
LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: OTRO PUNTO DE CONVERGENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

María Josefina Tavano

Profesora Adjunta de Introducción al Derecho Privado
Facultad de Ciencias Económicas (U.N.C.)

I. INTRODUCCIÓN

La vinculación entre el Derecho y la Economía ha pasado por distintas vicisitudes a lo largo de las distintas épocas, con diversos matices, prevalencia, ocasos y renaceres de una sobre la otra. En el estado actual de la relación creemos que no puede ignorarse la óptica que nos propone el Análisis Económico del Derecho (A.E.D.). Este nuevo enfoque implica revisar temas e instituciones que creíamos exclusiva o, al menos, esencialmente jurídicas. Por ello, al tratar el tema de la autonomía de la voluntad advertimos que constituye un nuevo punto de convergencia entre el Derecho y la Economía¹.

La autonomía de la voluntad afirma que la voluntad individual, la voluntad de las partes, tiene el suficiente poder jurígeno como para regular los derechos entre ellas, y por tanto, lo que acordaron es ley y debe ser cumplido. Correlato inmediato de asegurar que nadie mejor que las partes conocen sus verdaderos deseos, sus verdaderas necesidades, y por tanto nadie puede darles una mejor solución de la que ellas pueden darse a sí mismas. Sin embargo esta afirmación que casi parece una verdad de Perogrullo, ¿es realmente tal?,

¹ El título de este trabajo parafrasea el que utilizara el maestro Bustamante Alsina cuando se refiriera al patrimonio. Siguiendo la brecha que él abriera es posible encontrar diversos temas de los que se puede sostener cumplen con esa convergencia. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H, "El Patrimonio como punto de convergencia del Derecho y la Economía", E.D., Tº 131, pág. 951.

¿es realmente así?, ¿podemos dudar?

II. UNA RESPUESTA: EL TEOREMA DE COASE.

Una posible respuesta podemos encontrarla en el Teorema de Coase, quien parte de sostener que frente a una situación en que se plantea la posibilidad de una indemnización, la cuestión radica en evitar un daño mayor. Sería deseable que las acciones que se intentasen sólo fueran aquéllas en que se ganara más de lo que pudiera perderse. Al elegir arreglos sociales será necesario considerar el efecto total que permitirá un cambio en el enfoque tradicional.

De modo sencillo el Teorema de Coase puede formularse así:

Sea cual fuere la asignación inicial específica de los derechos de propiedad, el resultado final será eficiente siempre y cuando la asignación inicial legal esté bien definida y cuando las partes puedan llegar a un acuerdo y aplicarlo sin costo alguno ².

Por tanto, pueden distinguirse dos supuestos:

1. Dada una situación en que los costes de transacción sean cero, se podría lograr un resultado eficiente con independencia de la norma atributiva de derecho elegida; sin embargo, la norma elegida afecta la distribución de la renta.
2. Dada una situación en que hay costes de transacción, la solución eficiente no puede lograrse con independencia de la norma jurídica elegida, por lo tanto será preferible aquella norma que reduzca al mínimo los efectos de los costes de transacción.³

Debe advertirse que la intervención estatal no actúa sin costes, que hay costes para este intervencionismo que no pueden ser desconocidos.

Evidentemente, en el Teorema subyace la sencilla idea de que las partes involucradas podrán llegar a negociar y a darse a sí mismas una solución óptima, sea que lo hagan en virtud de una vinculación previa, o por una posterior, es decir luego que se haya

²HIRSHLEIFER, Jack, y GLAZER, Amihai, "Microeconomía, Teoría y Aplicaciones", 5ª. ed, traducido por Pilar Mascaró Sacristán, (Programas Educativos- México- 1994), pág. 521.

