

Francisco Cabrillo Rodríguez*

LA ECONOMÍA, EL ESTADO Y EL DERECHO

Una de las conclusiones más importantes del análisis económico del derecho es que el marco jurídico es un factor fundamental para el crecimiento económico en cualquier sociedad. Ante la existencia de fallos del mercado, los economistas han planteado, en muchos casos, soluciones para elevar el nivel del bienestar social basadas en la intervención del Estado mediante una regulación más estricta de determinados sectores, el monopolio público o el establecimiento de impuestos. Este enfoque es, a menudo, equivocado porque no valora en forma suficiente la capacidad de la sociedad para diseñar instituciones jurídicas que produzcan resultados eficientes.

Palabras clave: análisis económico del derecho, regulación, fallos de mercado, derechos de propiedad.
Clasificación JEL: D60, D62, K11, L51.

«Economic policy involves a choice among alternative social institutions, and these are created by the law or are dependent on it».

Ronald Coase

1. Introducción

El análisis económico del derecho ha modificado nuestra forma de entender numerosos problemas sociales, tanto desde el punto de vista del derecho como de la economía. En el primer caso, porque permite estudiar las normas jurídicas desde el punto de vista de la eficiencia e introducir criterios para el diseño de leyes e instituciones que van más allá de las consideraciones de equidad tradicionales entre los juristas. En

el segundo, porque ha puesto de manifiesto cómo determinadas instituciones, leyes y regulaciones tienen efectos —positivos o negativos— sobre la evolución de las economías y su desarrollo. Si el análisis económico del derecho se ha considerado como la aportación más importante a los estudios jurídicos en el Siglo XX, también ha tenido una influencia importante en la teoría económica, al poner de manifiesto que el marco institucional en el que se desenvuelven las actividades de producción y consumo no es un dato, sino una variable sobre la que se puede —y se debe— actuar para mejorar el funcionamiento del sistema económico.

Cuando en análisis económico del derecho se habla de normas o de marco legal se interpretan estos términos en un sentido muy amplio, que va, ciertamente, más allá de la legislación, para incluir regulaciones de todo tipo y resoluciones de los tribunales de justicia u órganos similares. Una ley eficiente puede, en efecto, no generar

* Catedrático de Economía de la Universidad Complutense

los efectos inicialmente pensados por el legislador si su aplicación es defectuosa. Por ello, este análisis debe aplicarse tanto a la actividad de los poderes legislativo y ejecutivo como a la de los tribunales de justicia.

La creación de normas por el legislativo y el ejecutivo ha sido estudiada tanto desde el punto de vista de la eficiencia de las leyes como desde la teoría de la elección pública, que ha puesto de manifiesto los condicionamientos en los que este proceso se desarrolla. Pero el análisis quedaría incompleto si no tomara también en consideración el papel que en el diseño del marco regulatorio desempeña la Administración de Justicia¹. Desde el análisis económico del derecho se estudia la Administración de Justicia como un mecanismo de asignación de recursos productivos en una sociedad. La idea básica es que una Administración de Justicia que no inspire confianza —como una legislación mal concebida— tendrá como resultado una asignación ineficiente de recursos, cuyas consecuencias serán un inadecuado funcionamiento del sistema económico y, en consecuencia, una reducción del bienestar de toda la población. El papel de los jueces como «reguladores» de la actividad económica ha cobrado gran importancia en años recientes; y no solo en los países cuyo sistema jurídico se basa en el *common law* —que atribuye a los jueces una función especialmente relevante en el desarrollo de un derecho que se construye en buena medida a partir de precedentes judiciales—, sino también en los países de derecho continental, en los que el «activismo judicial» ha convertido, en muchas ocasiones, a los jueces en protagonistas —no siempre afortunados— de la política económica².

¹ La mayor parte de la literatura sobre análisis económico de la Administración de Justicia se centra en el *common law* y, en especial, en el derecho norteamericano. Una de las escasas obras que enfocan el tema con carácter general y prestan mucha atención al derecho continental es la de CABRILLO y FITZPATRICK (2008).

