

INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA ARGENTINA: EL CONFLICTO ENTRE LOS PRINCIPIOS ECONÓMICOS Y LAS DOCTRINAS JURÍDICAS*

*Martín Krause***

Resumen: Un elemento esencial de buen desempeño económico es la vigencia del derecho y la seguridad jurídica. La baja calidad institucional que ocasiona la inseguridad jurídica tiene un fuerte impacto en la economía, principalmente a través de una reducción de las inversiones. Como lo demuestra el caso argentino, la inseguridad jurídica puede ser afectada tanto por el número de normas jurídicas como por su calidad. En este trabajo analizo algunas normas y fallos judiciales en la Argentina relacionados con la emergencia económica, el valor de la moneda, las tasas de interés, el contenido de los contratos y las relaciones laborales. Sostengo que esas normas han contribuido a consolidar una marcada inseguridad jurídica que tiene o ha tenido un efecto negativo sobre el funcionamiento de la economía.

Introducción

La economía institucional busca explicar la relación causal entre ciertas instituciones y el crecimiento económico. Estas instituciones son aquellas que protegen en forma efectiva derechos individuales básicos como el derecho a la vida, la libertad de opinión, la libertad de movimiento, el derecho de propiedad y la libertad contractual (North, 1993).

* Versión revisada y actualizada del trabajo homónimo preparado para el Foro de Estudios en Administración de Justicia, Buenos Aires, 2008.

** Doctor en Administración (UNLP). Secretario de Investigaciones, ESEADE. Director del CIIMA/ESEADE. Profesor Titular de Economía (UBA/ESEADE). Email: martin@eseade.edu.ar

Para que las economías prosperen es necesario que exista un marco jurídico de normas y condiciones que permitan al mercado funcionar bien. En términos básicos, son tres las condiciones fundamentales que señalara oportunamente David Hume (1739): la estabilidad en la posesión (derecho de propiedad), su transferencia por consentimiento (libertad contractual) y el cumplimiento de las promesas.

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

Las costumbres y prácticas dan origen a expectativas, que a su vez guían las acciones de la gente, por lo que esas prácticas que la gente espera observar es lo que, a menudo, se reconoce como ley. La autoridad de (o el apoyo a) un sistema legal deriva en última instancia de un sentimiento de que es “correcto” debido a que verifica las expectativas. Desde esta perspectiva de la autoridad resulta claro que los acuerdos recíprocos son la fuente básica de reconocimiento del deber de obedecer la ley... (Benson, 1989: 645).

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

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

Su objetivo, en última instancia, sería ahorrar costos de información en relación con las actitudes de terceros. Para que las relaciones sociales sean

ordenadas, los actores deben poder formarse expectativas con cierta probabilidad de ser correctas sobre las acciones de otros, deben poder comprobarlo y permitirle ajustarlas a las nuevas circunstancias. Desde este punto de vista las instituciones son mecanismos de comunicación por medio del cual un individuo, ajustándose a cierta norma o institución, envía información hacia los demás para que estos puedan guiar sus acciones que tengan que ver con el emisor.

Un elemento central de la calidad institucional es la seguridad jurídica. El concepto de “Seguridad jurídica” no es fácil de definir. En términos generales podríamos decir que es el resultado que obtiene un sistema legal generando un conjunto de normas formales que permite coordinar las acciones de los individuos en sociedad, dando previsibilidad a sus actos (North, 1993).

“Seguridad jurídica” no es lo mismo que “estabilidad jurídica”. Esta última es imposible, ya que las normas legales cambian en forma constante. Hay un constante “flujo” de normas que reemplaza, modifica o se agrega al “stock” de normas necesariamente existente. Siendo que la complejidad de la sociedad crece en tanto se multiplican sus componentes y las posibilidades de interacción entre sí, podríamos suponer que existe una demanda de normas que lleva a un stock creciente. La multiplicación de relaciones sociales aumentaría en ese caso la tarea de los jueces quienes deberían resolver cada caso por separado. La existencia de mayor número de normas formales reduciría esos costos de adjudicación (Fon y Parisi, 2007).

Estas variables son específicamente consideradas en el Índice de vigencia del derecho” (*Rule of Law*) elaborado por el Banco Mundial (Kaufmann, Kraay & Mastruzzi, 2008) que ubica a la Argentina por detrás de Burkina Faso, Armenia y Djibouti, apenas precediendo a Vietnam, Etiopía y Uganda. En cuanto al más abarcador concepto de “calidad institucional”, el Índice de calidad institucional (ICI) (Krause, 2009) nos permite evaluar el posicionamiento relativo de la Argentina. El ICI es un índice compuesto que se obtiene agregando las posiciones porcentuales de los países en ocho indicadores elaborados por distintos institutos. Los indicadores son: Vigencia del Derecho, Voz y Rendición de Cuentas, y Haciendo Negocios (Banco Mundial); Percepción de la Corrupción (*Transparency International*), Libertad

de Prensa (*Freedom House*), Competitividad Global (Foro Económico Mundial); Libertad Económica en el Mundo (*Fraser Institute*) y Libertad Económica (*Wall Street Journal/Heritage Foundation*).

En el último informe del ICI, la Argentina ocupa el puesto N° 27 entre treintiseis países del hemisferio americano y el N° 11 entre veinte países latinoamericanos, con una tendencia descendente.¹ Analizaremos las causas de esta situación en las próximas secciones.

Seguridad jurídica e inversiones

La calidad institucional puede verse gravemente afectada tanto por la cantidad como por la calidad de las normas. A lo que habría que agregar un tercer componente: su efectivo cumplimiento y la eficiencia del sistema judicial que permita la vigencia efectiva de los derechos.²

En el trabajo “Justicia y desarrollo económico” (Consejo Empresario Argentino, 1999) se destaca como incidencia del sistema judicial en la economía su impacto sobre la inversión, más elevadas tasas de interés, encarecimiento de las compras del sector público, aumento de la impunidad y la evasión, mayor centralismo económico. Tomemos el caso de la inversión, particularmente de la inversión extranjera directa (IED):

Hay varias razones por las que la calidad de las instituciones puede ser importante para atraer IED. Una de ellas se basa en los resultados de la literatura sobre el crecimiento: al elevar las perspectivas de productividad, una buena infraestructura de gobernabilidad puede atraer a inversores externos. Una segunda razón es que las malas instituciones pueden ocasionar costos adicionales a la IED. Este puede ser el caso de la corrupción, por ejemplo (Wei, 2000). Una tercera razón es que, debido a los altos costos hundidos, la IED es especialmente vulnerable a cualquier forma de incertidumbre, incluyendo la que proviene de una baja eficiencia gubernamental, cambios de políticas, sobornos o débil protección de los derechos de propiedad y del sistema jurídico en general (Bénassy-Quéré *et al.*, 2007:764).

Según datos de la UNCTAD (2009) la Argentina, con un promedio de IED de 3.126 millones de dólares para el período 1970-2005, se encuentra bastante lejos de Brasil y México. Además, en los últimos años ha sido desplazada del tercer lugar en América Latina por Chile y Colombia, países que en el período mencionado muestran un promedio de 1.911 y 1.264 millones de dólares respectivamente, pero que en el período 2004-2008 trepan a 10.552 y 7.907 millones de dólares, contra 5.874 de la Argentina (Cepal, 2009:27). En este último período la diferencia con Brasil y México se ha incrementado, pues México atrajo en promedio 22.616 millones, y Brasil 26.328 millones (45.058 millones durante 2008). Esto significa que si en el período 1970-2005 la Argentina recibió el 41% de la inversión que recibió Brasil y el 44% de lo que recibió México, en el período 2004-2008 ha recibido el 22,31% de lo que recibió el primero, y el 25,97% de lo que recibió el segundo.

La lejanía respecto a México y Brasil y la pérdida de posiciones respecto a Chile y Colombia tienen que ver con el deterioro institucional y la falta de seguridad jurídica en la Argentina en comparación con estos países pese, incluso, a los problemas de seguridad interna que presenta Colombia.

No solamente la Argentina es el país que más ha reducido el monto de recepción de IED, si tan sólo hubiera mantenido la relación porcentual que tenía con Brasil (41%) y México (44%) durante el período 1970-2005, en el período 2004-2008, hubiese recibido unos 10.000 millones de dólares anuales de IED, en lugar de los 5.874 millones, es decir, la Argentina perdió unos 4.000 millones de dólares cada año.