³Conf MITCHELL POLINSKY, A, "Introducción al Análisis Económico del Derecho", traducido por J.M. Alvarez Flórez, (Ariel- Barcelona- 1985), págs. 24 y 25. La obra es interesante pues entiende que una versión más complicada del Teorema proporciona vías para elegir normas jurídicas cuando el coste de transacción es positivo, y advierte que los distintos supuestos que trata en el libro pueden ser enfocados desde este aspecto.

producido algún daño. Ni más ni menos que sostener la idea de que nadie, ni el Estado con su intervencionismo, ni el legislador con sus leyes, ni siquiera un juez, podrán dar a las partes una respuesta mejor de la que ellas puedan darse a sí mismas. Reconocer y revalorizar la autonomía de voluntad de las partes como reguladora de sus derechos.

Esta idea aparece también en Calabresi⁴- aunque no con el mismo contenido-, cuando entiende que el planteo de la asignación de recursos estudiado por la rama de la economía del bienestar da una respuesta tradicional: la solución del libre mercado, que presupone ciertos postulados tales como el que "nadie mejor que uno mismo puede saber aquello que más le conviene". Será el mercado quien decidirá si carne o granos (Coase), si televisores o caramelos (Calabresi), si acero o caramelos en una versión más vernácula o si manteca o cañones en una versión histórica⁵. Pero, según Calabresi, en realidad de lo único que podemos estar seguros, es de que la "gente algunas veces, conoce mejor por sí misma lo que le conviene"⁶.

Para que cada uno sepa qué es lo que mejor, lo que más le conviene será necesario, aún para los economistas más liberales, algunos cuantos "si": si los individuos están adecuadamente informados acerca de las distintas alternativas, si los precios reflejan los costos sociales de producción, si los precios cumplen esta función adecuadamente, si los consumidores al adquirir pueden realizar una óptima combinación de alternativas, si el mercado está en libre competencia, si se trata de un mercado perfecto, etc.

El mercado perfecto, tratado por Smith en la Riqueza de las Naciones, luego definido sistemáticamente por Edgeworth y formulado en forma más completa por Knight, requiere para una competencia perfecta una serie de presupuestos: empresas tomadoras de precios, productos homogéneos, libertad de entrada y salida en el mercado, libre movilidad de los recursos y conocimiento perfecto⁷. En la práctica, tal modelo se ha planteado como irreal, por ello es que prefiere hablarse de mercado puro, el cual cumple algunos de los presupuestos; aunque no todos.

Pero, . . . hay varios "peros". Así, aún suponiendo la existencia de un mercado en equilibrio, en competencia perfecta, podría ser eficiente y sin embargo no necesariamente contemplar la equidad. Por ejemplo, todos los mercados podrían encontrarse en perfecto equilibrio, sin embargo muchas personas podrían carecer de una renta suficiente para comprar incluso lo más necesario. Es que el equilibrio de mercado no pone en cuestión la

⁴CALABRESI, Guido, *"El Coste de los Accidentes"*, traducido por Joaquim Bisbal (Ariel- Barcelona-1984), págs. 83 y sgtes.

⁵La versión de acero o caramelos corresponde a lo manifestado por el entonces Ministro de Economía Dr. Alfredo Martínez de Hoz; mientras que la propuesta de manteca o cañones es la típica opción entre producir para la guerra o para la paz y es atribuida a Mussolini cuando se dirigía a los italianos durante la Segunda Guerra Mundial.

⁶CALABRESI, Guido, *op. cit.*, pág. 86.

⁷MADDALA, G.S., y MILLER, Ellen, *"Microeconomía"*, traducido por Julio Coro Pando, (Mc Graw-Hill- México- 1990), págs. 284 y 285.

idea de que en los hechos es difícil y a veces doloroso ser pobre, sino simplemente afirma que "dadas las bajas rentas de los pobres, el libre intercambio les permite hacerlo lo mejor que pueden". Por ello, no es contradictorio defender esta idea y ofrecer ayuda pública a las personas que no pueden obtener una renta suficiente en el mercado. Sin embargo, también es cierto que la intervención directa en los mercados suele tener mayores inconvenientes que ventajas.

