

Los juristas frente a los mercados: herramientas del análisis económico del derecho

Lawyers opposite the economy: tools of economic analysis of the law

Fecha de recepción: 3 de agosto de 2011

Fecha de evaluación: 3 de octubre de 2011

Fecha de aprobación: 10 de octubre de 2011

ANDREA ALARCÓN PEÑA*

RESUMEN

El artículo describe de forma general las herramientas genéricas que los estudiosos de fenómenos jurídicos con amplio contenido o implicaciones económicas precisan considerar. La primera parte presenta las condiciones generales de mercados competitivos, sus particularidades y características. Posteriormente, se hace un análisis de las imperfecciones de mercados no competitivos, las fallas del mercado, y culmina con una muy breve descripción de las causas de la regulación del Estado a partir de las condiciones de mercado presentadas.

Palabras clave: mercado, sistema de mercado, análisis económico del derecho, fallas del mercado, externalidades, regulación, intervención, oferta, demanda

* Profesora de la Universidad Santo Tomás y Universidad San Buenaventura. Correo electrónico: andreaalarconp@gmail.com

ABSTRACT

The article gives an overview of generic tools that students of legal phenomena with broad content or economic implications need to consider. The first part presents the general conditions of competitive markets, their distinguishing features and characteristics. Subsequently, an analysis of the shortcomings of non-competitive markets is made as well as that of market failures and finally, it ends with a very short description of the causes of state regulation from the market conditions presented.

Keywords: Market, market system, economic analysis of law, market failures, externalities, regulation, intervention, supply, demand

INTRODUCCIÓN

Para aquel que carece de las herramientas del discurso económico, abordar un sector de la economía desde la dogmática jurídica resulta difícil, arduo y a la vez irresponsable. Es la economía la que permite entender el funcionamiento del mercado para analizar sus particularidades, y una vez en contexto poder tomar determinaciones, hacer interpretaciones y proponer alternativas, soluciones, políticas públicas. En el presente artículo se consignan las características del sistema de mercado y las fallas que del mismo se derivan.

1. Sistema de mercado: particularidades

Abordar el estudio propuesto como tema central de la presente investigación requiere un ejercicio preliminar de identificación y análisis de las condiciones de un sistema de mercado. Un mercado es una forma de organización de la sociedad que coordina las diversas funciones que ejecutan individuos –agentes económicos– para el desarrollo de actividades económicas. Esos individuos generan movimiento y circulación de recursos –escasos e inciertos– impulsados por amplios deseos de satisfacción de necesidades –en ocasiones ilimitadas–, tomando decisiones que garanticen mayores tasas de retorno (Samuelson y Nordhaus, 2002). En la teoría del mercado se analizan los procesos de intercambio de los agentes económicos y las relaciones que entre ellos se suscitan en el proceso

de elección relacional. Este proceso de elección se realiza de manera descentralizada: millones de participantes intervienen en la toma de decisiones que implican asignación y distribución de recursos a partir de pautas de intercambio: precios. Los precios constituyen determinantes que mueven los recursos hacia sectores determinados¹.

Este planteamiento parte de la premisa de que los individuos actúan de forma racional² y maximizadora, es decir, tienen la capacidad de identificar todas las opciones posibles, jerarquizarlas³, valorarlas (ante la escasez y restricción presupuestaria para disponer de todas ellas) y elegir la mejor alternativa. Este actuar maximizador conduce a la noción de equilibrio en el mercado: al interactuar racionalmente para maximizar por lo general se produce un equilibrio (Cooter y Ulen, 2002). El equilibrio, a su vez, no se modificará si no intervienen fuerzas externas.

1 Tradicionalmente se ha entendido que el precio de un bien o un servicio en el mercado se determina por el valor que los agentes económicos están dispuestos a pagar por la prestación o acceso a los mencionados (Mankiw, 2004).

2 Los economistas utilizan el concepto de “transitividad”.

3 La organización de las alternativas por parte de los consumidores se denomina “función de utilidad”, definida en relación con el consumo de bienes en un periodo determinado, no muy corto ni muy largo. El lugar geométrico de todas las posibles combinaciones de artículos que provocan en el consumidor el mismo grado de satisfacción recibe a su vez el nombre de curva de indiferencia (James y Quandt, 1995). Así, la curva de indiferencia representa la posible combinación de dos canastas de bienes con relación a una determinada restricción presupuestal.

Ligado al equilibrio se encuentra el concepto de eficiencia, valorada, en términos de Pareto o de Kaldor y Hick⁴ por los economistas y actualmente por estudiosos del derecho que haciendo uso de herramientas de la economía del bienestar y de la econometría, han dado origen al análisis económico del derecho (AED). Sin embargo, el discurso que desde lo económico y lo jurídico se origina para abordar problemas comunes genera inconvenientes por los métodos usados y el lenguaje disciplinar. Así, los economistas se concentran en la eficiencia (maximización de la riqueza) y los abogados, por el contrario, en la equidad (realización de la justicia)⁵. Es necesario, entonces, lograr puntos de encuentro y aproximación que aparentemente han sido alcanzados por el AED⁶.

