de administrarlas, tiene incidencia en la conducta de las partes, en tanto operan como si fuesen precios que afectan sus decisiones en materia contractual. La responsabilidad contractual, por otra parte, en general se limita sólo a los daños monetarios de las víctimas

y a los daños que son previsibles. Los tribunales en general son conservadores en la estimación de la extensión del daño.

La asunción básica es que estas sanciones operan como precios a los cuales los operadores responden de una manera determinada, en tanto su búsqueda de maximizar las ganancias o (para el caso austríaco) el valor en términos subjetivos. La hipótesis de la maximización de la utilidad adquiere en el caso un empleo muy preciso: la teoría asume que las personas van a cumplir sus contratos cuando el beneficio sea mayor que sus costos y que, por el contrario, van a incumplir sus obligaciones cuando el costo sea mayor que el beneficio. El analista de la EAE no tiene motivos para ser tan preciso, pero puede llegar a la misma conclusión por otro lado: simplemente afirmando que cuando hay un cambio en la relación de valores entre cumplir y no cumplir que en tanto se hace más barato la última la predicción de tendencia sugiere que (en ese caso) deberíamos esperar mayor cantidad de incumplimientos.²⁸ Las sanciones en este caso son monetarias y un economista de la EAE no tiene motivos para suponer que las personas no se toman en serio los incentivos monetarios en contextos no estrictamente mercantiles. Del mismo modo que un incremento en el precio del tomate les lleva a predecir, como tendencia, que las personas tenderán a demandar menor cantidad de tomates, un precio mayor o menor por cumplir contratos debería llevarlos también a iguales conclusiones, aun cuando no hayan empleado la economía al campo legal con ese nivel de detalle.

La idea general en AED es que las personas responden a estas sanciones del mismo modo como responden a los precios. Es decir, entre otros efectos, la teoría establece una relación inversa entre el cumplimiento de los contratos y la gravedad de las sanciones por incumplimiento, y establece que cuando las sanciones por incumplir contratos son mayores, las partes tienen más incentivos para cumplir convenios que cuando ellas son menos severas. No veo el modo consistente en el cual un teórico de la EAE pueda negar que la ley impone costos monetarios que funcionan “como” precios en materia de cumplimiento contractual, en tanto su énfasis en que las personas se toman en serio los precios, y que (además) lo hacen en muchos ámbitos no mercantiles de la vida social. Sin embargo, podría haber razonables

diferencias respecto de cuáles convenios son válidos en casos difíciles, tema que voy a examinar más adelante.

Las sanciones por incumplimiento como precios

Los sistemas legales establecen diversas sanciones por incumplimiento contractual que pueden ser examinadas como precios por incumplimiento, tales como el pago de una indemnización, el cumplimiento de la prestación o la restitución de las prestaciones y el pago de los gastos previos a la contratación.²⁹ El enfoque económico del derecho (en su forma ortodoxa) examina los incentivos que cada uno de estos sistemas establece en las decisiones de las partes contratantes, asimilándolas a precios por incumplir.

A los fines de examinar la compatibilidad de esta descripción de la conducta de las partes frente a una sanción por incumplimiento, es indiferente si llamamos efectivamente precio al costo que el Estado impone por incumplimiento: lo central es que estos costos deberían tener incidencia previsible en la conducta de las partes, de modo análogo al modo en el cual lo tiene los precios de mercado: cuando mayor es la sanción mayor debería ser la propensión de las personas a cumplir los convenios en forma específica y (por lo mismo) a una sanción más leve se debería seguir una mayor propensión al incumplimiento de los contratos. La suposición es que las personas quieren maximizar sus resultados en contextos contractuales del mismo que lo hacen en mercados convencionales, y no hay ningún motivo consistente por el cual un economista de la EAE debería objetar esta predicción (aunque tan sólo sea una usual predicción de tendencia, frecuente en sus descripciones).

Sin embargo, el enfoque normativo, es decir la pregunta por cuál es la sanción más conveniente desde la eficiencia, podría dividir las aguas entre el enfoque económico ortodoxo y la EAE. En general, las diversas tradiciones legales difieren en el tipo de sanción por incumplimiento. El derecho común americano, en general, establece el pago de daños “en expectativa” que obliga a indemnizar a la víctima de un incumplimiento contractual de modo tal que deje a éste en igual posición que si el contrato hubiese sido efectivamente cumplido.

En cambio, la regla dominante en el derecho de tradición europea continental, para la generalidad de los casos, establece el cumplimiento específico cuando esta es posible, o bien la elección (entre esta o el pago de una indemnización sustitutiva) al acreedor, tal como en el caso del derecho argentino. El derecho francés, por ejemplo, distingue entre obligaciones de “dar” y obligaciones de “hacer”, estableciendo el cumplimiento específico para el primer caso y el pago de danos para los servicios.³⁰

Mientras, en general y tomando la literatura solo en sus aspectos más generales, buena parte de los teóricos del AED consideran que el pago de una indemnización sustitutiva es la solución más eficiente, probablemente un autor afiliado a la EAE, dada la conocida insistencia de este enfoque en la subjetividad de las preferencias, debería o podría dar prioridad al cumplimiento específico de la prestación.

Una idea muy extendida en economía de los contratos, que puede ser poco intuitiva para algunos proponentes o seguidores de la EAE, es que en muchos casos puede ser eficiente y deseable que se incumpla un contrato dependiendo de los costos y beneficios. El argumento sugiere que solo aquellos contratos eficientes, en el sentido de que llevan a una mejor asignación de los recursos, deben ser cumplidos en especie y no aquellos de los que se siguen asignaciones no eficientes. En otros términos, la eficiencia sugiere la conveniencia de establecer sanciones por incumplimiento de modo tal que solo se cumplan aquellos contratos cuyo costo de cumplir sea menor que el beneficio que obtiene el acreedor. De ese modo, la eficiencia en su versión ortodoxa, requiere que se cumplan en forma específica solo aquellos contratos en los cuales el costo del deudor es menor que el beneficio del acreedor. Cuando, por el contrario, el beneficio del acreedor es menor que el costo del deudor, ambas partes pueden mejorar su situación si la ley obliga al deudor a pagar daños que compensen “perfectamente” al deudor e incumpla en forma específica con la prestación. Supongamos que el Sr. “A” se ha comprometido a entregar a “B” un bien “X” para una fecha determinada por un precio en dinero. El costo esperado de producir “X” para “A” es igual a \$100 y el precio pactado es de \$130. De modo que “A” espera obtener una ganancias de \$30. Dado el empleo del bien por parte de “B”, su ganancia

