

UN APORTE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS A LA TEORÍA DE LA DECISIÓN RACIONAL NORMATIVA

JULIO GAMBA*

Recibido: 18-02-2012

Aprobado: 20-11-2012

Resumen

El propósito de este artículo es mostrar que las críticas a la racionalidad instrumental por deformación e irrelevancia, se basan en una concepción normativa revisable. Una cláusula indemnizatoria con un nivel de observancia y confianza óptimas hace eventualmente deseable el incumplimiento, extingue la oposición entre un deber ser deóntico y la reacción sancionatoria, y rescata la pertinencia del enfoque instrumental. El artículo procede a la revisión de los modelos de decisión y norma jurídica, mediante el análisis económico de los contratos. El artículo concluye que la norma no sólo no es superflua, sino que resulta una condición necesaria para la racionalidad instrumental.

Palabras clave: Racionalidad instrumental, Racionalidad agregativa, Racionalidad débil, Análisis económico, Cláusula indemnizatoria.

Abstract

The purpose of this article is to show that criticism to instrumental rationality for deformation and irrelevance are based on a reviewable normative conception. A clause of non-reimbursement, with a level of optimum observance and confidence, eventually results in a desired noncompliance, and eliminates the opposition between a deontic must be and the sanctionary reaction, and rescues the pertinence of the instrumental approach. The paper proceed to review of the models of decision making and judicial norm, through the economic analysis of contracts. The conclusion is that the norm not only is not superfluous, but a necessary condition for instrumental rationality.

* Abogado *Summa Cum Laude*, Universidad Central de Venezuela (2008). Especialista en redacción de normas jurídicas, Universidad de Buenos Aires (2012). Cursante de la Maestría en Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Docente por concurso (asistente de segunda) de Teoría del Derecho, cátedra del profesor Ricardo Guibourg. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Key words: Instrumental rationality, Aggregative rationality, Weak rationality, Economic analysis, Compensatory clause.

INTRODUCCIÓN

Calvo Soler¹ plantea un modelo de toma de decisiones que denomina racionalidad agregativa, con el que explica el comportamiento de un seguidor de normas jurídicas. Un actor racional agregativo seguirá la norma jurídica sólo en aquellos casos en que tenga que decidir contando con información poco confiable o insuficiente, y sea grande la responsabilidad por dicha decisión. Llega a esta propuesta por la insuficiencia de la racionalidad instrumental y de la racionalidad en sentido débil. Interesa bosquejar tales modelos de decisión para extraer las características de la norma jurídica implícitas en ellos, y compararlas con la noción normativa presente en el análisis económico de los contratos, a fin de intentar ajustes a la consideración de los motivos que la racionalidad instrumental tiene para cumplir una norma.

I. LOS MODELOS DE DECISIÓN RACIONAL

En el modelo de la racionalidad instrumental la norma termina siendo superflua o irrelevante. Si coincide con la conducta orientada a la utilidad esperada es superflua, porque la acción igual se llevaría a cabo sin ella. Si no coincide, es irrelevante, porque la racionalidad instrumental no cumplirá con la norma por preferir la expectativa de beneficio. No se supera la dificultad alegando que en las decisiones colectivas orientadas a la cooperación, la norma, con independencia de su contenido, juega el papel de suministrar la coordinación necesaria para que los actores incrementen su utilidad actuando conjuntamente. Igualmente es superflua o irrelevante por las razones expuestas, ya que *cuando el criterio de la norma jurídica sitúa a los jugadores en un Equilibrio Nash resulta redundante, y cuando los sitúa en otro perfil entonces no es racional*². Además, la racionalidad instrumental aplicada a las decisiones colectivas no permite explicar el surgimiento de la norma que posibilita la coordinación, ni el cambio normativo.

Tampoco ayuda a superar el argumento de la superfluidad el destacar que las normas sirven para brindar información sobre la conducta de los jugadores, en

1 CALVO SOLER, Raúl. *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

2 CALVO SOLER, *Ob Cit*, p.239. El equilibrio Nash es un estado que no se puede cambiar sin perjudicar a al menos alguno de los participantes. Este equilibrio, si es alcanzado por la combinación de estrategias de los participantes, volvería superflua una norma que expresase su contenido, porque igual sería cumplido en atención del interés.

base a las expectativas de su cumplimiento, porque tal planteamiento supone la eficacia como condición de existencia de las normas, lo que el modelo instrumental debería explicar y no dar por sentado, y porque *sólo se pueden tener expectativas si se logra relacionar la calificación deóntica de una acción con la realización de esa acción*³. Es decir, cuando se tiene certeza de que la norma será obedecida.

Por último, entender que las normas no son superfluas porque determinan las conductas contrarias a los intereses extra normativos mediante la amenaza de sanción, teniendo en cuenta la probabilidad de ser sancionado (lo que contrarresta el beneficio potencial de infringirlas), produce otro problema: el de la falta de *descomponibilidad* del criterio normativo, que termina por no tener valor por sí mismo, sino que se vuelve dependiente del costo sancionatorio de una acción. Esto lleva a una noción imperativa del derecho que es incapaz de explicar el fenómeno jurídico, o a limitar la racionalidad del seguidor de normas jurídicas sólo a los casos en que se imputa una sanción, de manera coincidente con lo que indica la maximización de la utilidad esperada, de conformidad con el planeamiento instrumental.