Cantidad y calidad de las normas

Distintos autores (Olivera, 1999; Epstein, 2005) han asociado el número de normas legales con la seguridad jurídica, aseverando que un número de normas más allá de un determinado punto de equilibrio genera una sobreprovisión, que resulta en inseguridad. En palabras de Olivera:

Como los demás bienes, el Derecho está subordinado al Principio de Utilidad marginal Decreciente o Primera Ley de Gossen. Cuanto mayor el número de normas, tanto más difícil resulta su conocimiento y correcta interpretación. La incerteza sobre el Derecho limita la creación de certeza por medio del Derecho (Olivera, 1999:15).

La utilidad marginal del derecho se contrapone con un costo marginal creciente en términos de libertad lo que resulta en un equilibrio del orden jurídico, en el cual utilidad marginal y costo marginal se igualan. Olivera, haciendo referencia a Adam Smith, sostiene que de la misma forma que “el precio de mercado se mantiene por encima del equilibrio más que debajo de él... Un fenómeno semejante se presenta al equilibrio jurídico” (Op. Cit.: 17).

Si el mercado se encontrase por debajo del precio de equilibrio el exceso de demanda se cubriría por normas contractuales, formales o informales, acordadas por las partes. Si se encontrase por encima, el exceso de normas se ajustaría “de facto” sin corregir las normas, simplemente incumpléndolas. Esta podría ser una proposición comprobable considerando los niveles de economía informal; el problema para su verificación, no obstante, adquiere un grado de complejidad mayor debido a que la informalidad es resultado tanto de la ausencia de normas formales (derechos de propiedad claramente definidos, por ejemplo) como de su exceso, que lleva a muchos productores a los mercados informales (De Soto, 2001).

¿Cuáles son las fuerzas que impulsan al mercado a este desequilibrio? Olivera menciona algunas: “Si es por exceso el desequilibrio, el Derecho será desvirtuado por factores reales de poder. La influencia política, la fuerza, la corrupción, crearán una disparidad entre el ámbito de vigencia formal del Derecho y su acatamiento efectivo” (1999: 16).

Esta es la descripción característica de la literatura de la “búsqueda de rentas” (*rent seeking*), la presión de los grupos de interés por obtener legislación que los favorece en detrimento del resto. En situaciones del tipo del “dilema del prisionero”, cada grupo “compra” normas que lo favorecen sin tener en cuenta el costo que imponen al conjunto, terminando todos en una

situación peor en tanto los costos originados por los privilegios del resto son superiores a los beneficios obtenidos por el propio.

La “búsqueda de rentas” describe una situación en la cual una minoría obtiene privilegios (palabra que proviene de “*privi leges*”, ley privada) a costas de la mayoría. Pero no es ésta la única demanda de normas existentes. La escuela de la elección pública (*Public Choice*) también ha señalado la otra fuente, cuando los políticos aseguran su reelección proveyendo legislación que beneficia a la mayoría en perjuicio de la minoría.

Bastiat (2004:195) señalaba ya estas dos posibilidades, a las que daba el nombre de “explotación parcial” (una apropiación por parte de la minoría de bienes pertenecientes a la mayoría) y “explotación universal” (el caso inverso) y agregaba una tercera, la única que sería un control para el desequilibrio por exceso, la llamaba “ausencia de explotación”. No hay una demanda de menos normas, sino una competencia de minorías y mayorías para obtener sus propias explotaciones.

El éxito de la “explotación universal” es simple: la democracia es el gobierno de la mayoría. El de la “explotación parcial” ha sido explicado como un problema de acción colectiva: los beneficios se encuentran concentrados en unos pocos, los costos se reparten entre muchos ninguno de los cuales tiene un incentivo suficientemente fuerte para oponerse al privilegio (Olson, 1992).

Probablemente la calidad de las normas sea más preocupante como fuente de inseguridad jurídica que la cantidad. Después de todo, puede haber una sola norma que genere una completa inseguridad al mismo tiempo que pueden existir una cantidad de normas relativamente inocuas. Veamos una norma de alto impacto en la seguridad jurídica, la emergencia económica.

Emergencia económica

En la Argentina, la continuación del estado de emergencia económica, aprobado anualmente en ocasión de la sanción de la ley de presupuesto, ratifica la existencia de un sistema de normas basado en tres órdenes diferentes. El

primero de ellos es el “orden constitucional formal”, sustentado en el texto de la Constitución de 1853, sus posteriores reformas, y las leyes formales; el segundo es el “orden normativo informal” que rige buena parte de las acciones de los argentinos, y que no se encuentra codificado; el tercero es el “orden constitucional de emergencia”.

El ciudadano argentino, por lo tanto, se mueve bajo esos tres órdenes jurídicos diferentes. Formalmente está sujeto al “orden constitucional” y las normas que de él emanan, muchas de las cuales están reñidas con los principios constitucionales básicos y generan la informalidad a la que se hiciera referencia. Ese orden formal, sin embargo, no rige en forma completa sino que es reemplazado por el orden constitucional de “emergencia”, el cual no ha sido el fruto de ninguna convención constituyente sino de las decisiones que toma el Poder Ejecutivo, avaladas luego por la Suprema Corte. Ese orden de emergencia, suspende o elimina los derechos establecidos en el orden constitucional formal y, en la medida que las emergencias se suceden unas a otras, se convierte en el orden normativo predominante.

El fallo del caso *Galli* es un ejemplo del aval de la doctrina jurídica al desarrollo del orden constitucional de emergencia prevaleciente. Hugo Gabriel Galli y Silvia Concepción Attardi solicitaron un amparo para que se declare la inconstitucionalidad de actos, normas y circulares que vulneran su derecho de propiedad, al modificarse la moneda de los bonos públicos en su posesión. Los actuantes se dirigían aquí al “orden constitucional formal”, pero se encontraron con que el Procurador General y luego la Corte defendieron el orden de emergencia. La Cámara, en su oportunidad, había fallado a favor de los demandantes, haciendo mención que al modificar compulsiva y unilateralmente las obligaciones, el Estado había violado el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional. Pero la Corte aceptó el argumento del recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional, según el cual “por aplicación de la doctrina de la emergencia, el decreto 471/02 es constitucionalmente válido”, a pesar de no hacer ninguna referencia a una disposición constitucional que validara tal decisión.³ En realidad, la Constitución solamente considera emergencias “civiles”, para las que dispone instrumentos como la intervención federal y el estado de

sitio, pero no “económicas” (Art. 75, inc. 31). A pesar de esta limitación constitucional, la ley 25.561 promulgada el 6 de Enero de 2002, declaró el estado de emergencia pública nacional en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Como el estado de crisis es el que genera la situación de emergencia, es necesario analizar las características de aquello que se considera una crisis. Al respecto, el Procurador General señaló:

Cabe recordar sobre el punto, que la legislación de emergencia responde al intento de conjurar o atenuar los efectos de situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza, y constituye la expresión jurídica de un estado de necesidad generalizado, cuya existencia y gravedad corresponde apreciar al legislador sin que los órganos judiciales puedan revisar su decisión ni la oportunidad de las medidas que escoja para remediar aquellas circunstancias, siempre, claro está, que los medios arbitrados resulten razonables y no respondan a móviles discriminatorios o de persecución contra grupos o individuos.⁴

Se define a la crisis como “situaciones anómalas, ya sean económicas, sociales o de otra naturaleza”. No obstante, sería necesario que se pudiera diferenciar entre situaciones anómalas “exógenas” y “endógenas”. Las primeras hacen referencia a situaciones donde la causa de la crisis es ajena a la voluntad del gobierno, como puede ser una tragedia natural o un ataque terrorista. El reconocer una crisis como resultado de estos fenómenos no traería conflictos jurídicos, en tanto y en cuanto se cumplieran los principios mencionados por el Procurador respecto a que los medios arbitrados sean razonables y no respondan a móviles discriminatorios contra grupos o individuos.

Pero las crisis “endógenas” plantean un problema muy diferente. Éstas son las que se producen como resultado del mismo accionar gubernamental, e incluyen casi todas las experimentadas en este país en los campos económico y social. La crisis, entonces, daría pie al desarrollo del “orden constitucional de emergencia” y su aludido poder para reglamentar derechos:

A fin de evitar repetir conceptos muy conocidos, sólo cabe indicar que desde sus orígenes el Tribunal ha señalado que los derechos declarados por la Constitución Nacional no son absolutos y están sujetos, en tanto no se los altere sustancialmente, a las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 28 de la Ley Fundamental), así como que tales restricciones pueden ser mayores en épocas de emergencia en aras de encauzar la crisis y de encontrar soluciones posibles a los hechos que la determinaron.