4 La eficiencia, en el sentido de Pareto, se predica si una situación no puede cambiarse para que un agente mejore su situación sin que otra persona vea empeorada la propia. Es decir, no puede haber reasignación de recursos sin desmejorar la situación de alguno de los involucrados. Por el contrario, una situación será eficiente, en términos de Kaldor y Hicks, si los beneficios obtenidos por unos superan los perjuicios recibidos por otros; los perjuicios recibidos así son compensados por el ganador, aunque estos no lo hagan efectivamente (Querol Aragón, 2007). El primero de ellos, en términos de Posner (2000), solo podría presentarse en transacciones unánimes, circunstancia que no se registra con frecuencia. Para este autor, en nueve de cada diez eventos en los que se habla de eficiencia se alude a la superioridad potencial de Pareto (Kaldor y Hicks).

5 El problema del abordaje de problemas jurídicos con consecuencias económicas ha sido objeto de múltiples controversias. Algunos sectores consideran que, para el caso colombiano, la Corte Constitucional y los jueces de tutela adoptan decisiones irresponsables que afectan las políticas macroeconómicas del Estado. Condenan sus decisiones amparados en argumentos como la incapacidad técnica de los jueces constitucionales, la falta de legitimidad de sus decisiones y la ausencia de conocimientos económicos especializados que den sustento y soporte adecuado. Otros, por el contrario, consideran que los jueces constitucionales materializan con este tipo de decisiones los objetivos del Estado social de derecho al realizar y efectivizar los derechos sociales, al defender y garantizar los principios y valores defendidos y promulgados por el constituyente primario en 1991 (Mesa de Promoción y Defensa de la Constitución de 1991, 1999).

6 El análisis económico del derecho surge en el año de 1960 con el artículo publicado por el profesor Ronald H. Coase en *el Journal of Law and Economics* de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago, titulado "The problem of social cost". Aunque los antecedentes de esta corriente de pensamiento se remontan al siglo XVIII con César Beccaria y posteriormente a Jeremy Bentham. Posteriormente, numerosos autores han desarrollado esta disciplina: Gary Becker, Guido Calabresi, James Buchanan, Robert Cooter, Richard Posner, Andrés Roemer, Thomas Ulen, entre otros. Sin embargo, en Iberoamérica el uso del análisis económico del derecho como herramienta positiva o normativa, en palabras de Mauricio Rubio (2007), es precario.

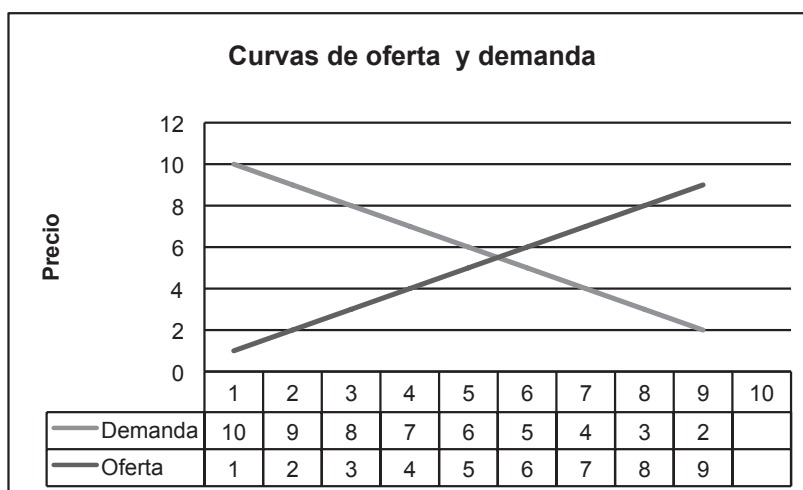
Planteados entonces los tres conceptos fundamentales para economistas y abogados al hacer estudios de sistemas de mercado –equilibrio, eficiencia y equidad–, es pertinente considerar que lo expuesto hasta el momento debe matizarse al reconocer que no todos los mercados funcionan de la misma manera. Partimos de la base de mercados competitivos, en los que millones de oferentes y demandantes toman decisiones que, individualmente consideradas, no cuentan con la capacidad de incidir positiva o negativamente en las condiciones generales del mismo (Márquez Escobar, 2005). Este tipo de mercados competitivos merecen un análisis más amplio.

1.1 Mercados competitivos

Al analizar el mercado consideramos que existe tal variedad de oferentes y demandantes que el actuar de cada uno de ellos tiene una incidencia insignificante en el mismo. Los consumidores y los oferentes son considerados como "precio-aceptantes". El funcionamiento del mercado se analiza a partir de la suma de todas las demandas individuales que de un bien o servicio se realiza (curva de demanda) y su interacción con la relación del precio de un bien y la cantidad ofrecida (curva de oferta). La relación entre estas dos variables genera, como se mencionó anteriormente, un equilibrio en el mercado⁷: precio de equilibrio –precio que vacía el mercado– y cantidad de equilibrio, así:

7 El precio de equilibrio y la cantidad de equilibrio se presentan cuando las cantidades ofrecidas son iguales a las cantidades demandadas.