El modelo de la racionalidad en sentido débil considera, a diferencia del instrumental, que no se pueden reducir las alternativas que se presentan al tomar una decisión a una propiedad común, la utilidad, para establecer la acción más provechosa. Sólo cabe compararlas por criterios que, a su vez, se evalúan a la luz de meta criterios. Para el caso de un seguidor de normas jurídicas, el criterio último que se presenta como el más idóneo es el que establece que se debe cumplir con el mandato del legislador. Se considera racionalidad “débil” porque en definitiva el meta criterio último en que se fundamenta la decisión no puede, a su vez, ser fundamentado en una noción superior. Desde esta perspectiva, la norma jurídica no resulta superflua porque acatar su contenido es precisamente el parámetro último en que se asientan las decisiones. Sin embargo, el enfoque de la racionalidad en sentido débil no explica cómo se llega a este compromiso normativo (la voluntad de cumplir con el mandato del legislador), ni permite revisar la condición de seguidor de normas jurídicas ante casos extremos.

El modelo de racionalidad agregada, en el que el criterio de elección no es una regla externa, sino que surge de la consideración de la información disponible, lleva al resultado ya comentado: un seguidor de normas jurídicas escogerá cumplir con la norma sólo en los casos en que carezca de información que le permita decidir por criterios extra normativos, y que, además, sea grande la responsabilidad por su decisión.

3 CALVO SOLER, *ob. cit.*, p. 239.

En el último modelo expuesto, la norma no parece tener un carácter deóntico primordial, ni exigirse su cumplimiento por imperativo valorativo. Se sigue sólo por una carencia circunstancial. De tenerse información suficiente, o no existir responsabilidad, estaríamos en el caso de la racionalidad instrumental: la norma sería igualmente superflua o irrelevante, ya que en definitiva se terminaría decidiendo por otros motivos, con los que la norma podría coincidir o no. Siendo así, valen igualmente las observaciones formuladas al modelo instrumental: es una imagen normativa que no parece dar cuenta debidamente del fenómeno jurídico, que en buena medida implica un deber ser distinto de una conducta inducida por la sanción. Además, igual que en la perspectiva instrumental, seguir la norma sería algo subsidiario, también dependiente de factores ajenos a su contenido normativo (un sujeto, al que se le atribuye una acción, cuya valoración se encuentra mediada por un operador deóntico: puede, no puede, debe). Tales elementos distanciados de lo deóntico serían el costo de la sanción, la responsabilidad por la decisión y la calidad de la información.

II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA NORMA JURÍDICA IMPLÍCITAS EN LOS MODELOS REVISADOS

Si el modelo instrumental amenaza con reducir el cumplimiento de la norma por el cálculo de beneficios, hay en esta consideración implícita la idea de una norma en la que se puede distinguir un supuesto de hecho (que podría ser una acción infractora del agente) y una consecuencia jurídica adversa (que influye en la decisión del actor, disuadiéndolo por ser contraria a la utilidad del actor). Además, si se considera que esta es una lectura empobrecedora de lo jurídico, quiere decir que se postula un modelo de norma que, además, contiene un aspecto valorativo fundamental.

A partir de lo dicho, se puede construir una noción implícita de norma jurídica en la que destacan: 1.- su carácter alternativo; 2.- la pluralidad de contenido; de naturaleza parcialmente sancionatoria y fundamentalmente deóntica; 3.- con una acción bifásica y de cumplimiento diferenciado, de enfoque heterogéneo y unidireccional; 4.- un precepto implícito; 5.- un enfoque protector de intereses o derechos; 6.- la validez independiente de la eficiencia; 7.- la eficiencia dependiente del contexto, y 8.- su vigencia al menos para el ámbito del derecho privado contractual. Los dos primeros elementos, y los últimos cuatro, aparecen claramente en el modelo de la racionalidad instrumental y en el de la racionalidad agregada. Los otros dos se pueden derivar, al menos tentativamente, de los anteriores, y también coinciden con la conducta del seguidor de normas jurídicas del modelo de racionalidad débil.

Lo de alternativo significa que la norma sólo permite una dualidad de acción, cumplirla o incumplirla, que conduce a un resultado igualmente bivalente en las relaciones de coordinación: acatarla significa favorecer al menos a un tercero, o a la colectividad, a cambio de renunciar a una aparente ventaja inmediata (si no, no tendría sentido la amenaza de sanción).

La pluralidad de contenido atiende a que la norma tiene una naturaleza dual, en la que está presente un elemento externo, de menor importancia, y un elemento interno, valorativo, que constituye la esencia normativa. La dimensión externa es la sancionatoria, que se caracteriza por una privación o afectación de un derecho o interés a causa del incumplimiento, para disuadir mediante el cálculo de utilidad, el seguimiento de la norma. Se puede considerar externo porque con independencia del contenido de la norma y del valor que se le otorgue a su cumplimiento, determina la acción para evitar un castigo.

Frente a lo sancionatorio, lo interno o deóntico es lo prioritario, tanto en la estructura de la norma, como en la finalidad del redactor de la disposición, y en los motivos del destinatario para cumplirla. Si como dice Calvo Soler, no se quiere reducir el fenómeno normativo a una dimensión que no lo explique totalmente, o si se busca evitar la deformación de volverlo dependiente o subsidiario al castigo, implícitamente se afirma que lo predominante de una norma es, entonces, que postula un deber ser con independencia de la sanción. El legislador busca con la norma orientar las conductas humanas a un fin querido por sí mismo, sin atender a la utilidad o interés circunstancial del agente destinado a cumplirla. Esta es precisamente la imagen normativa presente en el seguidor racional débil de normas jurídicas: su meta criterio ordenador de las opciones sería hacer siempre lo que dicta el legislador, con independencia de las circunstancias y de cualquier eventual utilidad inmediata, sea directa del beneficio que obtiene del cumplimiento de la norma, sea indirecta por evitar la sanción.