La Corte ha dicho que el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, siempre que tal legislación sea razonable y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución, pues no debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (Fallos: 171:79), toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos: 238:76).

Es necesario recordar que el artículo 28 de la Ley Fundamental nada dice respecto al carácter absoluto o no de los derechos sino simplemente que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Bien podría darse la interpretación contraria, no obstante lo cual la Corte Suprema ha continuado con su interpretación sobre el carácter “relativo” de los derechos y los ha hecho más relativos aún con motivo de una crisis. Habiéndose eliminado las restricciones al poder que provendrían de una aplicación más literal del mencionado artículo y las que remueve el estado de crisis, entonces, como menciona el segundo párrafo, el gobierno está facultado a dictar las leyes que considere convenientes, cuya única limitación son estos “bordes” ahora reducidos a una mínima expresión. Dentro de esa definición, prácticamente toda norma puede encontrar su justificación dentro del “orden constitucional de emergencia”. La inseguridad jurídica que se sigue de estas decisiones es inevitable.

Se podrán mencionar instancias similares en otros países en los que esta doctrina se ha desarrollado, en particular los Estados Unidos, pero es necesario tener en cuenta que la generalización de un vicio no lo convierte

en una virtud. Higgs y Twight (1987) señalan que, luego de varias décadas de supuestas “emergencias”,⁵ en 1973 el Senado de los EEUU creó un Comité Especial para la Terminación de la Emergencia Nacional, que luego informaba:

Estas proclamaciones dan fuerza a 470 estipulaciones de la ley federal...., que en su conjunto, confieren suficiente autoridad para gobernar el país sin referencia a procesos constitucionales normales. Bajo los poderes delegados por estos estatutos, el Presidente puede: requisar propiedades; organizar y controlar los medios de producción; requisar productos; asignar fuerzas militares en el exterior; instituir la ley marcial; tomar y controlar todos los transportes y las telecomunicaciones; regular la operación de las empresas privadas; restringir los viajes; y en una plétora de formas distintas, controlar las vidas de todos los ciudadanos norteamericanos (citado en Higgs y Twight, 1987).

El resultado del trabajo de este Comité fue la sanción de dos leyes importantes: la Ley de Emergencias Nacionales (NEA, en inglés), y la Ley de Poderes Económicos para Emergencias Internacionales (IEEPA, en inglés). Trataban con ellas de reafirmar el control del Congreso sobre la autoridad gubernamental en emergencias, ya que todas las emergencias nacionales tienen un límite máximo de dos años luego de los cuales su declaración está sujeta a estrictos requisitos garantizando una revisión parlamentaria de los decretos de emergencia. No obstante lo cual, al poco tiempo la Corte decidió⁶ que el Congreso no puede utilizar la resolución de una sola de las Cámaras o ningún otro método (como una resolución conjunta) que no cumpla con los requerimientos completos para la sanción legislativa, y más tarde aprobó⁷ amplios poderes al presidente para bloquear fondos iraníes y luego para garantizar su retorno a Irán, anulando ciertas provisiones de algunas cortes norteamericanas, como parte de las negociaciones para el retorno de rehenes (Higgs & Twight, 1987).

Curiosamente, el voto de los jueces argentinos Zaffaroni y Lorenzetti en el caso *Galli* reconoce que:

(...) la legislación de emergencia debe tener un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo la excepción se ha convertido en regla, y los remedios normales han sido sustituidos por la anormalidad de los remedios.

(...) esta fundamentación de la regla de derecho, debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos, y restringe el funcionamiento económico.

(...) el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo contundente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad.

(...) la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de precompromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones imprudentes. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento.

Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho.

La contundencia de tales argumentos, no obstante, no llevó a estos jueces a votar en forma distinta a la del resto de los miembros, pero dicha contradicción no disminuye la fuerza de los mismos. Hay allí una expresa referencia a los perjuicios que ocasiona el “orden constitucional de la emergencia”, mencionado como la “emergencia permanente”, el impacto que tiene en la seguridad jurídica y en el funcionamiento económico.

La profusión de acciones gubernamentales y normas formales mucho más allá de las áreas que la Constitución otorgaba a la tarea legislativa y a las acciones regulatorias del gobierno, fue justificada no en el ordenamiento constitucional formal original sino en el nuevo ordenamiento basado en la emergencia. Esta expansión normativa generó, a su vez, el ordenamiento informal que la elude. El de emergencia suplanta al original y el informal elude al de emergencia.

De esa forma, los argentinos viven bajo tres sistemas jurídicos distintos, y cada emergencia sucesiva los aleja más del orden constitucional original.

El valor de la moneda

La moneda es una institución fundamental para el funcionamiento de la sociedad y la coordinación de las acciones de los distintos individuos como así también de las acciones de un mismo individuo en el tiempo. Su función básica es la de medio de intercambio, facilitando todo tipo de transacciones que son la esencia de la actividad económica y permitiendo el cálculo económico a través de su capacidad de ofrecer una unidad de cuenta común. Por lo tanto, el tratamiento jurídico de la moneda debería ser sumamente cuidadoso, comprendiendo que se puede estar afectando el fluido vital que mantiene a la sociedad en funcionamiento.

En un artículo publicado originalmente en 1892, Carl Menger (1985:212) se preguntaba:

Filósofos, juristas e historiadores, al igual que economistas, e incluso naturalistas y matemáticos, se han ocupado de este notable problema, y no hay pueblo civilizado que no haya aportado su cuota en la abundante bibliografía que sobre él existe. ¿Cuál es la naturaleza de esos pequeños discos o documentos que en sí mismos no parecen servir a ningún propósito útil y que, sin embargo, en oposición al resto de la experiencia, pasan de mano en mano a cambio de mercancías más útiles, más aun, por los cuales todos están tan ansiosamente dispuestos a entregar sus productos? ¿Es el dinero un miembro orgánico del mundo de las mercancías o es una anomalía económica? ¿Debemos atribuir su vigencia comercial y su valor en el comercio a las mismas causas que condicionan los de otros productos o son ellos el producto preciso de la convención y la autoridad?

Menger descarta que el origen de las monedas sea una convención o una ley, ya que “presupone el origen pragmático del dinero y de la selección

de esos metales, y esa presuposición no es histórica”. Aunque parezca alejado el tema por estar considerando una moneda metálica, por cierto es que los principios que hacen a una buena moneda, aquella que ha sido seleccionada por la gente para ser utilizada, son los mismos. Por lo que una moneda será aceptada dependiendo:

1. Del número de personas que aún necesitan la mercancía en cuestión y de la medida y la intensidad de esa necesidad, que no ha sido satisfecha o que es constante.
2. Del poder adquisitivo de esas personas.
3. De la cantidad de mercancía disponible en relación con la necesidad (total), no satisfecha todavía, que se tiene de ella.
4. De la divisibilidad de la mercancía, y de cualquier otro modo por el cual se la pueda ajustar a las necesidades de cada uno de los clientes.
5. Del desarrollo del mercado y, en especial, de la especulación; y por último,
6. Del número y de la naturaleza de las limitaciones que, social y políticamente, se han impuesto al intercambio y al consumo con respecto a la mercancía en cuestión. (Menger,1985: 218).

La enseñanza básica de Menger es que la moneda habrá de mantener una relación clara con la cantidad de productos que se intercambien en los centros de trueque de forma tal de mantener su valor y facilitar los intercambios y el cálculo económico. Véase que Menger señala las características de la moneda que va a ser “elegida” por la gente a cambio de los bienes y servicios que entrega. Esta “elección” de la moneda ha estado y está siempre presente, pese a las disposiciones de curso legal y forzoso; la Argentina tiene largos años de experiencia en esto a punto tal que mercados enteros (inmobiliario o automotor) utilizan otra moneda, el dólar, como medio de intercambio y unidad contable.

La moneda es también unidad de cuenta y generalmente medio de pago de los contratos formales. De ahí que alteraciones en su valor ocasionen todo tipo de distorsiones contractuales y serios impactos en la economía en su conjunto. Esto es particularmente oneroso cuando el curso forzoso obliga a la implementación de contratos exclusivamente en la moneda local. Las

modificaciones en el valor de la moneda, generalmente fijado por el Poder Ejecutivo, ocasionan todo tipo de contratiempos y quiebran la coordinación de acciones en los mercados, convirtiendo relaciones comerciales amistosas en disputas conflictivas.