Gráfica No. 1



Fuente: Elaboración propia.

En esta gráfica se describe el equilibrio presente en un mercado, representado por el punto de intersección de la función de oferta y la de demanda; sin embargo, esta situación se puede ver afectada por la concurrencia de situaciones como:

a. Exceso de bienes en poder de los oferentes que no poseen la capacidad de vender todo lo que desean al precio vigente. La cantidad ofrecida, entonces, es mayor a la demandada. Se produce un desplazamiento de la curva de la oferta hacia la derecha y un descenso en el precio.

b. Escasez de bienes a disposición de los demandantes. La cantidad disponible de bienes en el mercado es inferior a la cantidad demandada. Se produce un desplazamiento de la curva de la demanda hacia la izquierda y un aumento en el precio⁸.

No obstante, es preciso considerar que si se producen aumentos en la cantidad generada por los oferentes, sin variaciones adicionales, aumentarán los costos variables medios (Perloff, 2004), circunstancia que afectará además el equilibrio en el sistema.

⁸ Esta variación depende del tipo de bien: normal, inferior, sustituto o complementario.

1.2 Simetría en la información

Un mercado competitivo se caracteriza además por la simetría en la información que poseen todos los agentes que concurren a él⁹. Este hipotético también registra dificultades: la experiencia indica que la información que poseen algunos agentes es disímil a la que poseen otros, generando así problemas de incertidumbre en uno de los agentes en relación con la conducta adoptada por otros. Ramírez Gómez (2004) ha identificado tres eventos en los que concurre asimetría de información o fallas del mercado en la información: selección adversa, riesgo moral y problemas de agencia.

La selección adversa se presenta cuando el agente principal desconoce las características de los agentes restantes (ejemplo clásico es el mercado de compra y venta de vehículos). El riesgo moral se presenta cuando un agente minimiza los esfuerzos realizados que están orientados a evitar la materialización del riesgo que asegura, trasladando hacia el asegurador todo o parte del costo esperado del riesgo (Posner, 2000: 107). Y,

⁹ El profesor Homero Cuevas (2004: 106-107) presenta esta situación a partir de la explicación que ofrece sobre algunos mercados de seguros.

finalmente, los problemas de la agencia se relacionan con el interés que asiste al agente para que el principal escoja una opción entre varias posibles, teniendo el agente interés directo en el resultado de la elección.

Otra característica adicional de los mercados competitivos es la inexistencia de barreras de entrada y salida para los agentes económicos en el mercado. Las de entrada se han calificado como las dificultades significativas a las que se enfrentan nuevos competidores para poder ingresar al mercado en un lapso razonable para ofertar sus productos¹⁰. Mediante las barreras de entrada, posibles competidores son compelidos para no ingresar al mercado –por otros competidores– o se abstienen de entrar en él –efecto disuasivo–. La inexistencia de barreras de entrada genera beneficios para el mercado, que se reflejan en presión sobre la oferta manifestada en una reducción o caída en los precios.

1.3 Barreras de entrada

Se considera que las barreras de entrada pueden ser de tres tipos: naturales, legales y estratégicas. Las naturales tienen que ver con la naturaleza misma del producto o del proceso productivo¹¹; las legales se generan por la existencia de leyes, licencias o autorizaciones necesarias para poder ingresar al mercado; las estratégicas las produce el agente económico interesado en restringir el acceso de eventuales competidores al sector, con el fin de reducir o evitar eventual competencia. Las barreras de salida, por el contrario, suponen la existencia de limitaciones o restricciones por parte de cualquier agente económico en cualquier sector y en cualquier momento para retirarse del

mismo. Cuando un mercado permite la entrada y salida de agentes, de forma libre y sin restricciones de cualquier tipo, recibe el calificativo de atacable o contestable¹².

En sistemas de mercado en los que no existen barreras de entrada y salida para los competidores, los beneficios que reporta la sociedad, a largo plazo, se traducen en mercados eficientes y en empresas que producen a escalas eficientes. El precio se iguala al coste total medio de producción mínimo o más bajo posible, y el número de empresas se equipara para satisfacer la cantidad demandada a este precio (Mankiw, 2004: 179-189).

Estos supuestos planteados hasta el momento son predicables de mercados competitivos en los que hay libre movilidad de los recursos y empresas que deben maximizar esfuerzos para ser eficientes, so pena de ser remplazadas por otras que satisfagan condiciones de idoneidad económica. Mercados así caracterizados propician asignaciones eficientes de los recursos, estimulan la inversión y el consumo, generan nuevos productos y reducen costos de producción. Estas condiciones, finalmente, se traducen en incrementos del bienestar del consumidor o usuario.