Por el elemento externo o sancionatorio, la norma puede llevar a un cumplimiento instrumental por exclusivo temor al castigo (como medio de evitarlo). Para que suceda esto, debe tener una estructura compleja compuesta por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, que de darse se presentan en necesaria sucesión cronológica: sólo si sucede A (supuesto de hecho), entonces B (consecuencia jurídica), elementos que se diferencian por la secuencia (A viene antes que B, nunca al revés) y la implicación (A implica a B). Además, se distinguen por el agente. Es sólo el destinatario de la norma quien eventualmente puede incurrir o no en el supuesto de hecho. Y es sólo la autoridad encargada de actuar para hacer sufrir la consecuencia adversa. Es unidireccional porque aun en el caso de aplicarse a relaciones entre particulares, la norma

tiene un destinatario determinado, el incumplidor del precepto (que puede ser una parte, u otra, o ambas en una relación contractual), a quien por ello se le aplica la consecuencia jurídica. La parte perjudicada por el incumplimiento parece limitarse a invocar la intervención de la autoridad, por lo que se trata de una situación heterogénea, que deja en manos de un tercero distinto del interesado tanto la determinación del deber no cumplido, como la aplicación de la sanción.

Sin embargo, la estructura expuesta no es completa. Por exigencias lógicas y por la simplicidad de la redacción, no refleja con suficiente relevancia su dimensión deóntica (el cumplimiento del deber ser, por el deber ser). Así, la norma ofrece un carácter aparentemente dual (supuesto de hecho/consecuencia jurídica) que, al sustraer el deber ser de su redacción colabora con la reducción indebida que privilegia lo sancionatorio, según la perspectiva del seguidor del modelo racional instrumental. El precepto, a pesar de ser lo más importante de conformidad con el enfoque deóntico, no se aprecia en la lectura literal de la norma. Se trata de la conducta negada por el supuesto de hecho, y que se debe suponer cumplido cuando el orden normativo es respetado y no procede la consecuencia jurídica adversa.

El precepto consagra la protección de un bien jurídico valioso por representar un derecho o interés que el ordenamiento tutela. Por ello, no toda decisión racional pasa por lo normativo, sino sólo cuando afecta valores socialmente protegidos que puedan afectar intereses distintos de los del agente. Esto se aprecia en el caso del derecho contractual. La sanción normativa está orientada a disuadir de comportamientos oportunistas, lo que supone la existencia de una colisión de intereses en el que el beneficio de uno se puede intentar obtener a costa del perjuicio de otro.

La validez normativa, independiente de la eficiencia, es otra característica implícita del modelo normativo propuesto por Calvo Soler. Se evidencia en que el autor rechaza que las normas puedan funcionar como generadoras de expectativas, porque esto supone que se cumplen eficazmente, lo que no siempre es así. Por lo tanto, el modelo considera la existencia de normas válidas que pueden no ser cumplidas.

Por último, cabe tratar sobre los tipos de normas. Aunque al bosquejar los modelos de la teoría de la decisión, Calvo Soler no detalla las posibles clases de normas y sus características particulares, se puede afirmar que ofrece elementos para suscribir un panorama heterogéneo. En el análisis del modelo instrumental, el autor considera dos casos distintos: la cooperación y del conflicto. Para el primero, la norma, independiente de su contenido, serviría de punto

focal para que los actores procedan en forma similar, aumentando la utilidad de todos. Es el caso del sentido del tránsito vehicular. Lo importante es que haya una decisión conocida que minimice los choques, siendo indistinto si establece circular por la izquierda o la derecha. Pero Calvo Soler reconoce que las normas como coordinadoras de la acción, independientemente de su contenido, representan un caso de especialidad tal que deja fuera la mayoría de las decisiones en las que se puede seguir o contrariar una norma, por motivos distintos a los que llevaron a su formulación. En el caso de conflicto, que denomina situación de acción colectiva, el interés general también impone un acuerdo que garantice un beneficio general mayor que el que se presenta cuando todos los actores persiguen optimizar el provecho propio inmediato, contrariando a la coordinación.

Hay ámbitos jurídicos distintos que requieren normas diferentes que no son considerados. Tanto el llamado campo de la colaboración, como el de la decisión colectiva, los únicos tratados por Calvo Soler, son muy afines al derecho privado, específicamente al ámbito contractual, lo que permite relacionar estos planteamientos con la imagen normativa presente en el análisis económico de los contratos, lo que se hará en la siguiente sección.

III. LA CLÁUSULA INDEMNIZATORIA COMO TIPO DE NORMA JURÍDICA, SEGÚN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS

El análisis económico de los contratos se aparta de la perspectiva tradicional que indica que los contratos siempre deben cumplirse, y que entiende que la sanción por incumplimiento está dirigida a afectar los intereses del que falta a la palabra dada. El principal aporte de este punto de vista es concebir al incumplimiento como una situación potencialmente provechosa para ambas partes, y por lo tanto, deseada por los interesados. Tras exponer brevemente en este apartado el caso de la cláusula indemnizatoria redactada de conformidad con las sugerencias del enfoque económico, se destacarán en el próximo las características implícitas que tiene la norma jurídica según este punto de vista.

Una cláusula indemnizatoria debería asegurar un nivel de cumplimiento óptimo de los contratos y una confianza óptima en las promesas contractuales, siguiendo dos de los seis principios del análisis económico de Cooter y Ulen⁴. Estas recomendaciones también están en dos de las cuatro funciones a las que

4 COLOMA, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina 2001, p. 190.

debe servir el derecho de los contratos, según Posner: evitar costosas medidas de autoprotección y generar un nivel óptimo de confianza⁵.