esperada del convenio es de \$150. Es decir, el espera ganar \$150 del convenio. En otros términos, “B” esta indiferente entre el cumplimiento del convenio y \$150. Supongamos que “B” ha recibido el dinero y que solo esta pendiente la entrega de “X” en la fecha pactada. Durante el transcurso del tiempo pueden incrementarse los costos de producir el bien “X”. Supongamos que el costo de producir el bien se ha incrementado al doble. En ese caso el costo de cumplir del deudor de \$200, de modo que le significa una perdida de \$50 mientras que solo reporta una ganancia de \$30 para el comprador. En este caso el costo del convenio es mayor a su beneficio y una sanción eficiente debería desalentar el cumplimiento en especie del contrato.

La sanción más eficiente es obligar a la parte que incumple a que internalice completamente el costo del incumplimiento, es decir, establecer una compensación o “danos en expectativa” (como se le llama en el derecho americano) que deje a “B” en igual situación que si se hubiese cumplido el convenio. En este sentido, un pago de expectativas que compense “perfectamente” al acreedor, deja a este en igual estado que si el convenio se hubiese cumplido y el deudor mejora su nivel de utilidad. Implica, además, que los recursos quedan disponibles para usos más eficiente que la producción del bien X. Por ese motivo, muchos autores consideran que la sanción más eficiente, es el pago de daños en expectativa del derecho común americano que manda a dejar al acreedor en iguales condiciones del cumplimiento del contrato.

Supongo que muchos autores de la AED afirmarían que los contratos constituyen el mecanismo legal por el cual operan principalmente los mercados y permiten que los bienes y servicios se asignen en sus empleos más valiosos o más valorados. Un sistema legal que permite que las personas se liberen de cumplir los contratos en sentido estricto pagando danos cuando el costo de cumplir es mayor que el beneficio que se sigue del cumplimiento para el acreedor, permite que los recursos se asignen en sus usos que reportan mayor bienestar a las personas, medidas en que ellas están dispuesta a pagar. Simplemente las mismás partes no celebrarían el contrato bajo las nuevas condiciones y quedan disponibles otros usos más valiosos para el bien objeto del contrato.³¹

Sin embargo, un economista de la EAE podría insistir que las valorizaciones son subjetivas y que los jueces deben mandar (por ese motivo) a cumplir las prestaciones tal y como las partes han oportunamente acordado, con independencia de la mejor asignación (medida en dinero) de los bienes y servicios. Esto sería además consistente con la explicación de Hayek de la finalidad de orden del sistema legal y la función de los jueces relativa a mantener las expectativas de las partes al momento de la contratación. Esto, creo, sería consistente con la insistencia de la EAE con la subjetividad de las preferencias, tomadas en serio. Sin embargo, la literatura de la AED, tanto como la jurisprudencia, han hecho distinciones que acercan las conclusiones normativas del enfoque ortodoxo a la (hipotética) de la Escuela de Viena.

También la eficiencia en el sentido de Pareto, requiere que los tribunales sean capaces de encontrar de modo próximo o adecuado el pago de danos “perfecto” y en algunos casos la información relevante puede no estar disponible para los jueces. En algunos casos, sin embargo, esta solución normativa es de relativamente fácil aplicación, en particular cuando se trata de bienes que están disponibles en el mercado. Si el Sr. A arregla que entregara 100 unidades de X a un precio de \$10 la unidad y consecuencia del incumplimiento B debe pagar un mayor valor por unidad, se cumple con la “compensación perfecta” mandando al deudor a pagar la diferencia de precio multiplicada por la cantidad. Si el costo por unidad que enfrentaba el Sr. A era, por ejemplo de \$24 por unidad, es evidente que un pago de danos por expectativa satisface la condición de eficiencia.

Pero en muchos casos la información para establecer “compensaciones perfectas” no está disponible o es muy costosa. Hay costos no fácilmente verificables y en muchos casos no es fácil establecer una indemnización adecuada y una indemnización menor al costo del efecto externo tiende a generar incumplimientos ineficientes, donde el costo de cumplir del deudor es menor que el beneficio que el acreedor obtiene del contrato. Por igual motivo, indemnizaciones por arriba del costo externo generan incentivos para que se cumplan convenios en condiciones ineficientes.

De modo que, en principio, en aquellos casos donde la información está disponible los danos en expectativa satisfacen la eficiencia en tanto

mandan a la parte incumplidora a internalizar de modo completo el costo social derivado del incumplimiento contractual. Los tribunales, además, solo deben informarse respecto de los beneficios derivados del convenio para el acreedor y no de los respectivos costos de producción o de oportunidad del deudor, en tanto este tiene incentivos para revelar su preferencia y actuar de modo eficiente en todos los casos donde el pago sea igual al daño en expectativa, es decir, igual a la diferencia entre el valor neto del cumplimiento y la ausencia de contrato. Es decir, el Tribunal no necesita conocer las preferencias del deudor que simplemente toma la sanción como un precio y toma la decisión que asigna mejor el bien.

Aun cuando los daños en expectativa desde un punto de vista analítico constituye para la mayoría de los casos la regla eficiente, en muchos casos la regla del cumplimiento eficiente puede ganar atractivo. Los casos de incumplimiento contractual, a diferencia de los casos de accidentes, normalmente operan en contextos de bajos costos de transacción lo que genera una inicial presunción a favor de una mínima o menor ingerencia de los Tribunales en la resolución de las disputas. Son las partes las que podrían encontrar una solución más eficiente que los tribunales en tanto cuentan con mejor información que los jueces. En contexto de bajo costos de transacción, una regla de cumplimiento específico genera incentivos para que el deudor negocie con el acreedor una solución tendiente a la eficiencia, en tanto este debería aceptar cualquier precio que le deje indiferente respecto del cumplimiento cuando este es más costoso para el deudor.