A pesar de lo mencionado, es preciso señalar que los mercados por lo general no funcionan bajo las reglas referidas anteriormente. Los mercados perfectamente competitivos constituyen un ideal en de la teoría económica; sin embargo, es común referirse a monopolios, oligopolios y competencias monopolísticas como rasgos identificadores de la denominada competencia imperfecta en algunos

10 Ver Resolución 558 de 2002, Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se cerró una investigación contra Colanta.

11 La Superintendencia de Industria y Comercio ha analizado y estudiado rigurosamente las características de las barreras de entrada al mercado. Para mayor ilustración, consultar la Resolución 27920 de noviembre 10 de 2004, por medio de la cual se objetó la operación proyectada entre Pepsi & Co. y Postobón.

12 El profesor español Miguel Ángel Lasheras (1999) reconoce la existencia de cuatro condiciones que permiten predicar la existencia de un mercado contestable (*contestable markets*): 1. La tecnología e información debe ser ampliamente conocida y disponible para su uso por parte de todos los agentes. 2. No deben existir costes hundidos (aquellos que no son susceptibles de fácil recuperación o tasa de retorno). 3. Las empresas con presencia en el mercado no deben modificar los precios ante la entrada de nuevos competidores. 4. Los consumidores reaccionan rápidamente a las variaciones de precios, que, por la entrada de nuevos competidores, se presentan en el mercado.

sectores del mercado (Samuelson y Nordhaus, 2002: 141).

2. Mercados imperfectos y fallas del mercado

Algunas de las características de los mercados imperfectos o caracterizados por la concurrencia de competencia imperfecta se explican a continuación.

2.1 Competencia imperfecta

2.1.1 Monopolio¹³

Esta estructura del mercado se caracteriza por la existencia de poder de este en cabeza de un productor e inexistencia de competidores que ofrezcan productos sustitutivos en condiciones adecuadas. Las empresas monopolísticas son precio-decisoras y maximizan sus beneficios produciendo la cantidad con la que el ingreso marginal es igual al coste marginal, induciendo a los consumidores a comprar esa cantidad¹⁴.

Así, en mercados monopolísticos los individuos no encuentran bienes sustitutos próximos a los que puedan desplazarse, viéndose obligados a demandar los bienes ofrecidos por la industria monopolística (se considera que no hay empresas monopolísticas, sino industrias monopolísticas). El ingreso percibido por el monopolista se define por la siguiente función:

$$I = p \cdot q$$

En donde p es precio y q es la cantidad ofrecida. Sin embargo, el beneficio percibido por el monopolista, para que llegue a sus niveles máximos, se representa así:

$$I = (q) - C(q)$$

En donde q representa la utilidad, I representa el ingreso y C representa el coste. Su beneficio será la diferencia entre el ingreso total y el coste total. O puede representarse en términos de una variable que iguale sus ingresos marginales con sus costes marginales.

El monopolio, sin embargo, no asigna de forma eficiente los recursos. Al cobrar un precio superior al coste marginal la cantidad de bienes ofertados es inferior al nivel socialmente eficiente, y el monopolista recibe entonces los beneficios producidos generando una pérdida irrecuperable de la eficiencia. El Estado puede responder de varias maneras para reducir esta pérdida: produciendo legislación antimonopolio, regulando los monopolios, gestionando en forma directa el monopolio (a través de propiedad pública) o absteniéndose de intervenir.

Hasta ahora, al analizar los monopolios podemos concluir que constituyen pérdidas irrecuperables de la eficiencia en el mercado; numerosas son las razones que permiten arribar a esta conclusión, como se ha analizado. Sin embargo, ocasionalmente una única empresa puede satisfacer la demanda de todo un mercado ofreciendo sus bienes a menor coste que el que tendrían dos o más empresas; cuando esto se presenta se habla de "monopolio natural". Este tipo de monopolio es frecuente ante la existencia de economías de escala.

En los monopolios naturales las empresas tienen costos decrecientes, lo que les permite disminuir costos de producción unitarios –costos medios y marginales– incrementando la producción. Este tipo de situaciones tiene relación directa con la tecnología requerida para ofertar el bien: esta tiene perpetuos rendimientos decrecientes de escala, por lo que mayor número de bienes producidos conlleva reducción de costes y precios más bajos para los demandantes. Así, es poco probable que bajo estas precisas condiciones otros empresarios

¹³ Lamsdorff-Galagane (2007) hace alusión a la existencia de varios tipos de monopolios: naturales, técnicos, comerciales, consensuales y legales.

¹⁴ En los monopolios, la curva de oferta no es un elemento para considerar por cuanto la empresa monopolista, al fijar el precio, determina cuál es la cantidad de bienes que va a ofertar.

o agentes decidan ingresar al mercado, ya que resulta mucho más eficiente la prestación del bien o servicio por uno solo de ellos. Con la intención de evitar desmanes por parte de las empresas monopólicas naturales, el Estado regula el precio basado en el coste medio.