El nivel óptimo de cumplimiento indica que se debe obedecer un contrato sólo si el costo de hacerlo para el deudor es menor al beneficio del acreedor; y que no se debe cumplir si el costo del deudor es mayor que el beneficio del acreedor⁶. Para ello, en principio, la cláusula indemnizatoria debería incluir lo que en el derecho continental se denomina daños y perjuicios, que considera el resarcimiento de todos los gastos hechos por el acreedor, así como de sus ganancias esperadas. Esta forma de indemnización lleva a un cumplimiento óptimo de los contratos porque hace que el deudor sufra todos los costos o consecuencias de su decisión de no cumplir; y lo lleva a elegir no cumplir sólo cuando los costos de producción imprevistos, o una oferta posterior superior, superen el monto de la indemnización que de antemano garantiza los beneficios para el acreedor, con independencia del efectivo cumplimiento contractual. Se da así una situación deseada por ambas partes que coincide con el uso más eficiente de los recursos.

Si incentivar un nivel óptimo de cumplimiento fuese el único factor a considerar, una cláusula indemnizatoria debería garantizar una compensación al menos igual al valor que tiene el contrato para el acreedor, lo que evidentemente debe superar el precio pagado. Esto es así porque el análisis económico de los contratos supone que las partes actúan persiguiendo la maximización de la utilidad de unos recursos siempre escasos para cubrir sus necesidades, por lo que se apartaría de ese esquema la parte contratante que equiparase los gastos (que en el caso del comprador es en principio el pago del precio), con los beneficios (el valor o utilidad del bien adquirido). La motivación inicial para contratar, tanto en el vendedor como en el comprador, supone siempre la existencia de una expectativa de utilidad, reflejada en un caso por la diferencia esperada entre el precio de venta (mayor) y el costo de producción (menor); y en el otro, por el margen de utilidad entre el precio de compra (menor) y el aprovechamiento o valor de lo adquirido (mayor). Por ello, si la indemnización por incumplimiento del deudor es menor que el valor que tiene el bien para quien lo adquiere, aunque tal indemnización sea mayor que el precio pagado, ante una oferta posterior superior o un imprevisto que haga subir los costos de producción para el deudor a un nivel que supere el monto indemnizatorio, se puede inducir un incumplimiento ineficiente, porque impide un intercambio en el que tanto el vendedor, como el comprador, saldrían

5 GUESTRÍN, Sergio. *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Abaco, 2004, p. 464.

6 COLOMA, *ob. cit.*, p.191.

ganando. Al acreedor podría interesarle, en vez de la indemnización pactada, renegociar el precio pagado por el bien aumentándolo hasta el margen de hacer más atractivo para el vendedor entregar el producto, si el nuevo precio permanece en un nivel inferior al valor que obtendrá del bien el comprador⁷. Pero una negociación posterior es incierta, depende del nivel de conocimiento y confianza, además de implicar costos de transacción que reducen el margen de movimiento de las partes. Por ello, lo más sano es ajustar la regla indemnizatoria a las previsiones de utilidad del acreedor, si se quiere llegar a un nivel de cumplimiento óptimo en forma segura, rápida y económica.

El problema se presenta cuando conjuntamente con el estímulo a un nivel de cumplimiento eficiente se debe vigilar también el nivel óptimo de confianza. Suponiendo que se trata de un bien que para ser empleado productivamente por el comprador, requiere de una inversión que se realiza por la confianza que tiene el acreedor respecto a que el deudor cumplirá con el contrato. Por ejemplo, la adquisición o mejoras en maquinaria para procesar el artículo adquirido, a fin de añadirle valor agregado para su posterior venta u otro destino productivo. La utilidad del bien para el comprador se incrementa por este gasto, lo que puede alterar significativamente el establecimiento de la cláusula indemnizatoria más eficiente.

Por eso Guestrín considera que, atendiendo a la búsqueda de un nivel de confianza óptima, la indemnización por daños y perjuicios puede conducir a una solución ineficiente, porque incita al comprador a un nivel de inversión superior al socialmente requerido. Da un parámetro general de la forma cómo debe establecerse el equilibrio: *la eficiencia requiere más confianza si la ganancia esperada supera a la pérdida esperada. Contrariamente, la eficiencia requiere menos confianza, si la pérdida esperada supera a la ganancia esperada*⁸.

Para explicar esto, se vale de un ejemplo. Ante un trato determinado, siempre es posible recibir tres clases de ofertas posteriores: una que es menos favorable, otra que es igual de favorable y una tercera que es más favorable. En ese contexto, las posibilidades de que el vendedor cumpla con el comprador son de 2/3, porque la oferta del comprador es igual o mejor que la que recibió posteriormente. En esa circunstancia, una inversión por parte del comprador de, por ejemplo, 480 unidades monetarias, que incrementa el valor del artículo adquirido en 600 (gastar 480 para obtener 600) resulta ineficiente, a pesar de

7 Suponiendo, como se dijo, que se descarta la acción de cumplimiento obligatorio porque el bien no ha sido producido, y el deudor no posee otro equivalente.