Cuando los costos de las transacciones son bajos el cumplimiento específico puede ganar en atractivo, en tanto las partes pueden negociar una solución eficiente al incumplimiento contractual. Si el costo del deudor es más alto que el beneficio del acreedor siempre este puede ofrecer un pago en compensación que deje a este mejor que el cumplimiento de la prestación ahorrándose la diferencia de los mayores costos del cumplimiento específico. De ese modo es posible que las partes adopten un arreglo o acuerdo eficiente.

Aun cuando es posible que esta regla, para los casos en que cumplir sea muy costoso para el deudor, genere incentivos para conductas oportunistas por parte del acreedor quien podría eventualmente forzar arreglos que, aunque

convenientes para el deudor, estén mucho más allá de la sanción optima. En este caso los bienes se asignan de modo eficiente pero hay consecuencias distributivas importantes.

Otra ventaja evidente de la regla de cumplimiento específico es la disminución de los costos de litigio en tanto los Tribunales no deben asumir costos para establecer el valor que la prestación tiene para el acreedor y debe, simplemente, mandar a ejecutar la prestación, lo que no requiere costos de información adicionales. De ese modo, cuando los costos de establecer el pago “perfecto” por daños en expectativa son considerables esta solución gana indudable atractivo. Muchas veces las prestaciones son únicas o no cuentan con sustitutos próximos en los mercados o bien hay indicios de alta valoración subjetiva de los contratantes, casos en los cuales establecer un pago en dinero que deje indiferente al acreedor constituye una meta impracticable por los Tribunales.³²

El cumplimiento de la prestación supone la ejecución forzosa de la prestación por parte de los Tribunales y solo puede emplearse cuando no conlleva el uso de la fuerza sobre las personas. Tiene la ventaja de que requiere de menos información por parte de los Tribunales, en tanto su ejecución no depende del valor que tiene la promesa para el acreedor. De todas formas tanto el sistema de derecho común americano como el derecho de tradición europea continental emplean esta solución para casos donde las prestaciones no cuentan con sustitutos próximos de modo que es difícil establecer la compensación adecuada. De modo que, en general, no deberían existir diferencias normativas grandes entre el enfoque del AED y el EAE en esta materia, un en temás normativos.

Derecho de los Contratos, Reglas Supletorias y Costos de Transacción

La existencia de reglas supletorias que se aplican de modo relativamente uniforme para casos de disputas contractuales tiene enorme ventaja social, en tanto reduce los costos de las transacciones y genera incentivos para eliminar disputas en torno al cumplimiento de las prestaciones. Contratar constituye una actividad costosa. En un mundo de cero costos de transacción y

derechos de propiedad bien definidos las partes podrían redactar un “contrato perfecto” en el cual establezcan quien debe hacerse cargo de todas las contingencias y riesgos asociados a la contratación. Es decir, entre que se celebra un contrato y las prestaciones deben cumplirse pueden ocurrir un sinnúmero de contingencias que afecten el cumplimiento de los contratos. Estas contingencias imponen costos a las partes y estas, bajo el supuesto de cero costos de transacción, asignarían los riesgos de modo tal del incrementar al máximo los beneficios conjuntos de la contratación, asignando los riesgos a aquella parte que puede hacerse cargo de estos a menores costos.

Un simple ejemplo de una compraventa puede aclarar el asunto. Imaginemos que el Sr. A vende a término un bien X al Sr. B y el punto de negociación es quien se hace cargo de la contingencia Y. El vendedor, en el ejemplo está dispuesto a vender el bien X desde \$100 y el comprador a pagar hasta \$200. El precio se establece a \$150 de modo que ambos obtienen un “excedente” individual de \$50 y un “excedente conjunto de \$100. Sin embargo las partes deben hacerse cargo de la contingencia “Y” que de ocurrir impide o afecta el cumplimiento del contrato. Si el comprador, por ejemplo, puede eliminar el riesgo “Y” a \$10 y el vendedor a \$20, conviene a ambas partes que se haga cargo del riesgo, por ejemplo de defecto del producto, el vendedor, puesto que de ese modo maximizar el excedente de la contratación. En efecto, si el comprador se hace cargo del riesgo descuenta del precio \$20, mientras que si el vendedor se hace cargo del riesgo, incrementa el precio en \$10. A ambas partes conviene, en tanto de ese modo hay más excedente o ganancias conjunta de la transacción que sea el vendedor quien se haga cargo del riesgo “Y”. Si se hace cargo el comprador el excedente de la contratación queda en \$80 mientras que en el caso del vendedor la ganancia conjunta se incrementa, en el ejemplo, a \$90.

En otros términos, el mayor precio que coloca el vendedor por hacerse cargo del riesgo es simplemente menor que el descuento del precio que introduciría el comprador por hacerse cargo del mismo y, si son racionales, ambas partes convendrían en la conveniencia mutua de que el riesgo sea contractualmente asignado a la parte que puede hacerse cargo del riesgo a menores costos.³³

El “contrato perfecto”, desde luego, constituye solo una herramienta analítica y no una descripción del modo en el cual las partes en los hechos arreglan sus convenios a termino. Un contrato perfecto supone que en tanto la ausencia completa de costos de transacción, las partes están en capacidad de listar todas las contingencias que pueden afectar el efectivo cumplimiento de las prestaciones y asignar cada una de ellas a la parte que puede hacerse cargo del riesgo a menores costos, maximizando de ese modo el excedente derivado de la contratación.

Pero el problema es que en el mundo real los costos de las transacciones son positivos y establecer cláusulas que asignen el riesgo constituye una actividad costosa. Por ese motivo aun personas racionales perfectamente informadas dejarían lagunas de contratación siempre que la introducción de una cláusula sea más costosa que su ocurrencia probable. En términos algo más precisos, individuos perfectamente racionales solo introducirían cláusulas en los casos en los cuales el costo de hacerlo es menor que la probabilidad de ocurrencia de la contingencia que afecta el cumplimiento del convenio multiplicada la cuantía esperada de la misma. Eventos que tiene poca probabilidad de ocurrencia o bien cuya cuantía esperada es muy baja respecto del monto del convenio, normalmente no son cubiertos por las partes en sus contrataciones. En muchos casos, además, las partes en general no están perfectamente informadas y en muchos casos una parte conoce muchos más que otra respecto de una contingencia. Por otra parte, como se ha comentado, en muchos contextos las partes confían en los mismos incentivos de la reputación y ganancia futura que genera buenos incentivos para cumplir de manera adecuada. Las partes, de ese modo, tienen buenos incentivos para dejar lagunas en la contratación a los fines de disminuir los costos de las transacciones.