III. UNA RESPUESTA JURÍDICA: EL RECONOCIMIENTO DE LOS DÉBILES.

De aquella posición de exaltación total y absoluta de la voluntad y de su poder jurígeno, propia de la Revolución Francesa, receptada por Velez (arts. 1137 y 1197), con límites acotados (arts. 21, 953, y 1167), pasando por la formulación de la teoría general de los hechos y actos jurídicos (arts. 896 y sgtes), donde el acento está sobre la voluntariedad pues el acto involuntario no produce por sí obligación alguna (art. 900), limitada estrechamente por la teoría de los vicios y por el sistema de las nulidades, se llega a otras posturas más extremas. Se arriba al dirigismo, al intervencionismo, con leyes de distinta índole y temática, pero cuyo ejemplo paradigmático fueron las leyes de control de los alquileres, de las cuales se ha dicho "que es la manera más segura de destruir una ciudad, aparte de lanzar un bomba nuclear"⁶. El péndulo se movió entre puntos extremos. Fue necesario que el Derecho buscara algunas alternativas, algunas posibles soluciones a fin de contemplar o al menos contemporizar los intereses cuando la voluntad ha sido expresada por personas que no son dementes, pero que en cierto modo tienen alteradas algunas de sus facultades (régimen para los inhabilitados); o bien es la de aquéllos que sin llegar a la incapacidad ya sea por sus condiciones intelectuales, culturales o dificultades económicas, requieren una protección especial porque son "débiles" o necesitados; personas que están en situación de explotación (lesión subjetiva); la revisión del "pacta sunt servanda" en tanto las condiciones originales han variado sustancialmente (teoría de la imprevisión); llegando al ejemplo más paradigmático: la protección de los consumidores.

IV-EL RENACER DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. LA NECESIDAD DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

Sin embargo, en la actualidad pareciera haber renacido con fuerza inusitada la autonomía de la voluntad, por eso, pareciera ser necesario al menos cuestionable qué valor readquiere la autonomía de la voluntad a la luz de las modificaciones sufridas por todo el ordenamiento jurídico y esencialmente por las nuevas posturas económicas que influyen sin duda sobre la interpretación de tal ordenamiento modificado o no.

⁶FRANK, Robert H. "Microeconomía y Conducta", traducido por Luis Toharia, (Mac Graw-Hill- Madrid- 1992), pág. 43.

Aquéllos que no pueden ser considerados débiles, o necesitados, pues tienen conocimiento, incluso asesoramiento, pero están en situación diversa ¿deben ser protegidos por la legislación o deben quedar librados al libre juego de la autonomía de la voluntad?. Así, por ejemplo, el supuesto de empresas que no pueden ser consideradas débiles, incluso se podría estar hablando de "grandes empresas", consideradas en sí mismas y en su volumen de ventas, pero que en relación con otras, normalmente extranjeras, manejan una parte bien distinta del mercado. Se alzan fuertes voces sosteniendo que debe primar la autonomía de la voluntad, lo libremente pactado, lo libremente querido. Es necesario asegurar el renacer de la vigencia de la autonomía de la voluntad a fin de posibilitar inversiones extranjeras, protegiéndolas, asegurándoles el cumplimiento de lo pactado, es necesario alejarse de cualquier atisbo de intervencionismo estatal, y ni que decir de la posible interferencia de los jueces.

Es innegable que la inversión extranjera directa en el mundo en desarrollo desempeña un papel cada vez más importante; pues los flujos a él dirigidos se cuadruplicaron entre los años 80/85 y 92/93, llegando a 70 mil millones en 1994, concentrándose fuertemente en los países de Asia Oriental y el Pacífico por un lado, y en América Latina por el otro⁹. Por otra parte, la primera mitad de la década de 1990 ha sido testigo de la irrupción masiva de distintas modalidades de inversión extranjera en América Latina y el Caribe. Sin embargo, un detalle importante a destacar es que según datos de la Cepal hubo una fuerte pérdida de participación de capitales que tienen mayor incidencia en la inversión real en favor de aquéllos de carácter especulativo y de más alta volatilidad, que superaba el 70% antes de 1990 y llega a cifras cercanas al 50% durante 1992 y 1993¹⁰.