8 GUESTRÍN, *ob. cit.*, p. 466.

las apariencias. *El beneficio esperado (beneficio multiplicado por la probabilidad de su obtención) es de sólo 400 (600 x 2/3). Es ineficiente incurrir en costos adicionales de 480 para obtener un beneficio esperado de 400⁹. Ese sería entonces un nivel de confianza que una cláusula indemnizatoria eficiente no debería tratar de proteger.*

Por ello, considerando exclusivamente el punto de vista del nivel de confianza óptimo, la cláusula indemnizatoria más eficiente, que impida un nivel inadecuadamente alto de gastos previos en el comprador, es la que se limita en principio a la acción restitutoria¹⁰. Pero la simple restitución como efecto del incumplimiento, por otra parte, no estimula el nivel óptimo de cumplimiento¹¹, lo que también resulta ineficiente. Sin embargo, Guestrín no se pronuncia sobre una solución intermedia que concilie ambos extremos.

Kornhauser llega a la misma conclusión que Guestrín, respecto a la eficiencia óptima de los gastos del acreedor, tras exponer un ejemplo similar. Piensa que *la indemnización en función de la expectativa no resulta completamente eficiente, porque la decisión del comprador de invertir no se toma a la luz de los costos que el comprador impone al vendedor. Cuando elige un nivel de inversión previa, el comprador no considera si el aumento en los costos esperados del vendedor es menor que el valor aumentado para el comprador por su inversión. La confianza del comprador aumenta los costos esperados del vendedor porque la confianza aumentada implica una indemnización por daños y perjuicios aún más grande en caso de incumplimiento¹².*

Kornhauser también da un ejemplo con tres niveles de inversión previa por parte del comprador: no invertir y por ende no incrementar el valor que el producto tiene para el comprador, que queda en 100; invertir 10, e incrementar el valor a 126; e invertir 5, incrementando el valor a 120. Además, agrega que hay un 5% de probabilidad de que el costo de cumplir con la obligación para el vendedor suba a 125. Con una norma de indemnización que abarque daños emergentes y lucro cesante, y un nivel de inversión previa por parte del comprador de 5 (que lleva a valorizar la operación en 120), el vendedor no cumplirá si el costo para él sube a 125 (prefiere indemnizar por 120). Puede pensarse que cumplirá si la inversión del comprador sube a 10 (lo que hace que el lucro cesante para el comprador suba a 126, en comparación con los 125 del vendedor). Sin embargo, si bien esos 5 extras de inversión por parte

9 GUESTRÍN, *ob. cit.*, p. 473.

10 GUESTRÍN, *ob. cit.*, p. 475.

11 GUESTRÍN, *ob. cit.*, p.472.

12 KORNHAUSER, Lewis. "Derecho de los contratos". En Horacio Spector (compilador). *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Calzoni Editor. 2004, p. 129

del comprador (el paso de la inversión de 5 a 10,) incrementaron el valor en 6 (con el paso de la valorización de 120 a 126), aumentaron a su vez los costos del vendedor en un monto ligeramente mayor, en 6,25, cifra que expresa el 5% de probabilidad de que los costos le salgan al vendedor 125. La razón es que, tras la inversión de 10, la utilidad esperada sube a 126, la que debe ser indemnizada en caso de incumplimiento. Esto hará cumplir al vendedor aun en el caso de que se le incremente a 125 los costos de producción. Esta es una situación económicamente ineficiente: las partes invierten mucho más de lo que ganan: *un incremento de 6 en el valor entregado tiene un costo total esperado de 11.25 (5 de inversión, [por parte del comprador] más 6.25 en aumento de los costos de producción esperados [por parte del vendedor]). [Por eso, para evitar que las partes puedan hacer una inversión entre ambas de 11.25 para que una incremente su utilidad en sólo 6], un contrato completo limitaría la inversión previa a 5 y el valor entregado a 120*¹³. (corchetes añadidos).

Lo resaltable el ejemplo propuesto, más allá de sus complejas operaciones, es que le permite a Kornhauser llegar a una conclusión similar a la de Guestrín, pero con una importante modificación: *la regla de los daños emergentes y lucro cesante, con anonimato, no induce a que se tomen los niveles eficientes de inversión previa. Sin embargo, tomando el nivel de inversión previa como dado, la regla de los daños emergentes y lucro cesante sí induce a que se tomen las decisiones de cumplimiento eficiente*¹⁴ (negritas añadido).

La recomendación normativa de Kornhauser, por lo tanto, es redactar una cláusula indemnizatoria que establezca expresamente un monto que contemple un nivel racional de gastos inicial, incluyendo las inversiones del comprador para valorizar el producto que resulten eficientes para ambas partes.

Coloma, en cambio, propone una salida que es más cónsona con el espíritu de libre mercado: quien afronta todo el beneficio, debe cubrir todos los costos del riesgo que lleva a la consecución de ese beneficio. Se parece a la recomendación normativa de Guestrín, que atiende sólo al nivel más eficiente de gastos del comprador: *el modo en el cual el derecho contractual puede inducir un nivel de confianza óptima en las promesas contractuales es hacer que el que decide dicho nivel de confianza (en este caso, el acreedor) reciba todo el beneficio marginal de la misma y soporte todo el costo marginal. Esto implica poner un límite a la indemnización que puede recibir en caso de incumplimiento contractual, y también está*

13 KORNHAUSER, *ob. cit.*, p.129.

14 KORNHAUSER, *ob. cit.*, pp.129-130.

*ligado con los conceptos de restitución, daño emergente y lucro cesante*¹⁵. Es decir, que el comprador debe correr con los riesgos de cualquier gasto en que incurra para valorizar el producto, así como se favorece de los beneficios.