Uno de los peores eventos de esta naturaleza fue el relacionado con la crisis económica de los años 2001-02, la más profunda en la historia del país, que analizaré a continuación. En Agosto de 2001 se sancionó la ley 25.466 llamada “ley de intangibilidad de los depósitos”, cuyo artículo 2° estableció que “el Estado nacional en ningún caso podrá alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes”. En el artículo 3° se estableció que dicha ley era de “orden público” y que los derechos de los depositantes y las entidades depositarias eran considerados derechos adquiridos y protegidos por el artículo 17° de la Constitución (Bunge, 2008).

El hecho de que el Poder Ejecutivo y el Congreso hicieran lo que estaba prohibido por ley tan sólo cinco meses después de su sanción, habla de por sí de la inseguridad jurídica en esta materia. El accionar posterior del Poder Ejecutivo y de la Corte fue notablemente errático, multiplicando tal inseguridad. En el 2004, una nueva Corte Suprema justificó la alteración de los contratos de depósitos de moneda extranjera en el famoso caso *Bustos*.⁸ La Corte argumentó que:

(...) el propósito del acreedor no es el de conseguir moneda extranjera específica que no pudiera ser sustituida por ningún objeto sino el de lograr la estabilidad de la prestación dineraria, es decir, asegurar un poder adquisitivo constante.

(...) No está probado que el depósito haya sido en dólares efectivamente ganados como tales –lo que deja abierta la posibilidad de que los haya comprado al precio vil que mantenía el Estado o que se haya tratado de un mero asiento contable– ni que los dólares estuviesen afectados a operaciones

comerciales o financieras con el exterior que necesariamente deban afrontarse con esa moneda (...).

En el fallo, la Corte presupone cuál es el propósito del acreedor, cuando en verdad lo único que puede conocerse de las transacciones de mercado es la “preferencia revelada” de quien vende una moneda para comprar otra, valorando más a ésta que a aquélla. Ningún propósito especial puede inferirse de esas acciones ya que las valoraciones subjetivas de las personas están fuera del alcance de los economistas, los psicólogos e incluso de los miembros de la Corte.

En un fallo posterior, el voto de la Dra. Argibay se acercó parcialmente a este principio básico de la ciencia económica. Al opinar sobre “los titulares de depósitos bancarios habrían recibido una cantidad de pesos que compensaba adecuadamente el poder adquisitivo del capital originariamente expresado en dólares”, la Jueza sostuvo que:

Ya he dado las razones por las cuales no comparto este enfoque del derecho contractual cuyo amparo se pretende. He de añadir ahora, que estas argumentaciones no se encuentran respaldadas por ninguna demostración de la supuesta equivalencia económica entre el capital depositado por la parte actora y el reconocido por el Decreto N° 214, mucho menos desde la perspectiva del depositante, puesto que para ello hay que suponer, sin fundamento alguno, que el capital depositado estaba destinado a comprar bienes en el mercado interno y, aún en ese caso, bienes cuyo precio no ha seguido la evolución del dólar (como ha sucedido con los inmuebles, por ejemplo). En la medida que la verdad de esta premisa económica se invoca para revertir el defecto constitucional de la interferencia estatal, es decir, en interés de la parte demandada, es paradójico que la total ausencia de pruebas que la respalden se cargue en perjuicio de quien ha padecido esa interferencia y, por ello, entablado la presente demanda (...).⁹

Por otra parte, asumir que hay algún tipo de diferencia entre depositar una moneda (dólares billete) u otra (pesos, con la consiguiente compra/venta

de moneda con la entidad bancaria correspondiente) es desconocer el más elemental funcionamiento de los mercados financieros y cambiarios. Cada depósito en dólares para el que se depositaban pesos incluía la compra/venta de esa moneda, lo mismo sucedía con los préstamos en dólares aunque se recibieran pesos.

Pero aún luego de haber intervenido en todos los contratos entre particulares, pesificando tanto depósitos como préstamos aunque a distintas paridades, la misma Corte cambió su criterio, al menos en dos oportunidades. En el primer fallo, en el caso *Benedetti*, sobre un contrato de renta vitalicia previsional en dólares compatible con la tutela constitucional de los beneficios de la seguridad social, la Corte sostuvo que:

Este principio no puede ser ignorado mediante un mecanismo autorizado por ley, como una renta vitalicia previsional, ya que la aseguradora se obligó a asumir el pago de una prestación convenida, la que debió ser constante en el tiempo y garantizar una rentabilidad determinada (...)

Se declara formalmente admisible el recurso extraordinario deducido por la demandada, se confirma la sentencia apelada, con los alcances que surgen del presente fallo, y en consecuencia, se reconoce el derecho de la actora a percibir las sumas en concepto de renta previsional en la moneda y demás condiciones pactadas.¹⁰

El fallo de la Corte en el caso *Benedetti* discrimina un determinado tipo de contrato (renta vitalicia) de otro (depósitos a plazo), y, peor aún, defiende el primer tipo de contrato con argumentos favorables al derecho de propiedad, cuya violación acepta para el segundo tipo:

Estas reglas deben ser protegidas por esta Corte como tribunal de garantías constitucionales. En este sentido, el término 'propiedad' debe ser interpretado desde la perspectiva constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional).

Esta es la interpretación consolidada por diversos precedentes en los que se ha sostenido que 'el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un

ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquier que intente interrumpirlo en el goce del mismo’.

¿Entonces? ¿Existe el derecho de propiedad sobre una renta vitalicia y no sobre un depósito bancario? La incertidumbre es completa, vaya a saber en el futuro qué tipo de contrato se considera cubierto por este derecho y cuál no.

El segundo fallo donde la Corte cambió su criterio a favor del derecho de propiedad fue la homologación del Acuerdo entre la Provincia de San Luis y el Estado Nacional (sentencia del 5/3/03), producida el 20 de diciembre de 2005, por el cual la provincia recuperó su depósito en dólares en el Banco de la Nación Argentina mediante el cobro de una suma equivalente en pesos y bonos públicos en dólares. Nada de eso pudieron hacer los miles de depositantes atrapados en el “corralón”.

Intereses

La tasa de interés que se observa en el mercado se rige por la llamada “preferencia temporal”, una característica presente en toda acción humana que consiste en valorar más los bienes presentes que los bienes futuros. Si el ser humano no prefiriese el consumo presente al futuro, ahorraría constantemente y nunca consumiría, no habría ningún tipo de actividad económica. El concepto de interés originario se relaciona con el descuento de los bienes futuros a presentes, y la tasa de interés es determinada en el mercado de bienes presentes por el valor estimado de los bienes futuros.

En una economía monetaria los bienes se expresan en términos monetarios porque el dinero es el bien presente por excelencia, debido a su liquidez. Debido a que el dinero es el medio general de intercambio, los bienes futuros

son expectativas sobre la futura obtención de dinero. Debido a la ley de preferencia temporal, el dinero presente vale más que las actuales expectativas de obtener esa misma cantidad de dinero en el futuro. En otras palabras, el dinero futuro siempre se intercambiará con descuento respecto al dinero presente o, al revés, la cantidad de dinero a recibir en el futuro tiene que ser mayor que esa misma cantidad en el presente para considerarla con el mismo “valor”.

La estructura de tasas de interés de un mercado toma en cuenta los riesgos esperados de cada contrato a plazo. Esos riesgos incluyen la pérdida de valor de la moneda. Nadie estaría dispuesto a postergar su consumo presente de determinado bien o conjunto de bienes por una cantidad de dinero futura que signifique una posibilidad de consumo menor.

Las políticas monetarias que han vuelto imposible poder evaluar el valor futuro de la moneda han destruido también el mercado de intercambio de dinero futuro a mediano y largo plazo. Esto ha ocasionado que los jueces no tengan un parámetro preciso para decidir cuándo un daño en un momento es equivalente a una compensación en otro distante. A la manipulación constante de la tasa de interés del mercado se le suma la prohibición legal de ajustes destinados a hacer frente al deterioro del valor de la moneda, implementada por Ley 25.561 de 1991, que estipula:

Art. 7º: “El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley.

Art. 10º: Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo

aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional –inclusive convenios colectivos de trabajo– de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar.