Al igualar el precio pagado por los consumidores al costo medio, se eliminan los excesos de beneficios por parte del monopolista y se reduce el precio, aproximándolo al costo marginal. Sin embargo, las empresas que actúan bajo la dinámica de un monopolio no contribuyen a una asignación eficiente de los recursos. Los consumidores encuentran disponibles menores cantidades de bienes a las que se ofrecerían en un mercado competitivo. Las empresas muestran menor interés por mejorar la calidad o las condiciones del bien o servicio ofertado ante la existencia de mercados muy bien consolidados, con fuertes barreras de entrada a futuros competidores.

Para superar esta deficiencia en el mercado, el Estado puede intervenir mediante la adopción de políticas públicas que tengan por objeto la sustitución del monopolio por competencia¹⁵ o la regulación de los precios cobrados por el monopolista. Aunque es preciso señalar que algunos monopolios son animados por el Estado, sin que ello implique inexistencia de supervisión, vigilancia y regulación¹⁶.

¹⁵ Excepción hecha de los monopolios naturales.

¹⁶ Ejemplo clásico de la existencia de monopolios alentados por el Estado son los derechos derivados de la propiedad industrial –en el caso colombiano y de los demás países que conforman la Comunidad Andina de Naciones regulados por la Decisión 486 del Parlamento Andino-. Así, marcas, patentes, enseñanzas, denominaciones de origen, indicaciones geográficas, diseños industriales y esquemas de trazados de circuitos integrados, una vez registrados, generan para su titular el derecho exclusivo a explotarlos y utilizarlos durante un término que oscila entre los diez y veinte años en el caso de patentes (sin posibilidad de renovación), diez para el caso de las marcas (renovables al culminar cada periodo), diez para los diseños industriales y los esquemas de trazados de circuitos integrados.

2.1.2 Oligopolios¹⁷

Se presentan cuando unos pocos oferentes concentran la distribución y producción de bienes similares o idénticos. Con el fin de maximizar los ingresos de las empresas oligopólicas se generan prácticas restrictivas de la competencia o prácticas colusorias y carteles¹⁸. Los precios de los bienes y servicios producidos por empresas oligopólicas son más bajos que los generados por similares monopolísticas pero más altos que los que se ofrecerían en mercados competitivos. Los oferentes monopolísticos tienden a ofrecer un número no tan reducido de bienes como lo haría un monopolio; pero a medida que el número de empresas oligopólicas aumenta la producción, el nivel de la misma se aproxima al nivel social eficiente y el precio tiende a equipararse al coste marginal. Para Samuelson y Nordhaus (2002) los oligopolios colusorios se parecen a los monopolios (producen el nivel de producción monopolístico, cobran el precio de un monopolio y reciben las utilidades monopolísticas), generándose entre las empresas que lo integran interdependencia estratégica.

¹⁷ Además de los monopolios y los oligopolios en un mercado, es posible advertir la concurrencia de duopolios, oligopsonios, monopsonios y monopolios bilaterales. Los primeros se evidencian cuando existe un mercado con dos vendedores y muchos compradores; los segundos se registran con pocos compradores (pero más de dos) y variedad de vendedores; los se presentan cuando hay un comprador y muchos vendedores competitivos, y los restantes se muestran en situaciones atípicas de mercado en donde solo hay un agente oferente y demandante.

¹⁸ Los competidores oligopólicos se enfrentan a situaciones de mercado en las que requieren prácticas cooperativas. Analizar estrategias a partir del comportamiento o las desarrolladas por otros agentes económicos con el fin de determinar los efectos que una decisión ejercería sobre las decisiones de los agentes restantes; para este fin los agentes se enfrentan a dos posibilidades: juegos cooperativos y no cooperativos. Este comportamiento lo analiza la teoría de juegos que se desarrolló a partir de estudios del profesor húngaro Jhon Von Neumann (Dixit y Nalebuff, 1992). Esta teoría, sobre la cual se han generado numerosos libros y estudios, le mereció el premio Nobel de Economía al matemático John Nash, quien propuso una forma de resolver el problema de los juegos no cooperativos o equilibrios no cooperativos mediante el equilibrio de Nash. Aquí ninguno de los jugadores puede mejorar sus resultados dada la estrategia escogida por el restante sin que se presente colusión entre ellos.

2.1.3 Competencia monopolística

A diferencia del oligopolio, en la competencia monopolística concurren tres características: variedad de oferentes que actúan en el mismo nicho de mercado, productos diversos no idénticos y libertad de entrada al mercado. Cada empresa presenta exceso de capacidad y cobra un precio superior al coste marginal. Los beneficios económicos que recibe una empresa que actúa en este tipo de mercado no es la deseable –ni social ni individualmente–. Con el fin de mejorar sus beneficios, acude a vigorizar sus productos mediante fortalecimiento marcario y amplias inversiones en publicidad; así captura a un segmento de la población al que mantiene cautivo. Estos costos, sin embargo, se trasladan a los consumidores.