A partir de lo dicho, y estudiando todas las opciones, hay por tanto cuatro propuestas normativas posibles respecto a una cláusula indemnizatoria:

1. No contemplar nivel alguno de inversión o gasto, dejando la indemnización con carácter restitutorio en atención exclusivamente al precio pagado. Esta solución es ineficiente desde el punto de vista del cumplimiento óptimo, porque no hace al vendedor correr con todas las consecuencias de su incumplimiento.
2. Contemplar un nivel de indemnización que cubra sólo los gastos eficientes, calculados en forma previa mediante una fórmula que combine la utilidad esperada para el vendedor y el costo incrementado para el comprador, en atención a sus inversiones. Mientras ambas cifras tengan magnitudes iguales, indemnizará el vendedor. Más allá de ese monto, el gasto de inversión para aprovechar el bien corre por cuenta del comprador. Aunque parece una opción racional, hay dos objeciones: supone indemnizar sólo el daño emergente, y no el lucro cesante, por lo que tiene cierta ineficiencia en cuanto al cumplimiento de la obligación, porque no hace correr al vendedor con todas las consecuencias negativas que su incumplimiento acarrearía al comprador.
3. Contemplar un nivel de indemnización que cubra el daño emergente y el lucro cesante en forma acumulada, lo que afecta el nivel óptimo de confianza y puede llevar a inversiones previas ineficientes.
4. Contemplar un nivel de indemnización que cubra el daño emergente y el lucro cesante en forma compensatoria, es decir, que haga al vendedor asumir todas las consecuencias de su incumplimiento, y al comprador todas las consecuencias de su confianza, siempre que este se muestre ineficiente en relación a la ecuación económica concreta.

La solución menos imperfecta parece ser la redacción de una cláusula penal, que fije en un monto determinado la compensación en caso de incumplimiento, donde se calculen los costos de una inversión racional previa, y el respectivo lucro cesante sólo con tal nivel de inversión, como forma de estimular a las partes

15 COLOMA, *ob. cit.*, p. 193.

a dar toda la información posible antes de que se produzca un incumplimiento. Mientras más información se suministre, se incrementará el monto de la protección mutuo. La cláusula penal que liquida los daños en forma previa tiene una ventaja adicional: siempre que no sea desproporcionada o irracional, no puede ser invalidada y no exige su prueba ante el tribunal, lo que siempre es difícil en el caso del lucro cesante, que resulta dependiente de la aleatoriedad del criterio del juzgador, que puede sobrestimar o subestimar las pretensiones de las partes.

Se aclara que en este breve panorama de la redacción de una cláusula indemnizatoria empleando el aporte del análisis económico de los contratos, se han dejado sin considerar aspectos como la valoración del riesgo, el carácter imperfecto del mercado, y soluciones normativas alternas como la del cumplimiento obligatorio. Veamos ahora cuáles son las características normativas implícitas en la redacción de la cláusula indemnizatoria revisada, para luego compararlas con las que se encuentran presentes en los modelos de decisión de Calvo Soler.

IV. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA INDEMNIZATORIA COMO NORMA JURÍDICA, A PARTIR DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CONTRATOS

Una importante novedad del enfoque económico de los contratos es encontrar un patrón de comparación para los intereses enfrentados en un negocio jurídico, que lleva a una idea de equilibrio mediado por la eficiencia, que puede ir más allá de los patrimonios involucrados. Así, los intereses de un contratante se limitan frente a los de otro, pero no sólo en atención a ellos, sino también según el uso colectivo más óptimo de los recursos. Al contrario de lo que podría sugerir el enfoque tradicional, una parte no debería pretender establecer una cláusula indemnizatoria elevada sólo para forzar el cumplimiento de la otra y proteger sólo sus intereses. Lo fundamental no es garantizar a toda costa el cumplimiento, sino el uso racional de los recursos. Por eso, se puede considerar que, frente a una perspectiva normativa que considera sólo una alternativa, que sólo atiende a los intereses contradictorios de las partes involucradas, hay otro elemento que define la situación: evitar el despilfarro. Para este punto de vista la cláusula indemnizatoria no funciona de manera bivalente, forzando a cumplir o a ser sancionando, sino en una dimensión trivalente: forzar sólo los cumplimientos que son racionales para el deudor, exigir sólo los cumplimientos racionales que impone el acreedor, e inducir el incumplimiento cuando sea lo más productivo para la ecuación económica del contrato. Esto introduce un cambio en la valoración de la norma por parte de la racionalidad instrumental: ya no es posible decir que se sigue la norma

cuando la situación es favorable, y se incumple cuando es desfavorable, ya que el incumplimiento es una opción igualmente favorable en tanto evita un costo mayor.

La cláusula indemnizatoria es formalmente similar a la norma según la perspectiva tradicional: de naturaleza parcialmente sancionatoria y fundamentalmente deóntica. El cambio está en la función que desempeña el primer elemento y la ubicación del segundo. La indemnización en caso de incumplimiento, que equivale a la sanción tradicional, no es sin embargo, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, algo necesariamente adverso para el deudor, sino una solución beneficiosa porque evita un daño aún mayor o porque le permite acceder a una oferta mejor. Lo deóntico no se aprecia en el deber ser como finalidad de la norma, bajo la figura del precepto implícito, sino que se encuentra en el equilibrio preservado explícitamente por la norma indemnizatoria: producir una ecuación donde tanto el cumplimiento como el incumplimiento, sea siempre lo más eficiente. La principal diferencia respecto al modelo normativo implícito en Calvo Soler es que no hay oposición entre el elemento sancionatorio y el deóntico, sino perfecta coincidencia. No puede haber tampoco distinción entre la finalidad del redactor de la norma y los motivos racionales de los destinatarios colectivos, ya que estos están también interesados en que exista un nivel de cumplimiento y de incumplimiento que sea el más eficiente para el mercado en que están insertos. Es el mercado el que sugiere a los actores evitar un cumplimiento de los contratos contrario a la eficacia.