Ante la imposibilidad de ajustar el valor nominal de la moneda, la Corte Suprema aceptó, correctamente, incluir su cálculo en la tasa de interés como mecanismo de actualización del capital, tomando la tasa pasiva.¹¹ Pero luego la Corte abandonó ese criterio y defirió la cuestión a la razonable discreción interpretativa de los jueces de la causa,¹² habiendo inclusive fijado intereses a tasa activa.¹³

La misma Corte ha sostenido que su jurisprudencia en materia de intereses es obligatoria: “los tribunales inferiores no pueden apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso en materia de pautas para la liquidación de intereses sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar las posiciones sustentadas en los mismos pues dicha doctrina tiene un valor moral intrínseco que no puede ser despreciado por los jueces, quienes tienen la obligación de tratar y en su caso conformar sus decisiones a las del citado tribunal, atendiendo a su carácter de intérprete final de la Constitución y las leyes” (CS 6-7-2004, “*Quadrum SA c. Ciccone Calcográfica*”).

Pero siendo que su propio criterio ha sido variable, por debajo de ella reina la más completa confusión y una diversidad de opiniones tal que impide saber con certeza cuál será la tasa de interés que se aplique en un determinado caso.

Los contratos y el poder de policía

La seguridad jurídica protege la coordinación de los intercambios realizados por los individuos, y que son producto de la división del trabajo y la propiedad privada, requisitos indispensables para la existencia de tales intercambios.

Los intercambios se hacen efectivos a través de contratos y compromisos, los primeros como obligaciones legales, los segundos, morales. En ambos

casos se trata de obligaciones asumidas voluntariamente: el vendedor se compromete a entregar un determinado producto o entregar un dinero a préstamo, en cierta fecha y condiciones, y el comprador se compromete a abonar el precio acordado o devolver el préstamo en el tiempo y forma establecida. Muchos contratos tienen un formato escrito firmados por los participantes, otros son compromisos verbales que las partes aceptan cumplir y respetar.

En todos los casos se trata de la transferencia de ciertos derechos de propiedad de una persona a otra u otras. Se transfieren derechos de propiedad y no cosas en sí: en muchos casos la propiedad del objeto queda en poder del dueño original, el que transfiere su uso por un determinado período.

Un derecho de propiedad puede ser violado, y los intercambios frustrados, cuando las obligaciones contractuales no se cumplen. Una sociedad en la que esas actitudes predominen no podrá favorecer los intercambios ni progresar económicamente.

Los contratos acarrear “costos de transacción” (Coase, 1960), es decir, gastos asociados con las acciones para encontrar a la otra parte de un intercambio, negociar con ella y, luego de haber llegado a un acuerdo, verificar el cumplimiento de éste. Todas estas actividades pueden ser tan costosas que ciertos intercambios son descartados al no lograr cubrir los costos. De allí que una correcta información y el acceso a una justicia eficiente reducen estos costos y multiplican las posibilidades de intercambio.

La inseguridad jurídica afecta los intercambios incrementando los “costos de transacción”, debido a la incertidumbre que ella genera respecto a las posibilidades del cumplimiento de los contratos. Precisamente, una de las tradicionales justificaciones de las funciones del Estado se encuentra en proveer normas y procesos que faciliten la realización de contratos y permitan resolver a bajo costo las disputas que puedan originarse. Pero cuando el Estado extiende sus funciones y se convierte en juez y parte de los contratos entre particulares, la inseguridad tiende a multiplicarse.

Hasta principios del siglo pasado, el Estado argentino no se atribuyó el poder de interferir en los contratos entre particulares, solamente lo mantenía para regular derechos individuales por cuestiones de interés público. Se llamó a esta atribución la “teoría del poder de policía restringido” y se refería

a situaciones donde hubiera lesiones de derechos a la población en su conjunto o a grupos pertenecientes a ella, lo que podría describirse como responsabilidad extracontractual colectiva.

Esta posibilidad de intervención estatal se podría justificar desde el punto de vista económico si consideramos a los daños como “externalidades negativas”, cuya solución se dificulta por los elevados costos de transacción que implicaría una negociación entre las partes (Stordeur, 2006). El poder de policía quedaba restringido a problemas relacionados con la salubridad, seguridad y la moral públicas¹⁴. Es más, la Corte rechazó explícitamente la posibilidad del Estado de entrometerse en contratos entre privados debido a los efectos económicos negativos que ello produciría en el funcionamiento de la competencia en los mercados (lo que comúnmente se llama en economía “externalidades pecuniarias”).¹⁵

Todo esto cambió con el paso de la doctrina del poder de policía restringido al poder de policía “amplio”, el cual comenzó a incorporar ahora la potestad del Estado de interferir en los contratos entre particulares en aras de la protección de cierto “bien común” que se vería amenazado por el accionar particular.

Esa doctrina se origina, como es ampliamente reconocido, en el caso *Ercolano* de 1922, en el cual un propietario cuestionó la constitucionalidad de una ley que congeló los alquileres de las viviendas por un plazo de dos años, modificando los términos del contrato vigente. La Corte justificó la intervención estatal en los contratos de alquiler en los siguientes términos:

Existen, sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios. Cuando mayor sea el interés del público por aquello

que constituye el objeto del monopolio, más fuerte puede ser la opresión económica y más sensibles y perniciosos sus efectos, pudiendo llegar el caso de que la prosperidad y el bienestar esencial de un país o de una región se encuentren a merced de la avaricia o del capricho de los que detentan los factores de un servicio de vital necesidad. Llegándose a este punto extremo, la protección de los intereses económicos constituye para el estado una obligación de carácter tan primario y tan ineludible como lo es la defensa de la comunidad amenazada por el aprovechamiento abusivo de una situación excepcional. Estas conclusiones han quedado definitivamente incorporadas al derecho público. Ya no se considera discutible el poder del estado para ejercer eficaz control sobre los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados.¹⁶

Cuesta comprender el análisis económico de la Corte en este caso. ¿Cómo puede existir un monopolio en el mercado de los alquileres? No solamente se trata de un mercado con oferta atomizada sino, más importante aún, sin barreras para el ingreso de nuevos oferentes, por lo cual la competencia cumplía su papel como en cualquier otro mercado. Que en una economía estable ocurren cambios en los precios relativos es algo que sucede a diario y en todos los mercados.

En el mencionado fallo, la Corte no logró demostrar la existencia de ningún monopolio, sino una situación común de escasez de bienes ante el crecimiento de la demanda, lo cual generaba un aumento de precios, como en cualquier mercado:

La crisis de la habitación es un fenómeno general observado en los últimos años. Sea por la escasez de brazos, por la de materiales de construcción, por la falta de capitales, o por otras causas, pues el problema es por demás complejo, el resultado ha sido que desde la iniciación de la guerra, tanto en la república, como en muchos otros países, la edificación de viviendas no ha guardado relación con las exigencias derivadas del aumento progresivo de la población. Como consecuencia fatal de ese hecho, ha sobrevenido

el encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres. No habiendo oferta apreciable de habitaciones, ese precio era el que imponía el propietario, como era su derecho, pero sin la atenuación normal resultante de la competencia.

No parece tratarse de ninguna “crisis económica” especial, sino de una circunstancia que suele presentarse en los mercados y que éstos resuelven a la larga si es que se permite su funcionamiento. Fue precisamente el criterio que aquí se consideró “constitucional” el que destruyó el mercado inmobiliario durante décadas, desalentando toda oferta de viviendas con destino al alquiler.

Esta posibilidad del Estado de intervenir en los contratos entre particulares se extendió luego a las tasas de interés (caso *Avico c/de la Pesa*) y al establecimiento de precios máximos (caso *Vicente Martini e Hijos*), dejando abierta la puerta a la constitucionalidad de la fijación de todo tipo de precios, con las consiguientes secuelas de desabastecimiento, caída de la calidad de los productos controlados e incertidumbre general sobre la evolución de los precios.

Los contratos laborales

En el ámbito del mercado laboral, los marcos institucionales idóneos permiten mejores oportunidades de remuneración, de desarrollo de habilidades y de progreso. Para la sociedad en su conjunto, las relaciones laborales armónicas se traducen en mejores perspectivas debidas a una mayor productividad e innovación, lo cual, a su vez, permite mayor competitividad internacional, mayor crecimiento económico y mejores oportunidades de empleo para todos.