El derecho de los contratos, en suma, contribuye a bajar los costos de las transacciones. Un ejemplo puede contribuir a la mejor comprensión de este concepto. Las personas usan documentos y cheques con suma frecuencia para sus transacciones, del mismo modo que efectúan múltiples transacciones bancarias sobre la base de contratos que tienen con los bancos. En general solo algunas simples leyendas en estos documentos bastan para asegurar el

tráfico de manera adecuada en estos casos, pero ello gracias a los varios volúmenes de sofisticadas reglas respaldan estas transacciones y que liberan a las partes de los costos de las transacciones. Es decir el derecho de los contratos permite que las personas ahorren enorme cantidad de costos de transacciones haciendo operaciones a singulares menores costos que si tuviesen que acordar completamente el significado y alcance de cada transacciones. Muchas veces, por ejemplo, un solo termino como “capacidad de contratar” permite referir a cientos de reglas y principios acumulados que permiten dar contenido al convenio a muy bajos costos.³⁴

De modo que una función central del derecho de los contratos es disminuir los costos de las transacciones introduciendo reglas supletorias para casos de incumplimiento contractual. Si las reglas son eficientes, es decir replican de manera adecuada aquellas que idealmente habrían sido elegidas por las parte en contextos de bajos costos de transacción, eliminan sustancialmente la necesidad de que estas ingresen en costosas transacciones. En otros términos, una función del derecho de los contratos es disminuir los costos de las transacciones reproduciendo los términos hipotéticos del “contrato perfecto”, aquel que idealmente hubiese suscripto las partes en un mundo con cero costos de transacción.

En efecto, una tarea importante de los tribunales y las leyes en general en materia de contratos es estipular la asignación del riesgo en casos determinados y cuando estas reglas operan en forma supletoria a la voluntad de las partes, están tienden a disminuir los costos de las transacciones. El análisis económico del derecho de los contratos, además, ya en el terreno normativo de la teoría, puede orientar el modo más eficiente en el cual los tribunales pueden desempeñar esta tarea.

Se ha visto que las partes tienen, con independencia del error, muchos motivos para dejar lagunas en los contratos y que aun individuos racionales tienen buenos incentivos para dejar lagunas en aquellos casos en los cuales el costo de negociar es superior a la valor esperado del riesgo multiplicado por la probabilidad de ocurrencia. Las partes simplemente ahorran costos de transacción dejando a las reglas supletorias del derecho de los contratos la asignación de esos costos.

Como se ha destacado el derecho de los contratos permite bajar los costos de las transacciones en tanto ofrece reglas supletorias que dan sentido a los convenios y que pueden utilizarse para casos de conflicto. Si las reglas supletorias que ofrece el sistema *lega* son eficientes, estas deberían reproducir de manera próxima aquellas cláusulas o estipulaciones que las partes habrían elegido para asignar el costo de la contingencia no prevista. Si el derecho no replica adecuadamente las soluciones eficientes, simplemente no maximiza los excedentes o ganancias posibles derivadas de la cooperación e introduce incentivos para que las partes gasten más tiempo y dinero en negociaciones para introducir cláusulas explícitas en las contrataciones.

Otro modo de exponer el asunto, es afirmar que el derecho de los contratos a nivel normativo debería resolver las disputas por lagunas contractuales replicando adecuadamente bien los términos del “contrato perfecto” o voluntad hipotética de las partes utilizando aquellas reglas y soluciones normativas que las mismas partes hubiesen elegido.

En tanto las partes tienen muy buenos incentivos para modificar reglas o cláusulas ineficientes a favor de las eficientes, puesto que de ese modo incrementan la ganancia conjunta de las transacciones, a nivel normativo un derecho de los contratos eficientes debería imputar la pérdida derivada de un riesgo a la parte que puede hacerse cargo de esta a menores costos. Ese resultado normativo es el que resultaría de una negociación contractual perfecta donde las partes maximizan su bienestar. Si la ley adopta soluciones eficientes las partes pueden simplemente disminuir los costos de las transacciones.

El derecho de los contratos puede establecer diversas formas de imputar el riesgo de una contingencia imprevista. Puede establecer imputar el costo del no cumplimiento o menor valor de la prestación a una de las partes, o bien reajustar el precio del contrato a los fines de que este exprese de modo razonable la asignación eficiente del riesgo. En algunos casos, cuando hay buenos motivos para pensar que ninguna de las partes previó el riesgo, el derecho puede ajustar el precio distribuyendo el riesgo entre los contratantes.³⁵

La solución eficiente, desde el enfoque económico, frente a las lagunas contractuales requiere la reconstrucción del “contrato perfecto”. En otros

términos, la eficiencia requiere que el Tribunal asigne el riesgo a la parte que se habría hecho cargo del mismo bajo las condiciones del contrato perfecto.

Probablemente los autores de la EAE, mirarían el asunto de un modo completamente distinto, pero análogo en las soluciones a problemás contractuales: se ahorrarían el modelo del contrato perfecto, que supone el empleo de una noción de equilibrio perfecto y destacarían los problemás reales de coordinación que operan necesariamente en la sociedad consecuencia de la necesaria ignorancia y conocimiento contextual de los operadores de mercado. Este, después de todo, es la descripción usual del modo en el cual opera el proceso de mercado, cuyos precios permiten obtener mejor conocimiento y tomar eventuales mejores decisiones correctivas del mercado. Ahora bien, el mercado funciona por medio de contratos y los miembros de la EAE deberían afirmar que son las partes (y de hecho lo afirman) quienes conocen mejor que nadie las motivaciones para contratar y tiene conocimiento contextual e información superior (en términos a su propio bienestar y coordinación social) que terceros.