En cuanto a la acción bifásica y de cumplimiento diferenciado, parece mantenerse la estructura tradicional. Al supuesto de hecho, es decir al incumplimiento, sigue la consecuencia jurídica de la indemnización. La primera situación se puede producir por el cálculo racional del deudor. La segunda se presenta sólo si se da la primera, por lo que no parece dejar otra opción al acreedor (se entiende que se está ante el supuesto que impide la acción de cumplimiento obligatorio. Si en cambio tal cumplimiento obligatorio es posible, la estructura se altera). Hay un supuesto de hecho y dos consecuencias jurídicas alternas que elige el acreedor: exigir indemnización o el cumplimiento. En todos los casos le toca a la autoridad proceder para hacer efectiva la consecuencia jurídica. Hay sin embargo un cambio: las partes pueden elegir por sí mismas, previamente, el monto de la indemnización, que de ser razonable, no va a ser alterado por el decisor judicial.

Hay también cambios en relación al precepto implícito, las relaciones entre validez y eficiencia, y entre eficiencia y contexto. El único precepto posible para el análisis económico es el equilibrio racional de la cláusula indemnizato-

ria, un deber ser “interno”, pero presente en el contenido literal de la norma. Esto quiere decir que, desde esta perspectiva, validez y eficiencia son nociones necesariamente coexistentes, por razones de equilibrio y utilidad. Sólo sería válida una cláusula indemnizatoria que garantice el equilibrio más eficiente y por lo tanto, que lleve a cumplirse sólo cuando la ocasión así lo exija. El análisis económico del derecho supone actores racionales e informados, por lo que una cláusula indemnizatoria mal redactada que contenga una ecuación patrimonial desequilibrada, podría ser eventualmente denunciada por “leonina”, aplicando supletoriamente el derecho contractual contenido en los Códigos, pero sólo si el desequilibrio es muy pronunciado. Aun cuando no se dé una situación extremosa que permita su exitosa denuncia, aunque la cláusula desequilibrada exista y sea exigible, debe considerarse a su existencia como un error o accidente no reparable, fruto de la impericia de un sujeto que tiene las condiciones para comportarse prudentemente y no lo hace. Es una conducta por tanto ajena al modelo racional de utilidad, y por ende incapaz de cuestionar sus fundamentos teóricos.

Toca ahora a dar cuenta de las consecuencias que para la teoría de la decisión racional tendría el análisis económico del contrato, en la medida en que afecta la consideración de la norma jurídica. Anuncio la conclusión: lleva a la primacía del modelo de racionalidad instrumental, por impedir la existencia de aspectos deónticos ajenos a la utilidad, y por la coincidencia en el contenido de la sanción externa y el precepto interno.

V. LOS APORTES DE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA AL MODELO NORMATIVO Y A LA TEORÍA DE LA DECISIÓN

El principal aporte del análisis económico de los contratos a la teoría de la decisión, como ya se mencionó, es entender al incumplimiento como una situación potencialmente beneficiosa para todas las partes involucradas (incluyendo a un tercero que presenta una mejor oferta por el bien); lo que tiene un corolario: no se corre el riesgo de que, desde la perspectiva instrumental, el seguimiento de la norma por consideración de los costos y beneficios, reduzca o desnaturalice lo deóntico-jurídico, que es estimular el comportamiento más eficiente posible. Más bien sucede lo contrario, resulta imposible un cumplimiento de la norma por motivos distintos a los que inspiraron su finalidad interna. Esto obra a favor del mantenimiento del modelo de racionalidad instrumental, ya que no se corre el riesgo de reducir lo jurídico a lo sancionatorio, dejando de lado el deber ser deóntico.

Otra consideración novedosa del análisis económico de los contratos es que permite entender el intercambio como una relación generalmente desigual en la valoración del bien o del servicio, y del riesgo¹⁶. Al contrario de las teorías del “precio justo”, el enfoque destaca que dos actores económicos simétricamente iguales tienen pocas posibilidades de negociar, y que aprovecharse e incrementar la desigualdad es una funcionalidad añadida al cumplimiento eficiente de los contratos.

La primera desigualdad, la del bien negociado, sólo es posible por manifestarse en el contexto de una pretensión de supuesta igualdad formal en la que el precio expresa la cantidad de dinero por el que puede adquirirse en el mercado un bien, siendo lo ideal que exprese el equilibrio óptimo entre la oferta y la demanda. A pesar de ello, como difícilmente dos actores económicos que contratan entre sí tengan el mismo poder de negociación que les permita valorar los bienes de la misma forma, el intercambio expresará en definitiva esa diferencia. Esto ha llevado a Sen a criticar el punto de equilibrio Nash: *en un mercado de trabajo con desempleo, por ejemplo, los trabajadores podrían aceptar resultados inhumanos, puesto que en ausencia de contrato ellos morirían de inanición. Por eso mismo podría afirmarse que los trabajadores son explotados, aunque se haya alcanzado el punto de equilibrio de Nash, puesto que su poder de negociación es débil*¹⁷. Esa diferencia en el poder de la negociación, es lo que puede llevar a que la distribución equitativa entre un rico y un pobre de un bien divisible valorado en 100, sea 70 para el primero y 30 para el segundo¹⁸.