Si las regulaciones laborales socavan la cooperación y la confianza mutua, si restringen las libertades y las oportunidades, los costos tienden a elevarse y a disminuir los beneficios de las partes contratantes y de la sociedad en su conjunto. Surgen entonces problemas de desempleo, ingresos reducidos, menores posibilidades de capacitación, baja productividad y escasa competitividad internacional.

En la Argentina, todo el andamiaje de legislación laboral construido principalmente a partir del siglo XX está basado en la creencia de que las relaciones laborales, por naturaleza, operan necesariamente inmersas en el conflicto, en la lucha entre el “capital” y el “trabajo”, ignorando la naturaleza fundamentalmente cooperativa de estas relaciones y la mutua dependencia entre el empleador y el empleado. Esta visión favorece los conflictos laborales y luchas políticas entre organizaciones sindicales de empleados y empleadores, que se pretende resolver con criterios corporativistas.

En este sentido, la decisión de la SCJN en la causa *Asociación de Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo sobre Ley de Asociaciones Sindicales* eliminó el monopolio de la representación de los trabajadores por parte de delegados que sean miembros del sindicato único, lo que es un paso significativo para un cambio fundamental en la estructura jurídica laboral en la Argentina.

Esto no ha modificado todavía el monopolio de la negociación colectiva, por medio de la cual las condiciones de trabajo y salarios negociados por un sindicato se aplican a quienes no pertenecen al mismo.

Las relaciones entre los sindicatos y los representantes empresarios están claramente delimitadas a través de mecanismos regulatorios para la negociación y la resolución de disputas. Esto ha significado una creciente intervención gubernamental a través del arbitraje obligatorio y la intervención política directa.

Además, la intervención del Estado ha reglamentado extensamente las relaciones de empleo a través del salario mínimo, la jornada laboral, las regulaciones sobre seguridad y accidentes del trabajo y las condiciones de contratación. Incluso cuando se han propuesto e implementado reformas con el objetivo de reducir la así llamada, y reconocida por la propia CSJN, “industria del juicio”, éstas son revertidas generando altos costos y nuevas incertidumbre en los empleadores.¹⁷

El fenómeno de la informalidad surge como respuesta de los damnificados por una legislación laboral restrictiva que reduce las oportunidades de trabajo. Según el documento *Doing Business* (Banco Mundial, 2010), que compara la flexibilidad de los contratos laborales en todo el mundo, el

primer lugar corresponde a Singapur, los Estados Unidos y las islas Marshall, mientras que la Argentina se encuentra en el puesto 101 sobre un total de 181 países.

Por otro lado, los empleos en el mercado laboral informal carecen de instrumentos legales para garantizar el cumplimiento de los contratos. Resulta, en este sentido, preocupante, la reciente modificación del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo que extiende el principio “en la duda, a favor del trabajador” imperante en el derecho laboral hacia la duda que pudiera existir en la apreciación de la prueba, modificación presentada, una vez más, como un avance en la protección de los derechos de los trabajadores pero sin explicar que, como deja al empresario contratante indefenso, multiplica la inseguridad jurídica de las relaciones laborales y probablemente promueva una litigiosidad masiva que empeorará la competitividad de la economía argentina.

Daños y molestias, teorema de Coase y derechos de tercera generación

En economía, los efectos de las acciones que recaen en terceras personas sin que éstas hayan sido parte de la acción, se denominan “externalidades” y pueden ser positivos (beneficios) o negativos (costos).

Las externalidades positivas no son materia de acción judicial. Su tratamiento plantea dos alternativas:

- a. Que el actor considere que las ventajas que obtiene de la acción son tales que esté dispuesto a asumir todos los costos de la misma sin importarle que ciertos beneficios se derramen sobre otros, como podría ser el caso de quien decide proteger su casa con vigilancia privada y esto genera un cierto grado de protección para sus vecinos;
- b. Que los costos sean tan altos que ninguno de los que están por beneficiarse del proyecto esté dispuesto a cubrirlos. En tal caso el proyecto sólo se realizará si un número suficiente de los interesados comparte los costos. En cuanto a las externalidades negativas, la jurisprudencia argentina se acerca, aunque sin mencionarlo, a la interpretación económica neoclásica

asociada con el economista inglés Alfred C. Pigou, quien defendió los subsidios gubernamentales para las externalidades positivas, y los impuestos para las negativas.

A partir de un caso de contaminación atmosférica originada en una fábrica, Pigou desarrolló el concepto de “costo social”, generado por lo que en adelante se denominarían “externalidades”. En el caso de la fábrica, dice Cheung (1980:18):

He aquí el argumento central de Pigou. Si se deja que el propietario de la fábrica de calzado pueda perseguir su propio beneficio, éste ignorará los efectos contaminantes y elevará ‘excesivamente’ el nivel de producción. Para conseguir la debida eficacia económica deberá, pues, modificarse el comportamiento del dueño de la fábrica mediante políticas gubernamentales ‘correctivas’, tales como la aplicación de impuestos o de compensaciones obligatorias a los vecinos perjudicados o la coactiva regulación tanto del volumen de producción como de la contaminación o, en último extremo, proceder a la total supresión de la fábrica.

Este es el concepto predominante también en la jurisprudencia argentina en la materia. Por ejemplo, así se define en un fallo de 1995:

Externalidad es la transferencia a otras personas o a la sociedad de los costos que no se han realizado para evitar perjuicios ambientales de un determinado establecimiento. Sintetizando, la industria ha producido daño ambiental porque ha ahorrado y ‘transferido’ o ‘externalizado’ los costos hacia el entorno (recursos, personas y sociedad).

(...) En este sentido, considero que este daño ambiental ya probado debe ser reparado.¹⁸

Una vez determinada la existencia de la externalidad negativa ¿debe el daño ser reparado o debe cesar la emisión de la externalidad? Esto es motivo de una larga discusión en la jurisprudencia. En el caso *Espíndola* se analiza cierta bibliografía relacionada con el tema:

Según Borda el juez se enfrenta ante una alternativa, pues no podría acumular la orden de cesación y la indemnización, y que solamente en el caso de culpa o dolo puede condenar al cese de las molestias y a la indemnización de daños por aplicación de las normas generales sobre hechos ilícitos.

Para Mariani de Vidal, ‘la letra de la ley parece apoyar esta última opinión. Pero es evidente que si se han producido daños materiales, ellos deben ser indemnizados, por aplicación de los principios comunes, y creemos que también el juez podría fijar una suma a abonarse hasta la realización de las obras tendientes a la supresión de la molestia, porque la subsistencia de la misma acarrea un perjuicio que debe indudablemente indemnizarse en el interin’.

Sostiene Llambías: ‘Si bien se mira las dos opiniones expuestas no son antitéticas, pues Borda no descarta los daños y perjuicios sumados a la cesación de la actividad cuando aquellos encajan en los principios generales del responder civil y la imposición de una indemnización hasta que se supriman las molestias de la que se hace cargo Mariani de Vidal, no parece encontrar obstáculo en la idea de la alternatividad, pues allí más que acumulativamente, la indemnización y la efectivización de la condena a cesar en las molestias operan sucesivamente’.

Sostiene Kiper, que ‘...La ley le permite al juez disponer la indemnización de los daños producidos y, además, la cesación de las molestias o su disminución al límite que se considere normalmente tolerable. Es decir que a pesar del empleo de la conjunción disyuntiva “o” cabe entender que el juez puede disponer ambas cosas, sin tener que optar por una de las soluciones.’¹⁹

La Corte Suprema, por su parte, ha señalado que:

(...) no hace lugar a la indemnización pedida, dado que de conformidad con las amplias facultades que otorga a los jueces el art. 2618 del Código Civil se debe optar, según las circunstancias del caso, entre la reparación de los daños ocasionados o la cesación de las molestias. En el sub lite, por la naturaleza de la cuestión planteada, resulta suficiente la medida adoptada, ya que la causa de las molestias es subsanable.²⁰

Sin embargo, no son éstas las dos únicas posibilidades. Como señalara Coase, en tanto y en cuanto los costos de transacción sean bajos o nulos, las partes llegarán a un acuerdo eficiente para internalizar las externalidades negativas, sin importar a quien se asigne el derecho. Esto no quiere decir que no sea importante la función del juez de determinar si ha ocurrido el daño o la molestia, sino que afirma que las partes alcanzarán una solución eficiente si luego de esa decisión negocian de forma tal de resolver la externalidad de la forma más eficiente posible.