Si estoy en lo correcto, analíticamente (los autores de la EAE) pueden hacer algunas distinciones análogas al enfoque de la EAE sin apelar a la noción de equilibrio en el sentido usual de la teoría de los precios, implícita en el AED. Pueden afirmar que son las partes las que (con independencia de un imposible contrato perfecto) las que están en mejores condiciones para contratar en tanto la dispersión del conocimiento y la naturaleza contextual del mismo. Son las partes las que pueden, mejor que terceras partes, adjudicar un valor a cada termino de contratación, incluyendo el precio en el sentido estricto o monetario del termino. El contrato entre partes funciona no solo incrementando ex ante el bienestar subjetivamente evaluado de las partes contratantes sino que además, al menos en promedio si es que el mercado tiene alguna tendencia al equilibrio, también son estas las que pueden tomar mejores decisiones que rectifican errores y hacen que el mercado se oriente hacia (por las cambiantes condiciones) un nivel más alto de coordinación de expectativas y adjudicación de bienes conforme la información e incentivos contenidos en el sistema de precios. En cuanto a

las instituciones del derecho de los contratos, para no apelar al concepto de costos de las transacciones (aun cuando no veo motivos para no usarlo por parte del AED) el argumento es que simplemente estas permiten mejor información al momento de contratar y por lo tanto permiten mejor ajuste de expectativas en los mercados.

Si esta descripción es correcta, y creo que lo es, la regla eficiente de resolución de conflictos contractuales debería ser análoga al argumento de la reconstrucción del contrato perfecto, en tanto esta debería mandar a los tribunales a aplicar (como sucede además en los sistemas contractuales reales, en la generalidad de los casos) la voluntad real o presunta de las partes del convenio: esa es la regla que mejora a las partes desde el punto de vista de sus propias preferencias y es además la regla que permite corregir el mercado mandando señales para lograr el proceso hacia el equilibrio. El argumento de que esa voluntad presunta no puede conocerse en muchos casos, no excluye el argumento (más conceptual que me interesa ahora) de que los jueces deberían interpretar los problemás de ejecución de los contratos, en términos a la voluntad presunta de las partes. Este argumento, al final, constituye una simple aplicación evidente del argumento más general por el cual terceros no pueden reemplazar centralizadamente las valorizaciones contractuales de las partes, principio sobre el cual la EAE insistido de manera celebre frente a la planificación central de la economía. Una regla general de interpretación de los contratos incompletos de manera diferente a la voluntad presunta de las partes enfrentaría los mismos problemás que tienen los planificadores centrales para adjudicar bienes sin precios.

Es probable, sin embargo, que un autor consistente con el subjetivismo de la EAE rechace algunos de los mecanismos usuales de la literatura para explicitar que parte se hubiese hecho cargo del riesgo, en caso de laguna contractual. En este campo, buena parte de la economía de los contratos se ocupa de examinar (mirando el contrato, el precio, y otros elementos como el precio de un hipotético seguro por el infortunio) que parte era la que podía evitar el riesgo no previsto en el contrato y que afecta su cumplimiento a menores costos. No puedo examinar esta parte tan técnica de la literatura en este trabajo (que requiere uno por separado) pero mi intuición es que la

EAE objetaría el uso de teoría económica en buena parte de los razonamientos usuales. La sugerencia, por ejemplo, de que en alguna instancia debe mirarse quien es la parte que puede evitar a menores costos el riesgo podría ser calificada de introducir valoraciones hipotéticas violando la regla de subjetivismo extremo que caracteriza a los austriacos. Pero esto es economía normativa y la finalidad de este artículo refiere a las funciones positivas de la teoría de los contratos.

Revisión de los Contratos

En ambas tradiciones legales las promesas son ejecutables legalmente cuando, en general, estas son productos de una negociación. Sin embargo, los sistemas legales en algunas ocasiones excepcionales que han sido largamente elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina, declaran o permiten declarar la invalidez de convenios o parte de ellos, cuando ocurren determinadas circunstancias. En otros términos, los sistemas legales tienen por finalidad también regular los convenios estableciendo la nulidad de algunos convenios o bien modificando la validez de algunas cláusulas explícitamente tenidas en cuenta por las partes, aun en casos donde se han cumplido las formalidades de ley. En otros términos, una de las funciones del derecho de los contratos es establecer en que casos hay contratos válidos y en cuáles estos no son válidos y puede ser declarados nulos o bien regulados.

Esta es una función evidente del derecho de los contratos, desde un punto de vista descriptivo, ya que tiene finalidad establecer las condiciones de validez y exigibilidad de las promesas. En general, el enfoque económico de la ley enfatiza a nivel normativo que los únicos convenios que deben ser regulados o declarados nulos son aquellos en los cuales no se incrementa el bienestar, es decir, cuando una parte obtiene una ventaja de la otra y no hay ganancia conjunta o bien cuando se imponen costos significativos a terceros. No viene al caso, ahora, examinar la literatura caso por caso, pero los casos más usuales es cuando se contrata apelando al error, al fraude, la violencia, o algunos de los contratantes es menor o incapaz mentalmente. El argumento económico usual para invalidar estos convenios es apelando

a la idea de que en estos casos no hay ganancia, no hay excedentes, sino que una parte toma (redistribuye) riqueza a su favor perjudicando a la otra parte, sea el menor que no entiende sus actos o bien la persona estafada.

Hay otras figuras legales, tales como la lesión, el estado de necesidad, la imposibilidad económica o legal o la frustración del fin del contrato, que muchas veces autorizan, en diversas legislaciones, a los jueces a rever el contenido de los convenios. El examen de estos casos requiere un examen de los argumentos normativos usuales en los autores de la EAE y no creo que tenga sentido examinar esto a nivel de detalle. En general, los autores basados en una concepción fuerte del derecho de propiedad solo deberían anular convenios cuando hay problemás de negociación y no consecuencia de resultados no previstos, como que el fin del convenio no pudo cumplirse, o mayores costos de provisión que repugnan la consciencia moral del Juez y otros casos análogos. Sin embargo, muchos puntos intermedios, como el tipo de información que hay que dar a la hora de contratar, que debe entenderse por dureza en la negociación y otros (creo) mostraría las dificultades reales analíticas que este problema pone en frente del analista y quizás los límites de una concepción demasiado dura de los derechos de propiedad. Es posible que los miembros de la EAE de orientación utilitarista piensen en línea más afín a los resultados normativos usuales en AED, pero no conozco una teoría económica normativa o del bienestar de la EAE tan detallada que permita análisis de detalle que ofrece la teoría económica ortodoxa. Las personas atraídas por la EAE y que al mismo tiempo sienten atractivo por la concepción del derecho de F A Hayek probablemente dirían que esto es una cuestión de justicia y no de economía, aun cuando probablemente no puedan ser muy explícitos acerca de que significa justicia en un sentido más preciso en esa tradición de pensamiento.