En cuanto al riesgo, para que los intercambios sean beneficiosos al distribuirlo, es necesario que se de alguna de las siguientes condiciones: 1.- que las personas enfrenten distintos grados de riesgo por efecto, por ejemplo, de que la variabilidad de los ingresos o del patrimonio de una de ellas ante distintos estados de cosas es mayor que la variabilidad de la otra; o 2.- que las personas tengan distinta aversión al riesgo (una es neutral y la otra no); o 3.- que las personas tengan distinta percepción respecto de la ocurrencia del riesgo¹⁹. Si no hay diferencia en algunos de estos factores vinculados al riesgo, éste no será un elemento que lleve a la negociación.

Estas observaciones, que llevan a superar la idea tomista de la igualdad del

16 COLOMA, *ob. cit.*, p. 118.

17 FARRELL, Martín. “La relevancia ética del punto de equilibrio de Nash”. En *Filosofía del Derecho y Economía*. Buenos Aires: Editorial La Ley. 2006, p.125.

18 FARRELL, *ob. cit.*, p.134.

19 COLOMA, *ob. cit.*, pp.119-120.

intercambio en la que el precio expresa el valor *en sí* de la cosa²⁰ supone, al contrario de la crítica que el modelo de la racionalidad débil hace al modelo de la racionalidad instrumental, que es posible contar con un patrón de comparación entre las opciones sin necesidad de acudir a un criterio externo o agregado, que vaya más allá de la valoración individual. Esta es la función, precisamente, del precio pagado en una transacción concreta. Y esto se da incluso entre distintos sujetos, aunque no se acepte la posibilidad de efectuar comparaciones interpersonales cardinales de felicidad, ya que se pueden obtener resultados significativos en las comparaciones interpersonales ordinales de utilidad²¹. Si bien el precio del mercado es un factor ajeno y objetivo, el precio de una negociación particular puede expresar el poder de negociación de las partes (el rico se queda con el 70 %, el pobre con el 30%) o las diferencias particulares en la consideración del riesgo. Cuando el precio del mercado no coincide con las diferencias en el poder de negociación o en el riesgo, es menor la posibilidad de que la negociación se haga efectiva.

Se tiene así una situación potencialmente violenta por ser contraria a la equidad natural (que indica que el pobre debería quedarse al menos con la misma proporción que el rico, 50%). La importancia de aceptar la desigualdad en el intercambio en relación a la disponibilidad de bienes y servicios, y a los diferentes poderes de negociación de las partes, valoriza el papel de las reglas para un seguidor de normas según el modelo instrumental. El equilibrio de Nash, en situaciones como el horario de trabajo²², lleva a una solución inhumana y peligrosa para la salud, si no existieran regulaciones normativas que lo impidiesen²³. Fijar un horario de trabajo en contra de la capacidad de negociación de las partes, permite la reproducción del sistema y en definitiva posibilita que quien se encuentre en una situación de poder (generalmente el empleador, que puede abstenerse de contratar mano de obra sin sufrir inmediatamente la carencia de recursos, como sucede con el trabajador) conserve dicha relevancia, que de otra forma se vería amenazada por la fuerza del desfavorecido, quien además es más numeroso. Se presenta un caso de la relación entre virtud y conveniencia que postula Gauthier, pero de manera forzosa, que considera más viable asumir la posición de un maximizador restringido de utilidad, restricción que las normas expresan, porque cuenta a cambio con las ventajas

20 FARREL, *ob. cit.*, p.138.

21 FARREL, *ob. cit.*, p.110.

22 FARREL no lo acepta para el caso del salario mínimo, considerando que una ley que lo regula lo que hace es generar desempleo. Pero esta posición es minoritaria. Aún desde el punto de vista del empleador, se lo considera un mal necesario para el caso de economías que no funcionen con total eficiencia.

23 FARREL, *ob. cit.*, p.136

de la cooperación²⁴. Así, la norma que corrige el equilibrio Nash, no sería superflua en tanto expresa un equilibrio conveniente al que no puede llegar por sí mismo el seguidor de la norma, persiguiendo exclusivamente la utilidad particular máxima esperada de cada negociación.

CONCLUSIÓN

El análisis económico de los contratos permite entender que no resulta superfluo el cumplimiento de una norma, porque es la norma la que cristaliza el estado de cosas más satisfactorio; ni es tampoco irrelevante, porque en el caso de la cláusula indemnizatoria, su incumplimiento expresa la opción que en definitiva resulta más conveniente para las partes. Si esto es así, la racionalidad instrumental no se serviría de la norma como medio eventualmente adecuado o contrario a su provecho, con la que se podría coincidir o no, sino que dicha racionalidad instrumental sería más bien el producto de un estado de cosas respecto al cual la norma funciona como condición. La existencia de la norma, fruto de una deliberación anterior, es la que hace posible el cálculo racional al permitir la pervivencia y reproducción de las condiciones de mercado, por lo que no puede ser reducida a instrumento opcional para la consecución de un beneficio distinto de su contenido. Todo lo dicho vale, claro está, sólo para el caso de la redacción de una cláusula indemnizatoria que establezca un nivel óptimo de responsabilidad, mediante la aplicación del conocimiento proveniente del análisis económico de los contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- CALVO SOLER, Raúl. *Uso de normas jurídicas y toma de decisiones*. Barcelona: Editorial Gedisa. 2003.
- COLOMA, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2001.
- FARRELL, Martín. "La relevancia ética del punto de equilibrio de Nash". En *Filosofía del Derecho y Economía*. Buenos Aires: La Ley. 2006.
- GUESTRÍN, Sergio. *Fundamentos para un nuevo análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Abaco. 2004.
- KORNHAUSER, Lewis, "Derecho de los contratos". En Horacio Spector (compilador). *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Calzoni Editor. 2004.

24 FARRELL, *ob. cit.*, p.128