Además de los tres referentes señalados, que tienen que ver con problemas en la competencia, concurren en los sistemas de mercado problemas adicionales que dificultan el normal y deseable funcionamiento del mismo. Estas dificultades, adicionales a las fallas de mercado analizadas con antelación, se caracterizan porque el mercado por sí solo no asigna eficientemente los recursos, y son: externalidades, poder de mercado y bienes públicos.

2.2 Externalidades

Estas concurren cuando el comportamiento o actuación de un agente genera efectos positivos o negativos sobre el bienestar de otros agentes. Cuando el efecto o influencia es positiva, se generan externalidades positivas; en caso contrario, serán externalidades negativas. Esta falla del mercado analiza el efecto del comportamiento de agentes económicos sobre el bienestar de individuos que no siempre se encuentran interviniendo en forma directa en el sector del mercado en que actúa el generador de la externalidad. Considera a aquellos que resultan afectados indirectamente. Las externalidades negativas producen ineficiencias en el mercado, por cuanto los agentes genera-

dores de las mismas producen un mayor número de bienes a los socialmente deseados; *contrario sensu* las positivas llevan a los mercados a crear una cantidad inferior a la que la sociedad requiere. Se producen entonces grandes diferencias entre las rentas individuales y las sociales. Con el fin de resolver esta situación, el Estado genera políticas orientadas a internalizar la externalidad¹⁹ –si esta es negativa– o subvencionar a los generadores de externalidades positivas con el fin de incentivar la consolidación de beneficios de este tipo que redunden en una socialización de las utilidades reportadas por el agente económico.

Para resolver el problema de las externalidades, el profesor Ronald Coase, en su escrito *"The problem of social cost"*, propuso que al analizarse las posibles soluciones a este problema, debía partirse de la identificación del agente económico para el cual resulte más eficiente resolver el conflicto. Este proceso implica comunicación entre los agentes involucrados que llegarán a negociar entre sí encontrando una solución eficiente. Así, la ley cumplirá un papel residual y supletivo; en primer lugar, los agentes acudirán a mecanismos de autorregulación que partirán de la base de derechos de propiedad perfectamente asignados. Es decir, para que la ley cumpla esta función supletiva los costos de transacción deben ser iguales a cero o por lo menos muy cercanos, para que así no existan barreras que desestimulen el proceso de negociación (Núñez Trujillo, A. J., 2000). Si el proceso de negociación no es exitoso, la ley interviene otorgándole el derecho a la parte que mayor

¹⁹ Con el fin de internalizar la externalidad, el economista Arthur Pigou propuso cobrar un impuesto –denominado "pigouviano" en su honor– a los generadores de este tipo de fallas del mercado, con el fin de aproximar el mercado a una asignación óptima y eficiente de los recursos, desestimando a los generadores de externalidades negativas. Sin embargo, el profesor Ronald Coase propone críticas a esta solución pigouviana al considerar, entre otros: el problema del cálculo del impuesto, la diferencia entre el daño medio y marginal y las interrelaciones entre el daño sufrido por diversas propiedades (algunas reportan mayores daños que otras) (Coase, 2002).

beneficio pudiera percibir. El teorema de Coase²⁰ reconoce la existencia de costos de transacción, en ocasiones elevados, en el proceso de comunicación. Estos costos de transacción están marcados por las talanqueras que dificultan o imposibilitan el proceso de negociación y pueden ser de tres tipos: *ex ante* –búsqueda del socio para realizar el intercambio–, durante y *ex post* –aquellos ligados al cumplimiento del acuerdo o la ejecución del mismo en caso de incumplimiento–²¹. Cuando los costos de transacción son iguales a cero, el uso eficiente de los recursos no depende de la asignación que legalmente se haya realizado con respecto a los derechos sobre la propiedad, mientras que la existencia de costos de transacción exige la asignación clara y específica de los derechos sobre la propiedad *ex ante*.

2.3 Poder de mercado

Se manifiesta cuando un agente económico, con presencia en un sector determinado, cuenta con la posibilidad, real y efectiva, de determinar cantidades y precios en el mercado, es decir, puede determinar el comportamiento de la curva de oferta y por ende las condiciones del mercado. Las empresas que ejercen poder de mercado cuentan con la posibilidad, permanente y sostenida, de cobrar precios por encima del costo marginal. Esta falla del mercado se encuentra asociada con la posición de dominio²² que ejerce el agente, que

prevalido de dicha condición puede abusar de ella afectando de manera grave la eficiencia del mercado, en claro desmedro de los competidores y de los consumidores, que ante la reducción de la competencia encuentran limitadas sus opciones para demandar cierto tipo ofrecido por otros agentes. La empresa con poder de mercado mantiene el precio y la cantidad de los productos ofrecidos en niveles que distan de ser los eficientes para el correcto funcionamiento de un mercado.