Conclusión

Inicialmente (a) he intentado mostrar las diferencias normativas fundamentales, a nivel de principios, entre un típico autor afiliado a la EAE y la

visión instrumental del derecho que caracteriza al AED. Con esa finalidad, he intentado una descripción de las tres principales teorías, explicaciones o justificaciones del sistema legal más frecuentes en autores de la EAE para mostrar sus respectivas relaciones y eventuales conflictos con la visión instrumental del derecho del AED. En el campo positivo, que intentado mostrar (b) que un autor típico de la EAE, aun con justificadas reservas, debería aceptar la descripción usual del AED sobre las funciones económicas del derecho de los contratos. Sin embargo, he intentado también (c) una descripción del modo en el cual un economista de la EAE podría aportar a una teoría económica del derecho de los contratos, siempre respecto de las funciones económicas de este cuerpo importante del derecho civil.

NOTAS

- 1 Ver por ejemplo Johnstin (2000 (1972)). Para una muestra más de la disparidad de autores que componían la EAE y los diversos destinos luego de la emigración, ver Craver (1986).
- 2 Bryan Caplan afirma que “si “Mises y Rothbard están en lo cierto, entonces la economía debe corregirse, en cambio si Hayek está en lo correcto, ésta sólo necesita algunos pequeños ajustes”. Este autor cree que la EAE no tiene rasgos distintivos lo suficientemente claros como para constituir una escuela de pensamiento por sí misma, diferente al marginalismo. Cree que los esfuerzos por lograr una versión alternativa no han logrado más que obtener mera economía en forma de filosofía social, historia del pensamiento y metodología de la economía, antes que resultados concretos, que juzga pobres (Ver primera página de su artículo “*Why I am not an Austrian Economist*”). Un breve examen del trabajo de Hayek en economía, conducido sobre todo antes de la década del ‘30, mostraría un extenso uso de gráficos y herramientas analíticas afines al de las técnicas más usuales en esta disciplina.
- 3 Creo que las diferencias más importantes están en el campo de la macroeconomía, pero no puedo detenerme aquí en este asunto.
- 4 En el campo de la macroeconomía, la EAE tiene contenidos que la diferencian de otras tradiciones en un grado mayor. Los autores de la EAE no aceptan la distinción entre micro y macro. Debe quedar claro que uso el término para designar los campos de estudios de la economía en los términos más convencionales.
- 5 Ver Mises (1980), Capítulo I, pp. 68-75, de donde surge claramente su rechazo al método de las ciencias naturales para el estudio de la acción humana.
- 6 Este artículo asume –dada la imposibilidad de mostrar toda una escuela de pensamiento económico en breves páginas– cierto nivel de conocimiento de la EAE por parte del lector.

- 7 Ver al respecto el debate Block-Demsetz (Block,1977:111-15 y 1995: 64 y ss; Demsetz, 1979 y 1997:101-9).
- 8 Estos autores usualmente no aceptan las explicaciones más frecuentes respecto de la ineficiencia del monopolio. Hasta donde yo conozco no hay una economía del bienestar de la EAE explícita, con excepción de (la para mí deficiente) de Rothbard (1956:227).
- 9 Ver Haddock (1986). Sin embargo, otro autores se han ocupado de destacar las ventajas de la regla de la primera ocupación (Epstein,1978:1221ss; Lueck, 1995).
- 10 Estos autores de la EAE que estoy comentando no aceptan la teoría de las fallas de mercado por lo cual tampoco tendrían, al menos en principio, motivos de eficiencia para limitar las transacciones privadas. Pero no quiero detenerme en este asunto que me llevaría demasiado lejos.
- 11 Esta es, de hecho, la justificación de Rothbard (1982).
- 12 Para un examen comparativo entre la concepción del derecho de Hayek y la de Richard Posner, ver Zywicki (s/f). Voy a tomar muchos elementos de este trabajo, aun cuando difiero en algunas descripciones realizadas por el autor. Debo también mucho a mis conversaciones con Federico Lanz, consecuencia de una tesis de maestría de su autoría sobre el tema, que tuve el gusto de dirigir.
- 13 Últimamente hay demasiadas aplicaciones de estos modelos. Para un clásico, ver Axelrod (2004).
- 14 Posner, por ejemplo, en un trabajo reciente, sostiene para mí de modo sorprendente, que Kelsen sería más compatible con el enfoque económico de la ley que el mismo Hayek (Posner, 2005:147 ss). Para mí, la visión del derecho clásica más compatible con la del AED es la de Hard, de que el derecho constituye una forma de gobierno social basada en incentivos. En este sentido, ver Kornhauser (2004:355ss).
- 15 Sin embargo es conveniente ser precavidos sobre este asunto: usualmente los economistas del derecho no tienden a moralizar sus trabajos, en parte por los propios límites de la disciplina y en parte por el temor a introducir juicios de valor en un campo supuestamente científico.
- 16 Meta que se cumple cuando los bienes están asignados a sus mejores empleos, medidos en lo que las personas están dispuestas a entregar a cambio de retener un derecho o adquirirlo.
- 17 Para una crítica a Posner ver James M. Buchanan (1974), quien comenta la primera edición del libro *Análisis Económico del Derecho*. Buchanan destaca el trabajo del autor italiano Bruno Leoni para contraponer a Posner una mirada del derecho similar o próxima a la de Hayek.
- 18 Creo que eso sería correcto para un juez regulador, pero no para un juez que debe encontrar, de entre todas las disponibles, la regla legal eficiente, la que probablemente en muchos casos sea la seleccionada por los tribunales.
- 19 Desde luego que algunos empleos de los criterios de eficiencia en el campo social son muy parecidos. La idea de que las reglas deben lograr equilibrios que hagan consistentes las elecciones de muchos operadores es un clásico de la economía y una idea muy trabajada también en AED. Pero no estoy muy seguro, y no puedo explorar ahora, sus puntos en común y diferencias con la explicación de Hayek.