Volviendo al ejemplo de la fábrica que contamina al vecino. El juez puede, y seguramente debe, fijar una indemnización por el daño ocasionado por la contaminación de la fábrica, pero si los costos de transacción son bajos (y eso probablemente debería asumirse si el juez ya ha determinado los alcances del derecho de propiedad y se trata de pocos involucrados en la negociación) no sería eficiente determinar el cese de la actividad que genera la externalidad.

Si la decisión judicial, por ejemplo, asignó al vecino el derecho a una atmósfera limpia en cierto grado, y la eliminación de la externalidad negativa fuera muy costosa para la fábrica, ésta podría comprar el “derecho” del vecino (o su propiedad) o cualquier combinación de emisión y pago que quieran acordar, y en ese intercambio las dos partes mejorarían su situación en el “sentido de Pareto” (dos han mejorado sin que los demás empeoren su situación).

En definitiva, la jurisprudencia argentina sostiene que el juez tiene la alternativa de elegir entre indemnización y/o cese, mientras que Coase deja esa decisión en manos de las partes. En algunos casos esta última posibilidad es reconocida, como en el siguiente fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal:

Al respecto, cabe señalar que nuestra legislación acogió a la transacción en los arts. 832 a 861 del Cód. Civil como modo de extinción de las obligaciones; y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación actualmente prevé tanto a la transacción como a la conciliación como formas anormales de terminación del proceso, las que se encuentran reguladas respectivamente en los arts. 308 y 309 de dicho ordenamiento.

Se ha dicho que la transacción es la sumisión o renuncia parcial, denominada justamente un contrato civil con proyecciones procesales; como también que examinada desde el punto de vista estrictamente procesal, la transacción es una doble renuncia o desestimiento, el actor desiste de su pretensión y el demandado renuncia a su derecho a obtener una sentencia; este acto dispositivo procesal corresponde a un contrato análogo de derecho material en el cual ambas partes, haciéndose recíprocas concesiones, dirimen un conflicto mediante autocomposición, por lo que así entendida, la transacción no es, como se dice habitualmente, un subrogado de la cosa juzgada, sino una doble renuncia a la cosa juzgada (Leguisamón, Héctor Eduardo y Porzio, Paula Eugenia, “Inoponibilidad relativa de la transacción y la conciliación, L.L.: 1999-F-398).

El art. 832 del Cód. Civil da el concepto de transacción, diciendo que es el “acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas”. Por ende, la transacción, como contrato, funciona para el proceso civil y comercial como un medio de extinción del mismo, anormal y bilateral (Carbone, Carlos Alberto, “Algunos perfiles procesales de la transacción de derechos litigiosos referidos a la presentación y homologación”, L.L. 1990-D-683).

Nuestra doctrina y jurisprudencia se han encargado de remarcar el carácter de principalísimos de tales sacrificios mutuos, en cuanto elemento de la transacción: ya que sería precisamente su existencia lo que las define y tipifica (...).²¹

No obstante, el carácter de “principalísimo” es luego cuestionado y dejado de lado. En el fallo citado, los camaristas desestiman el acuerdo particular involucrado en el caso por no ser oponible a las personas físicas que eran accionantes; porque no se verifica una identidad exacta de contenido en lo que entonces fuera materia de concesiones recíprocas con lo que se reclamaba allí y,

finalmente, no resulta dudoso que por el carácter personalísimo, privativo de la persona física, que reviste el derecho constitucional a la vida, a la

salud y a la integridad física que subyacen en el derecho al medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano, éste no podría, en principio, ser renunciable ni objeto de transacción alguna.

En un complicado juego de palabras, parece que lo “personalísimo” entra en conflicto con lo “principalísimo”. Continúa el fallo:

El conflicto de las relaciones de vecindad se sitúa en la esfera privada, y sigue una regla de solución basada en la reciprocidad, puesto que el derecho de cada uno se extiende hasta donde comienza el del otro. En cambio, el conflicto entre el bien ambiental y la propiedad, se sitúa en la esfera social, donde tiene primacía el bien social sobre el bien individual.

De allí que cuando el ejercicio del derecho de propiedad lleva a la lesión de bienes ambientales, deba protegerse a este último y limitarse al primero. De igual modo, cuando se lesiona a la propiedad, como consecuencia de la protección ambiental, deba admitirse el “sacrificio” por la primacía de la esfera social (Lorenzetti, Ricardo L. “Reglas de solución de conflictos entre propiedad y medio ambiente”, op. cit.).

Ahora bien, ¿es ésta una decisión eficiente? Según Coase, la decisión “eficiente” que el juez debe buscar es aquella a la que hubieran llegado las partes por medio de una transacción en “ausencia de costos de transacción”. Esto es, el juez debe tratar de mimetizar lo que el “mercado” (la negociación voluntaria) hubiera dado como resultado. En ausencia de esa transacción, será imposible para el juez obtener información acerca de las preferencias de las partes de forma tal de tomar su decisión. Que errara en tal caso no sería tan importante si las partes pudieran luego reacomodar los derechos de acuerdo a sus preferencias, pero si es ésa negociación la que se impide, se sanciona la ineficiencia. Pues, ¿qué otra definición de eficiencia valdría tomar que no fuera aquella que mejor se adecuaba a las preferencias reveladas de los individuos? Cualquier otra tendría que ser la preferencia de algún otro, y en tal caso debería argumentarse por qué esa preferencia sería superior a la de los involucrados.

Conclusiones

La inseguridad jurídica es una de las principales causas por las que la Argentina ha mostrado un pobre desempeño económico en el último siglo. Otras causas incluyen los graves errores de política económica tales como controles del tipo de cambio combinados con elevados déficits fiscales, fuerte endeudamiento público, políticas de excesiva expansión monetaria, elevado proteccionismo, subsidios por doquier, altos impuestos y una pesada estructura burocrática estatal.

Por estas razones la economía argentina no ha podido aprovechar los períodos de bonanza internacional como hubiera podido, al tiempo que ha sufrido todas las consecuencias de las crisis internacionales, sumadas, por supuesto, a las propias.

En tiempos de globalización, la movilidad de personas, recursos y capitales somete a las distintas jurisdicciones a la competencia, y la seguridad jurídica es un elemento esencial en esa competencia. Es difícil imaginar un flujo de capitales hacia donde los inversores no vean que sus derechos serán protegidos. Si esto sucede, el capital huye del país en busca de seguridad jurídica o se sumerge en la economía informal.

Los temas considerados en este trabajo son tan sólo algunos de los que afectan el normal funcionamiento de la economía. La inseguridad jurídica está presente en muchos otros: las normas cambiarias y la manipulación del tipo de cambio, los impuestos, los blanqueos o moratorias, el tratamiento de los ahorros previsionales, la regulación de los servicios públicos, etc. Quedará pendiente para otro trabajo el análisis de estos temas.

NOTAS

- 1 Para un listado de los países ubicados en los primeros veinte lugares del ICI 2009, los países ubicados en las últimas veinte posiciones y el caso particular del continente americano ver Krause (2009:7 y ss.)
- 2 Además del Consejo Empresario Argentino (1999), han prestado atención a este tema, entre otros, Lynch y Vassolo (1993) y Guisarri (2000).