Bien se ha dicho que cuando se analizan las estrategias de desarrollo para América Latina se suele adolecer de un cierto maniqueísmo, pues se reduce el tema a alternativas aparentemente incompatibles; se habla de crecimiento "hacia adentro" o estrategias aperturistas, de "laissez faire" o dirigismo, de estructuralismo o monetarismo. Pero la realidad es mucho más compleja y la variedad de enfoques aplicados cubre un espectro de políticas y estrategias bastante más amplio, por lo tanto, no podemos limitarnos a un sólo paradigma. Por otra parte se reconoce un deterioro de la equidad que se evidencia más en lo microeconómico, en el que los procesos de ajuste, de estabilización macroeconómica y de la reforma estructural que ha actuado como un poderoso mecanismo de selección, han forzado a las empresas a adaptarse a las nuevas circunstancias regidas por las señales del mercado y las

⁹BERGSMAN Joel, y SHEN Xiaofang, "La inversión extranjera directa en los países en desarrollo", en Revista Finanzas & Desarrollo, Diciembre 1995, pág. 6.

¹⁰Así los ingresos netos de capitales provenientes del exterior en el periodo 1990- 1994 han superado en promedio los 50 mil millones de dólares anuales, cifra muy superior al periodo 1987-1989 en que fue inferior a los 21 mil millones de dólares. VERA- VASSALLO, Alejandro C, "La inversión extranjera y el desarrollo competitivo en América Latina y el Caribe", en Revista de la Cepal 60, diciembre 1996, pág. 132.

nuevas modalidades de regulación de las actividades productivas. No resulta sorprendente entonces que diferentes empresas hayan reaccionado de modo diverso y que haya sectores más perjudicados que otros por los cambios de las reglas del juego, especialmente las orientadas al mercado interno, las actividades que suponen un uso relativamente intensivo de servicios de ingeniería, las empresas pequeñas y medianas, y en general las empresas estatales. En cambio, los sectores dedicados a actividades de exportación o basadas en recursos naturales, los grandes conglomerados nacionales y muchas empresas transnacionales han logrado adaptarse a las cambiantes circunstancias con mejores resultados ¹¹.

Los inversionistas son exigentes a la hora de invertir; pero lo cierto es que un tema tan importante dentro del sistema económico, estudiado tanto desde lo teórico como de lo empírico no tiene aún una explicación enteramente satisfactoria de cómo y en virtud de qué se toman las decisiones de invertir un capital¹². Sin embargo, en general puede afirmarse que lo que lleva a invertir a una empresa, es obtener un beneficio, un máximo beneficio, en tanto ello sea posible, que implica una conducta racional por parte de la misma respecto de las posibilidades de producción y del mercado¹³, tomándose en cuenta también otros factores tales como la globalización productiva e internacionalización financiera, la consolidación progresiva de reformas económicas e institucional, los programas de conversión de la deuda externa y privatización¹⁴, etc.

En aras de enunciar algunas de las pautas que atañen al derecho y que suelen adoptarse para tomar una decisión racional sobre la inversión se pueden enunciar:

- a. La más tradicional de todas fue la mano de obra barata de los países en desarrollo, sin embargo, esto ya no es tan decisivo teniendo en cuenta que debido a la industrialización actual la mano de obra no es ya un insumo determinante;
- b. El desempeño económico eficiente pues la inversión extranjera directa tiende a seguir al crecimiento, no a dirigirlo;
- c. Protección jurídica suficiente que incluye varios aspectos referidos al reconocimiento de los gobiernos respecto de la necesidad de proteger las inversiones extranjeras a través de leyes que:
 - c.1. garantizan el trato igualitario para las inversiones nacionales y extranjeras;
 - c.2. prohíben las expropiaciones o garantizan una indemnización pronta y suficiente cuando éstas se efectúan;
 - c.3. reconocimiento a los inversionistas extranjeros a recurrir al arbitraje internacional para solucionar las diferencias en materia de inversiones.