- 20 Hay desde luego muchos motivos por los cuales las personas pueden cooperar en transacciones donde el oportunismo es una opción. En muchos contextos operan mecanismos externos al derecho que pueden incentivar el cumplimiento de los convenios. La reputación, por ejemplo, es un buen motivo para cumplir contratos en contextos donde hay pocos operadores y muy buena información. Un conocido ejemplo es el del mercado de diamantes en Nueva York que tiene pocos operadores, la mayor parte de ellos judíos practicantes que tienen por costumbre someter sus diferencias al arbitraje de los rabinos. En estas condiciones institucionales no es necesario un derecho de los contratos para promover ofertas creíbles e incentivar la cooperación. No hay en el caso un poder de policía capaz de ejecutar forzosamente las decisiones, pero el costo de no cumplir con ellas es tan alto que hay incentivos para cumplir los convenios y los laudos sin apelar a las amenazas de la fuerza (Bernstein, 1992). Para un examen más general y muy conocido sobre la cooperación ver Axelrod (1986:122-136; 2004:75-83).
- 21 Sin embargo, aun cuando los convenios constituyen la base de la cooperación social, no todas las sociedades humanas han contado con un derecho de contratos tal y como lo conocemos. En la gran mayoría de las sociedades primitivas, el ámbito del derecho de los contratos era significativamente reducido y básicamente sujeto a unas pocas y simples reglas, tales como la no obligatoriedad de las promesas antes de la ejecución del convenio, la simple restitución como sanción por incumplimiento contractual y la responsabilidad del vendedor, como regla, para cualquier desperfecto del producto. Es que en una sociedad donde hay pocas transacciones a términos y los mercados son muy reducidos, la regla de la restitución y otras pocas resultan suficientes para garantizar el comercio. Véase Posner (1981:182-5).
- 22 Esta descripción, usual para justificar y explicar los contratos en el enfoque del AED, es muy similar o idéntica a la justificación de las instituciones sociales que ofrece, por ejemplo, Mises.
- 23 Contrato “proviene del latín *contractus* que significa contraer, estrechar, unir, contrato, pacto, voz que significa unir, juntar o reunir y su acepción más común o gramatical los contratos refieren a “acuerdos o convenios entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento puede ser compelidas” (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo IV, p.120).
- 24 Sin embargo, un examen más fino del problema debería tener en cuenta los costos sociales de la ejecución forzosa del convenio. Prestaciones irrelevantes, de poco monto o carentes de importancia –como de hecho sucede en los sistemas legales– no deberían ser obligatorios.
- 25 Véase por ejemplo el Código Civil español en los siguientes artículos: 1258, 1259, 1260, 1254, 1255 y 1257.
- 26 Sin embargo, autores de la EAE comprometidos con una teoría de la justicia del tipo Rothbard podrían insistir en que los contratos son sólo obligatorios cuando una de las partes cumplió con la prestación, de modo análogo, aun cuando no idéntico al principio de la consideración como elemento que determina la validez de los contratos.
- 27 Esta es, sin embargo, la posición de un autor austríaco como Rothbard.

- 28 Los sistemas legales permiten también que las partes establezcan ellas mismas en el contrato la sanción por incumplimiento. Son los *liquidated damages* del derecho común o la cláusula penal en nuestra tradición legal. Los tribunales americanos son muchos más restrictivos respecto de nuestros tribunales a la hora de ejecutar estas cláusulas. En general, mientras estos solo hacen ejecutar estas cláusulas cuando se aproximan al monto de la sanción por incumplimiento, es decir al monto de los daños en expectativa, los jueces en la tradición continental son más permisivos sólo eliminando aquellas demasiado excesivas. La eficiencia o ineficiencia de estas dependen de muchas variables que no podemos analizar en este trabajo. Véase, Edlin y Schwartz (1993:33 – 54).
- 29 La relación típica entre estas sanciones es que los daños en expectativa son mayores que los daños de costo de oportunidad y éstos que los daños de confianza, en tanto los costos de confianza están incluidos en los otros dos y el mejor contrato es por lo menos tan bueno como el segundo mejor contrato. Sin embargo, en mercados muy competitivos los daños en costos de oportunidad tienden a ser iguales a los daños en expectativa, en tanto en estas condiciones los bienes tienden a ser fungibles.
- 30 Ver, William Bishop, “The Choice of Remedy for Breach of Contract”, *Journal of Legal Studies* 14, 1985, p. 14.
- 31 Robert Cooter y Tomás Ulen, “Derecho y economía”. Op.cit., p. 244.
- 32 Para una crítica de naturaleza moral a la teoría del incumplimiento eficiente, Daniel Friedmann, “Efficient Breach Fallacy”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18, 1989. pp. 1 y ss. Desde luego que algunos autores de la EAE que adoptan posiciones filosóficas muy estrictas sobre el derecho de propiedad resistirían, por cuestiones morales, la tesis del incumplimiento eficiente.
- 33 Para un clásico sobre este asunto, Richard Posner y A. M. Rosenfield, “Impossibility and Related Doctrines in Contract Law. An Economic Analysis”, *Journal of Legal Studies* Vol. 6, 1977, pp. 83. De hecho, voy a tomarme mis argumentos fundamentalmente de este clásico trabajo que ha tenido fuerte impacto en la literatura. También, de Ian Ayres y Robert Gertner, “Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules”, *Yale Law Journal* Vol. 99, 1989, pp. 87 y ss. Las consideraciones aquí desarrolladas, sin embargo, son muy generalizadas en la disciplina. Véase por ejemplo, Hans-Bernd Schafer y Claus Ott, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, op.cit., pp. 258-278. También el capítulo correspondiente de Robert Cooter y Tomás Ulen, *Derecho y Economía*, op. cit. pp. 256-265. También, para una mirada más crítica, Jason Scott Johnston, “Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules”, *Yale Law Journal* Vol. 100, 1990, p. 615, 1990 y Randy Barnett, “The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent”, *Virginia Law Review* 78, 1992, pp. 821 y ss.
- 34 Para una temprana descripción de esta función general del derecho, véase, por ejemplo, Gordon Tullock, *The Logic of the Law*, Basic Books, NY, 1971, pp. 40-7.
- 35 Véase, por ejemplo, Robert Cooter y Tomás Ulen, *Derecho y Economía*, pp. 261 y 262.