² Para una visión crítica de la regulación mediante la litigación, puede consultarse VISCUSI (2004). Para un análisis, crítico también, del activismo judicial con algunas referencias a España, véase CABRILLO (2016).

Si aceptamos que el mecanismo de asignación de recursos más eficiente es el mercado, sería deseable que tanto los legisladores como los tribunales de justicia llegaran a resultados similares a los que se habrían alcanzado si hubiera sido posible aplicar los principios del libre contrato y la libre negociación entre las partes. No es esta, sin embargo, la visión que se obtiene a menudo cuando se analizan tanto las leyes como las resoluciones judiciales, ya que en todos los países es frecuente encontrar normas y sentencias que se orientan más bien a condicionar la acción de los agentes económicos en un sentido determinado, buscando, a menudo, efectos en la distribución de la renta y no solo en la asignación de recursos. El análisis económico del derecho no plantea que la eficiencia deba ser el único criterio a la hora de valorar la legislación, la regulación y la jurisprudencia; pero sí que aprobar normas o dictar sentencias sin atribuir la debida relevancia a este criterio puede producir efectos negativos en el desarrollo económico.

De hecho, uno de los debates más relevantes en relación con el denominado «nuevo» análisis económico del derecho —el desarrollado a partir de la década de los años sesenta— tuvo su origen en la tesis de Posner, de acuerdo con la cual los términos «eficiencia» y «maximización de la riqueza» pueden ser considerados como equivalentes; y, además, la maximización de la riqueza debe ser el principal criterio inspirador de la política legislativa y la regulación social (Posner, 1981). Las críticas dirigidas a esta idea se basaron, como era de esperar, en el argumento de que el objetivo del derecho es otro y que las normas jurídicas deben buscar más la justicia que la eficiencia. Pero a esta idea cabe responder, también en palabras de Posner, que una sociedad considera «justa» una determinada medida de política social o legislativa porque, en el proceso de evolución del marco institucional, se ha observado que es una medida eficiente. Por otra parte, hay que señalar que el concepto de eficiencia que se utiliza en el análisis económico del derecho no se basa en el criterio de Pareto, sino en

el de Kaldor-Hicks. En efecto, resulta muy difícil que una reforma legal o una medida regulatoria signifiquen mejoras en el sentido de Pareto, ya que siempre habrá alguien perjudicado por el cambio. Por eso, cuando se considera eficiente una nueva norma es porque existe una ganancia social neta, en el sentido de que los beneficiados por la nueva asignación podrían compensar a los perjudicados y seguirían en una situación mejor que la anterior³.

Aunque el interés de los economistas por el marco institucional sea tan antiguo como su propia disciplina, suele considerarse que el análisis económico del derecho tiene sus orígenes en la década de los años treinta, con un campo muy limitado, centrado inicialmente en el derecho de defensa de la competencia y algunas regulaciones que afectaban a la actividad empresarial. Pero sería en la década de los años sesenta cuando, a partir de los trabajos iniciales de Coase, Calabresi y Becker, se empezaría a aplicar el análisis económico a la mayor parte de los campos del derecho. La publicación en 1973 de la primera edición del libro de Richard Posner *Economic Analysis of Law* presentó, por primera vez, en la literatura, un tratamiento completo y sistemático de la nueva disciplina.

No es el objetivo de este artículo ofrecer una visión general de lo que significa hoy el análisis económico del derecho⁴ sino presentar algunas reflexiones sobre el papel que las leyes, la regulación y la jurisprudencia desempeñan en un sistema económico y en el diseño de cualquier medida de política económica. En los apartados segundo y tercero se analizan los dos principales paradigmas en los que se fundamenta la teoría económica para explicar el papel que el mercado y el Estado desempeñan en el diseño de modelos