La tercera y última falla del mercado concurre cuando se presentan bienes públicos o bienes que no tienen precios de mercado. Estos cuentan con dos atributos: no son excluibles y no son rivales²³. El primer atributo se relaciona con la posibilidad de su uso por parte de terceros, y el restante se relaciona con que el uso del bien no genera reducción en el uso o disfrute para otras personas. Este tipo de bienes genera inconvenientes para el estado, que en ocasiones se ve obligado a suministrarlos, ante la negativa de agentes privados –empresas– en asumir su prestación debido a la existencia de *free riders* (gorriones) o parásitos, que reciben los beneficios que genera el bien, pero no pagan ningún precio por su disfrute en razón a la imposibilidad de excluirlos del consumo; o un Estado que se ve avocado a subsidiar la prestación privada de los mismos mediante un sistema tributario (Cabanellas, 2006). Un ejemplo claro de este tipo de bienes y su prestación por parte del Estado es la defensa y seguridad nacional, y para el caso colombiano en concreto el denominado impuesto al patrimonio económico.

20 Hernando Torres Corredor (2002) les recuerda a los estudiosos del análisis económico del derecho que la expresión “el teorema de Coase” no fue obra del profesor Ronald Coase, sino del Profesor Stigler.

21 Los profesores Milgrom y Roberts (1992) identificaron cinco características en los contratos económicos realizados entre agentes económicos, que encarecen los costos de transacción: 1. Especificidad de las inversiones requeridas para cumplir el contrato. 2. Frecuencia y duración de transacciones similares. 3. Complejidad e incertidumbre asociadas a la transacción. 4. Dificultad para medir el grado de cumplimiento de cada contrato. 5. Efectos externos que la transacción puede generar con respecto a terceros.

22 La Corte Constitucional Colombiana ha señalado que la posición dominante podría definirse como: “Un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado

implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado” (Sentencia T-375 de 1997).

23 El profesor Mankiw (2004), al describir los bienes públicos, recuerda la imposibilidad de su análisis sin considerar los recursos comunes (como el aire y el agua limpios o pastizales sin cercar) que son bienes rivales pero no excluibles.

Lo analizado hasta el momento permite concluir que el mercado por sí solo no cuenta con la capacidad de autorregularse completamente; es necesario entonces que el Estado despliegue su poder interventor para ayudarle al sistema de mercado a asignar de forma eficiente los recursos. La actividad reguladora del Estado se realiza mediante normas que, a la luz del análisis económico del derecho (AED), tienen la pretensión de incentivar positiva o negativamente a los agentes para que actúen o se abstengan de actuar.

En esta lógica, el AED parte, entre otras, de la premisa de que el derecho se establece como un mecanismo relevante a través del cual se orientan opciones varias a disposición de los agentes económicos: proscribirlas o autorizar su realización en el marco de límites precisos e infranqueables (normas de contenido prohibitivo o sancionatorio), o incentivarlas y ampararlas. Así lo ha señalado el profesor Núñez Trujillo (2000) al indicar que el legislador tiene la capacidad de alterar la conducta de las personas. La mayoría de las decisiones de los agentes económicos se encuentran condicionadas por el marco regulador o interventor (de origen constitucional, legal o reglamentario).

Las empresas cuentan con reglas precisas aplicables a sus procesos de producción, distribución, comercialización (normas técnicas de fabricación), embalaje, identificación (publicidad) y transporte (por ejemplo para sustancias o productos peligrosos). Los consumidores, por su parte, se ven afectados por limitaciones expresas a la oferta, restricciones relacionadas con la información a su disposición, precios (en ocasiones intervenidos) y garantías de calidad, idoneidad y seguridad recibidas.

Estas regulaciones pretenden garantizar mayores condiciones de equidad y condiciones eficientes del mercado. Con este fin, el marco regulador responde a cinco preguntas: ¿por qué se debe regular?, ¿qué sectores deben ser regulados o en qué sectores se debe intervenir? (dejando a

algunos sectores con facultades autorreguladoras), ¿quién debe regular? (autoridades administrativas), ¿cómo se debe regular? (procedimientos) y ¿qué límites de necesario cumplimiento deben considerarse para dar respuesta a situaciones económicas determinadas?

Sin embargo, la intervención o regulación del Estado en la economía responde a técnicas dispares con consecuencias disímiles para el mercado: mayor o menor libertad del sector privado, armonizar intereses privados con intereses sociales o comunitarios. Permite, si es administrada y planeada de forma adecuada, responder eficientemente a la competencia imperfecta, asimetrías en la información y externalidades, generando así amplios beneficios sociales.