- 3 Fallo “Galli, Hugo Gabriel y otro c/PEN – ley 25.561- dtos 1570/01 y 214/2002 s/amparo sobre ley 25.561-5.04.2005”, La Ley, Suplemento Constitucional, abril 2005, p. 42, con nota de María Angélica Gelli.
- 4 Véase el dictamen del Procurador General en la causa publicada en Fallos: 269:416, donde también se efectúa una reseña de los casos en que el Congreso o el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades legislativas hicieron uso de sus poderes para dictar leyes de ese carácter.
- 5 En 1916 el Congreso de los EEUU otorgó al presidente poderes de emergencia que permitieron al gobierno incautar materiales, fábricas y sistemas de transporte, suspender el patrón oro, controlar todos los intercambios internacionales de bienes y servicios, otorgar subsidios masivamente, etc. Estos poderes fueron nuevamente utilizados durante la Gran Depresión, y en la Segunda Guerra Mundial el gobierno encerró en campos de concentración a unos 110.000 individuos de origen japonés, dos tercios de los cuales eran ciudadanos norteamericanos, algo que la Corte Suprema de ese país admitió como dentro de los “poderes de emergencia” (Hirabayashi v. United States, 320 U.S. 81 [1943] at 101). Todavía en 1976 los poderes especiales obtenidos por Roosevelt en 1933 y por Truman en 1950 no habían sido derogados (Higgs y Twight, 1987).
- 6 El caso fue *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (103 S. Ct. 2764)
- 7 El caso fue *Dames & Moore v. Regan* (101 S.Ct. 2972 [1981]).
- 8 “Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, sentencia del 26 de octubre de 2004, en Fallos: 327: 4495, citado en Bunge, 2008.
- 9 “Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Decreto N° 1.570/01 y otro s/ amparo Ley N° 16.986”, disponible en <http://www.iprofesional.com/notas/38274-Massa-Juan-Agustin-c-Poder-Ejecutivo-Nacional--dto-157001-y-otro-s-amparo-ley-16986.html>
- 10 Benedetti, Estela, c/ Poder Ejecutivo Nacional”, C.S.J.N., 16/9/2008, disponible en <http://estudiojuridicoalrcon.blogspot.com/2009/08/benedetti-estela-sara-cpen-ley-25561.html>
- 11 Fallo CSJN, “YPF c/ Provincia de Corrientes”, La Ley 1992-B-216.
- 12 En “Banco Sudameris c/ Belcam S.A.”, La Ley, 1994-C-30.
- 13 Como en “Murcot S.A. c/ YPF”, La Ley, 1997-C-218.
- 14 “La jurisprudencia del máximo Tribunal se reitera en igual sentido en varios fallos como “Departamento Nacional de Higiene c/Y. Sauveur” (t. 115, p. 344) o “Huergo c/Estado Nacional” (t. 119, p. 360), y “J. A. García c/Mercado Independencia” (t. 3, p. 468) (Stordeur, 2006, p. 141).
- 15 El fallo fue “Hileret y otro c/Provincia de Tucumán”, del 5/9/1903. Fallos 98:20, CSJN, disponible en <http://www.iurisdiction.com.ar/hileret-v-provincia-de-tucuman/>
- 16 Ercolano, Agustín c/Lanteri de Renshaw, Julieta s/c consignación”, del 28/4/1922, disponible en <http://falloscsn.blogspot.com/2005/08/ercolano-c-lanteri-de-renshaw-1922.html>
- 17 Véase el fallo de la CSJN, “Aquino, Isacio C/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes ley”, 9688, del 21/9/2004, disponible en <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/JURIS-PRUDENCIA/aquino.htm>
- 18 “Maceroni Francisco y otros c/Dirección General de Fabricaciones Militares”, disponible en: <http://ar.vlex.com/vid/maceroni-francisco-fabricaciones-militares-35191464>

- 19 “Espíndola Dominga Esther c/Movicom Bellshouth s/daños y perjuicios”, del 9/2/07, disponible en: <http://filatinaambiental.wordpress.com/2008/07/24/antenas-de-celulares-fallo-ejemplar-espindola-maria-cmovicom-bellsouth-sdanos-y-perjuicios-expte-1700803/>
- 20 En el fallo “Piaggi Ana Isabel c/Embajada de la República Islámica del Irán s/cesación de ruidos molestos”, 10/02/1998, P. 1720. XXXII, disponible en: <http://ar.vlex.com/vid/39796543>
- 21 En autos “Aspiroz Costa, Francisco y otros c/PASA S.A. y otros s/daños derivados de la vecindad”, CNCIV, SALAJ, 27/10/2005, disponible en: <http://www.zapala.com/norpatagonia/diaria/noviembre/5semana/ambiental.html>

REFERENCIAS

- Banco Mundial 2010, “Doing Business 2010”, en <http://www.doingbusiness.org/>
- Bastiat, Frédéric 2004, “La Ley”, en *Obras Escogidas*, Madrid: Unión Editorial.
- Bénassy-Quéré, Agnès, Coupet, Maylis y Mayer, Thierry 2007, “Institutional Determinants of Foreign Direct Investment”, *The World Economy*, Oxford, UK: Blackwell Publishing Ltd.
- Benegas Lynch, Alberto (nieto) (comp.) 1999, *Alberto Benegas Lynch: In Memoriam*, Buenos Aires: Centro de Estudios sobre la Libertad.
- Benson, Bruce L. 1989, “The Spontaneous Evolution of Commercial Law”, *Southern Economic Journal*, Vol. 55, N° 3 (Jan.), pp. 644-661.
- Bunge, Diego C. 2008, “Devaluación, Pesificación, Emergencia y Reforma Previsional. El largo y sinuoso camino transitado desde Smith, San Luis, Bustos, Galli, Massa hasta Benedetti. Análisis de las consecuencias sistémicas”, presentación en el Seminario “El Rol de Legisladores y Jueces en la Construcción de la Seguridad Jurídica”, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fundación Pensar/FORES. Disponible en www.foresjusticia.org.ar
- CEPAL 2009, “La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe”, Santiago de Chile, disponible en <http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/3/28393/IE2006Preliminar.pdf>
- Cheung, Steven N. 1980, *El Mito del Coste Social: crítica de la economía del bienestar y de sus implicaciones políticas*, Madrid: Unión Editorial.
- Coase, Ronald 1960, “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics*, Vol. 3, N° 1, October.
- Coase, Ronald 1974, “The Lighthouse in Economics”, *Journal of Law & Economics*, Vol. 17, N° 2, October.
- Coase, Ronald 1996 [1937], “La Naturaleza de la Firma”, en Williamson y Winter, Op. Cit.

- Consejo Empresario Argentino 1999, "Justicia y Desarrollo Económico", Buenos Aires.
- De Soto, Hernando 2001, *El misterio del capital*, México: Editorial Diana.
- Epstein, Richard A. 2005, *Reglas simples para un mundo complejo*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú.
- Guisarri, Adrián 2000, *Seguridad jurídica y crecimiento económico*, Buenos Aires.
- Higgs, Robert & Twight, Charlotte 1987, "National Emergency and the Erosion of Private Property Rights", San Francisco: The Independent Institute.
- Hirschman, Albert O. 1970, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Hume, David 1739-40, *A Treatise of Human Nature*, Cap. 83, Sect. xi, Of the Laws of Nations, en <http://etext.library.adelaide.edu.au/h/hume/david/h92t/chapter83.html>
- Kaufmann, Daniel, Kraay, Aart & Mastruzzi, Massimo 2008, "Governance Matters VII: Aggregate and Individual Governance Indicators 1996-2007", *Policy Research Working Paper* 4654, The World Bank Development Research Group.
- Krause, Martín 2009, "Índice de calidad institucional", Londres: International Policy Network, disponible en www.eseade.edu.ar
- Krause, Martín, 2008, "Inseguridad jurídica en la Argentina: el conflicto entre los principios económicos y las doctrinas jurídicas", Buenos Aires: Foro de Estudios en Administración de Justicia.
- Krause, Martín, (ed.) 2006, *Análisis Económico del Derecho: Aplicación a Fallos Judiciales*, Buenos Aires: Editorial La Ley.
- Lynch, Horacio M. y Vassolo, Roberto, 1993, "Medición de la Seguridad Jurídica: planteo de un método o test de medición de la seguridad jurídica en relación con el crecimiento económico. Aplicación de la teoría de los conjuntos borrosos", presentado en la XXVIII Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política (Tucumán) y disponible en <http://www.seguridad-juridica.com.ar>
- Menger, Carl, 1985 (1892), "El origen de la moneda", *Libertas* N° 2, Buenos Aires: ESEADE.
- North, Douglass (1993), *Instituciones, Cambios Institucional y Desempeño Económico*, México: Fondo de Cultura Económica.
- North, Douglass (2005), *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton: Princeton University Press.
- Olivera, Julio (1999), "El principio de Gossen y la estabilidad jurídica", en Benegas Lynch, Op. Cit.

- Olson, Mancur (1982), *The Rise and Decline of Nations*, New Haven: Yale University Press.
- Olson, Mancur (1992), *La lógica de la acción colectiva*, México: Limusa.
- Stordeur, Eduardo (h) (2006), “Poder de policía y eficiencia: análisis de los fundamentales fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Krause, Op. Cit.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2009, *Foreign Direct Investment Online Statistics*, “Major FDI Indicators”, en <http://stats.unctad.org/fdi>
- Vincy, Fon y Parisi, Francesco (2007), “On the Optimal Specificity of Legal Rules”, *Law and Economics Research Paper* 04-32, George Mason University School of Law.
- Williamson, Oliver E. y Winter, Sydney G., (comp.), 1996, *La Naturaleza de la firma: orígenes, evolución y desarrollo*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.