REFERENCIAS

- Alterini, Atilio A., 1998, *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo. Teoría General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Axelrod, Robert, 1986, *La evolución de la cooperación*, Alianza Editorial, Madrid.
- Axelrod, Robert, 2004, *La complejidad de la cooperación*, Alianza, Madrid.
- Ayres Ian y Robert Gertner, 1989, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules", *The Yale Law Journal*, Vol. 99 (1) (October), pp. 87-130.
- Barnett, Randy, 1992, "The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent", *Virginia Law Review*, Vol. 78.
- Bernstein, Lisa, 1992, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 21(1), pp. 115 – 53.
- Bishop, William, 1985, "The Choice of Remedy for Breach of Contract", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 14.
- Block, Walter, 1977, "Coase and Demsetz on Private Property Rights," *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 1 (2), pp. 111-15.
- Block, Walter, 1995, "Ethics, Efficiency, Coasian Property Rights, and Psychic Income: A Reply to Harold Demsetz", *Review of Austrian Economics*, Vol. 8 (2), 61-125.
- Buchanan, James M., 1974, "Good Economics, Bad Law", *Virginia Law Review*, Vol. 60, N°3, pp. 483-492.
- Caplan, Bryan, s/f, "Why I am not an Austrian Economist", en <http://econfaculty.gmu.edu/bcaplan/whyaust.htm>
- Cooter, Robert y Thomas Ulen, 2008, *Derecho y Economía*, 2da ed., FCE, México.
- Craver, Earlene, 1986, "The Emigration of the Austrian Economists", *History of Political Economy*, Vol. 18 (1) 1-32.
- de Soto, Hernando, Enrique Ghersi y Mario Ghibellini (colaboradores), 1987, *El Otro Sendero, Libertad y Democracia*, Lima.
- Demsetz, Harold, 1979, "Ethics and Efficiency in Property Rights Systems", in *Time, Uncertainty, and Disequilibrium: Explorations of Austrian Themes*, ed. Mario Rizzo, Lexington, Mass.: D. C. Heath.
- Demsetz, Harold, 1997, "Block's Erroneous Interpretations," *Review of Austrian Economics*, Vol. 10 (2), pp. 101-9.

- Edlin Aaron and Alan Schwartz, 1993, "Optimal Penalties in Contracts", *Chicago Kent Law Review*, Vol. 78, pp. 33 - 54.
- Epstein, Richard A., 1979, "Possession as the Root of Title", 13 *Ga. L. Rev.* 1221.
- Friedmann, Daniel, 1989, "Efficient Breach Fallacy", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18 (1) pp. 1-24.
- Fuller, Lon L., 1941, "Consideration and Form", *Columbia Law Review*, Vol. 41, pp. 799-815.
- Haddock, D.D., 1986, "First possession versus optimal timing: limiting the dissipation of economic value", *Washington University Law Quarterly*, Vol. 64, pp. 775-92.
- Hayek, Friedrich, 1945, *The Use of Knowledge in Society*, 35 AM. ECON. REV. 519.
- Hayek, Friedrich, 1977, *Law, Legislation and Liberty, Vol. I: Rules and Order*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley.
- Hoppe, Hans-Hermann 1993, *The Economics and Ethics of Private Property*, Boston: Kluwer.
- Johnstin, William, 2000 (1972), *An Austrian Mind: An Intellectual and Social History (1848 - 1938)*, University of California Press.
- Johnston, Jason Scott, 1990, "Strategic Bargaining and the Economic Theory of Contract Default Rules", *The Yale Law Journal*, Vol. 100 No. 3 (Dec.), pp. 615-664.
- Kirzner, Israel M., 1989, *Discovery, Capitalism, and Distributive Justice*, Basil Blackwell, New York.
- Kornhauser, Lewis A., 2004, "Governance Structures, Legal Systems, and the Concept of Law," 79 *Chicago-Kent Law Review*, 355.
- Lachmann, Ludwig, 1976, *The Foundation of Modern Austrian Economics*, Sheed & Ward.
- Lueck D., 1995, "The Rule of First Possession and the Design of the Law", *Journal of Law and Economics*, Vol. 38, pp. 393-436.
- Mises, Ludwig, 1959, *Theory and History*, reimpreso por Liberty Fund, Indianapolis.
- Mises, L., 1922, *Socialism*, reimpreso por Liberty Fund, Indianapolis.
- Mises, L., 2006, *The Ultimate Foundations of Economic Science*, Liberty Fund, Indianapolis.
- Mises, L., 1980, *La acción humana. Tratado de economía*, Madrid: Sopec.
- Posner, Richard A., 1981, *The Economics of Justice*, Harvard University Press.
- Posner, Richard A., 1977, "Gratuitius Promises in Economics and Law", *Journal of Legal Studies*, Vol.6 (411-412).
- Posner, R. A., 2005, "Hayek, Law, & Cognition", *NYU J. L. & Liberty*, Vol. 1, pp. 147-166.
- Posner, R. A. y Andrew M. Rosenfield, 1977, "Impossibility and Related Doctrines in Contract Law. An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 6 (83).

- Priest, George L., 1977, "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", 6 *Journal Legal Studies* 65.
- Rothbard, Murray N., 1956, "Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics," in *On Freedom and Free Enterprise*, Mary Sennhoy ed., D. Van Nostrand, Princeton (Traducción al castellano en *Libertas*, Vol. 6, Mayo, 1987).
- Rothbard, Murray N., 1957, "In Defense of 'Extreme Apriorism'", *Southern Economic Journal*, Vol. 23, pp. 315-18.
- Rothbard, Murray N., 1982, *La Ética de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid.
- Rothbard, Murray N., 1989, "Law, Property Rights, and Air Pollution," *Cato Journal* Vol. 2, pp. 55-99.
- Rubin, Paul H., 1977, "Why is the Common Law Efficient?", 6 *Journal Leg. Studies* 51.
- Schafer, Hans-Bernd y Claus Ott, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, op.cit., pp. 258 – 278.
- Skousen, Mark, 2005, *Vienna & Chicago: Friends or Foes?*, Regnery Publishing Inc.
- Stordeur, Eduardo y Juan Ramos Mejía, 2005, "Una lectura hayekiana de Coase", *Libertas* N° 42.
- Tullock, Gordon, 1971, *The Logic of the Law*, Basic Books, NY.
- Zywicki, Todd J., s/f, "Posner, Hayek & The Economic Analysis of the Law", en http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/07-05.pdf.