¹¹ROSENTHAL, Gert, "La evolución de las ideas y las políticas para el desarrollo", en Revista de la Cepal 60, diciembre de 1996, pág. 14.

¹²CARTER, C.F., y WILLIAMS, B.R. "Invertir para innovar", traducido por Víctor Sánchez de Zabala, (Ediciones Rialp- Madrid- 1963), pág. 9.

¹³ibidem, págs. 48 y 49.

¹⁴VERA-VASSALLO, Alejandro C. *op. cit.*, pág. 133.

Sin embargo, se sostiene que las reformas jurídicas distan de ser suficientes. En numerosos casos, las leyes todavía permiten implícitamente la expropiación de bienes de inversionistas por razones arbitrarias¹⁵.

V. NUESTRA OPINIÓN

Compartimos la idea de que atraer inversiones es importante, en la medida en que no se lo haga indiscriminadamente, en la medida de que no se trate de capitales de corto plazo altamente especulativos, tendencia que se viene marcando en los países latinoamericanos. En consecuencia también afirmamos que será necesario el reconocimiento de la voluntad de la partes y de la libertad de mercado. Pero también creemos que es necesario recordar algo que usualmente se suele olvidar cuando se habla ligeramente desde el derecho de la economía o desde la economía que pretende dictar las normas jurídicas: si bien el mercado es uno de los pilares de la economía de mercado, no debemos olvidar que el intercambio está dentro suyo. Por otra parte, el intercambio, para ser tal, debe ser libre, voluntario y debe satisfacer a todas las partes involucradas. **Para la economía, el comercio voluntario es el que beneficia a las dos partes** ¹⁶.

Así que lo más importante no son los estatutos, regímenes o códigos nacionales en el tratamiento de la inversiones externas. Tales regímenes constituyen uno de los elementos del andamiaje institucional que debería cubrir desde el cribado de los recursos que ingresan del exterior, con criterio macroeconómico y de promoción de la inversión real, hasta la creación de un sistema racional eficiente de innovación. Este sistema debería integrar empresas, instituciones y normas en el marco de una política activa de transferencia aprendizaje y absorción tecnológica, a partir de las contribuciones potenciales de las empresas transnacionales y de las inversiones extranjeras que anticipe una mayor capacidad de innovación y desarrollo tecnológico endógeno¹⁷. "Es necesario fomentar de manera eficaz la inversión en la gente y de cautelar que el ingreso de fondos externos se dirija hacia inversiones productivas"¹⁸.

Alejarnos de posturas maniqueístas implica entender que deben promoverse las inversiones extranjeras, las que sean productivas; que defender la libertad de mercado no es no legislar o hacerlo en interés de los poderosos; que proteger el mercado es legislar para el intercambio voluntario que satisface a todas las partes involucradas; que proteger el mercado es legislar reglas claras; que la voluntad de las

¹⁵Conf BERGSMAN, Joel y SHEN, Xiaofang, *op. cit.*, pág. 7.

¹⁶HIRSHLEIFER, Jack, y GLAZER, Amihai, *op. cit.*, pág. 408.

¹⁷VERA- VASSALLO, Alejandro C., *op. cit.*, pág. 147.

¹⁸FFRENCH- DAVIS, Ricardo, "Políticas macroeconómicas para el crecimiento", en *Revista de la Cepal* 60, diciembre 1996, pág. 21.

partes es importante; pero también la legislación lo es, que el Estado tiene y debe ejercer su poder sin que ello signifique ser dirigista. Es recordar con Coase que la justicia influye directamente en la actividad económica; de allí la importancia de que las Cortes adviertan las consecuencias de sus sentencias. Es sostener que hacen falta jueces justos de quienes los justiciables puedan predecir razonablemente sus resoluciones.