Así, la regulación no debe ser solamente económica (promover asignación eficiente de los recursos), sino social (promover y garantizar el acceso del mayor número de individuos a bienes y servicios esenciales para la vida y el desarrollo comunitario). Una adecuada regulación e intervención en la economía se traducirá en incentivos eficientes y eficaces a los agentes del mercado para que maximicen sus beneficios, maximizando los de la comunidad.

CONCLUSIONES

- El análisis económico del derecho ha cobrado relevancia y actualidad entre los abogados y profesionales de disciplinas afines al aproximar conceptos de eficiencia (propios del discurso económico) y equidad (promovido por los juristas).

- El AED parte, entre otras, de la premisa de que el derecho se establece como un mecanismo relevante a través del cual se orientan opciones varias a disposición de los agentes económicos: proscribirlas o autorizar su realización en el marco de límites precisos e infranqueables (normas de contenido prohibitivo o sancionatorio), o incentivarlas y ampararlas.

- El mercado por sí solo no cuenta con la capacidad de autorregularse completamente; es necesario entonces que el Estado despliegue su poder interventor para ayudarle al sistema de mercado a asignar de forma eficiente los recursos. La actividad reguladora del Estado se realiza mediante normas que, a la luz del análisis económico del derecho, tienen la pretensión de incentivar positiva o negativamente a los agentes para que actúen o se abstengan de actuar.

- El problema del abordaje de problemas jurídicos con consecuencias económicas ha sido objeto de múltiples controversias. Algunos sectores consideran que, para el caso colombiano, la Corte Constitucional y los jueces de tutela adoptan decisiones irresponsables que afectan las políticas macroeconómicas del Estado. Condenan sus decisiones amparados en argumentos como la incapacidad técnica de los jueces constitucionales, la falta de legitimidad de sus decisiones y la ausencia de conocimientos económicos especializados que den sustento y soporte adecuado. Otros por el contrario consideran que los jueces constitucionales materializan con este tipo de decisiones los objetivos del Estado social de derecho al realizar y efectivizar los derechos sociales, al defender y garantizar los principios y valores defendidos y promulgados por el constituyente primario en 1991.

REFERENCIAS

- Cabanellas, G. (2006). El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. En Kueger. *Análisis económico del derecho*. (1ª. ed). Buenos Aires: Heliasta.
- Coase, R. (2002). El problema del costo social. En A. Roemer. *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica.
- Comunidad Andina de Naciones. (2002, 14 de septiembre). *Decisión 486*.
- Cooter, R. y Ulen, T. (2002). *Derecho y economía*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Cuevas, H. (2004). *Fundamentos de la economía de mercado* (2ª. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Dalla Via, A.R. (2006). *Derecho constitucional económico* (2ª. ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Dixit, A. y Nalebuff, B. (1992). *Pensar estratégicamente. Un arma decisiva en los negocios, la política y la vida diaria*. Barcelona: Antoni Bosch.
- James, H. y Quandt, R. (1995). *Teoría microeconómica*. Barcelona: Ariel Economía.
- Lamsdorff-Galgane, V. (2007). *Teoría económica del derecho: una introducción*. Madrid: Edición personal.
- Lasheras, M.A. (1999). *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona, España: Ariel Economía.
- Lequizamón Acosta, W. (2002). *Derecho económico. Fundamentos*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Mankiw, N. (2004). *Principios de economía*. Madrid: McGraw Hill / Interamericana.
- Márquez Escobar, C.P. (2005). *Anotaciones sobre el análisis económico del derecho. Escuelas (I)*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Milgrom, P. y Roberts, J. (1992). *Economics, organization and management*. Prentice Hall International Edition.
- Núñez Trujillo, A.J. (2000). Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley. En U. E. Colombia. *Colección de Derecho*

Económico: Homenaje a Enrique Low Murtra II (II). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Perloff, J. (2004). *Microeconomía* (3ª. ed.). Madrid: Addison Wesley Pearson.

Posner, R. (2000). *El análisis económico del derecho*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Querol Aragón, N.d. (2007). *Análisis económico del derecho*. Madrid: Ediciones del Instituto para el Fomento de la Investigación Económica.

Ramírez Gómez, M. (2004). Política pública y regulación en algunos servicios públicos. En L. Lizarazo Rodríguez y M. Anzola Gil. *La regulación económica: tendencias y desafíos (II)* (título III Serie ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.

Rivero Ortega, R. (2005). *Introducción al derecho administrativo económico* (3ª. ed.). Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica.

Rubio, M. (2007). *Derecho y economía*. (1ª. ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Samuelson, P.A. y Nordhaus, W.D. (2002). *Economía*. Madrid: McGraw Hill / Interamericana.

Torres Corredor, H. (2002). *La Corte Constitucional. Entre la economía y el derecho*. Armenia: Centro de Publicaciones Universidad del Quindío.

RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

Corte Constitucional. *Sentencia T-375 de 1997*.

Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución 558 de 2002*.

Superintendencia de Industria y Comercio. *Resolución 27920 de noviembre 10 de 2004*.