que permiten mayor o menor autonomía a los agentes económicos y, por tanto, menor o mayor peso del sector público en la asignación de recursos; y se critica el hecho de que, con frecuencia, no se atribuya al diseño de normas jurídicas la importancia que realmente tiene como alternativa a políticas basadas en el control estatal de determinadas actividades. El cuarto y quinto apartados replantean la crítica de la teoría económica de los derechos de propiedad a la teoría dominante sobre fallos de mercado y se señala que el objetivo de aquella no es tanto la defensa, por principio, de soluciones privadas, como la idea de que la sociedad es capaz, en multitud de casos, de diseñar instituciones jurídicas alternativas. Concluye el artículo con un comentario sobre la aplicación a la teoría de la regulación del enfoque conductista del análisis económico del derecho, que plantea objeciones al postulado del comportamiento racional de los agentes económicos y abre vías para una mayor regulación de muchas actividades de producción y consumo a partir del principio del paternalismo liberal.

2. Intereses privados y óptimo social

La existencia de sistemas económicos con grados diversos de intervención del sector público tiene su fundamento en la aceptación de diferentes paradigmas explicativos de la actuación de los agentes económicos. De forma simplificada, cabe afirmar que son dos, básicamente, las formas de entender el funcionamiento de una economía. La primera tiene su fundamento en el paradigma de la mano invisible, de acuerdo con el cual los agentes económicos, cuando persiguen su propio interés, realizan actividades que benefician al conjunto de la comunidad. La segunda es la que se refleja en el paradigma del dilema del prisionero que explica cómo, establecidas unas determinadas condiciones, la búsqueda del interés individual lleva a resultados muy alejados del óptimo colectivo.

Desde la teoría de juegos se ha llegado a afirmar que «los modelos que tienen como su fundamento el dilema

³ Este es el sentido en el que se utilizan en este artículo los términos riqueza nacional o social, que son equivalentes a otros como producto social o renta nacional, que se han empleado en esta literatura económica a lo largo de la historia.

⁴ Entre las obras generales más destacadas sobre la materia, pueden mencionarse POSNER (1973, 1998) y SHAVELL (2004). Para un resumen de la situación y principales problemas del análisis económico del derecho en la actualidad, véase CABRILLO y ALBERT (2011).

del prisionero llevan a una refutación clara del postulado básico de la economía clásica, de acuerdo con el cual la búsqueda del interés propio en condiciones de libre competencia tiene como resultado un equilibrio óptimo desde el punto de vista de la colectividad»⁵. Es evidente que, si tal idea fuera cierta, habría que poner en cuestión no solo los fundamentos de la economía clásica, sino también los de la economía de mercado en general. Pero el argumento es incorrecto, porque interpreta de forma equivocada el mensaje de los economistas partidarios del sistema de mercado. Lo que estos han afirmado, desde Adam Smith hasta nuestros días, no es que la búsqueda del interés propio lleve a soluciones eficientes en todos los casos, sino que tal cosa se conseguirá si, y solo si, la sociedad ha desarrollado normas jurídicas e instituciones que establezcan unas adecuadas reglas de juego y que ofrezcan los incentivos adecuados a los agentes económicos. La economía clásica no supone en absoluto la no existencia de normas y reglas, ya que, por el contrario, defiende la idea de que las leyes y las reglas son muy importantes para el buen funcionamiento de toda economía; que la primera función del Estado es crear este marco jurídico de carácter general, sin entrar a resolver casos concretos favoreciendo a alguna de las partes implicadas; y que una reforma del derecho puede elevar el nivel de la riqueza global.

Un ejemplo conocido es el de la denominada fórmula de Hand en la regulación de la responsabilidad civil por culpa. La fórmula establece que quien causa un daño debe ser considerado responsable por negligencia si, y solo si, los costes de adoptar la precaución son menores que el producto de multiplicar el valor del daño por la probabilidad de que este se produzca. Lo que se plantea aquí no es que sea más o menos «justo» atribuir *a priori* el coste del daño causado a una u otra de las partes implicadas, sino que el valor de la

riqueza social crece si la adopción de medidas de precaución se rige por este criterio.

Es evidente, sin embargo, que no todas las normas son eficientes y que, en muchos casos, los mercados no funcionan bien. Y, si ya en *La riqueza de las naciones* se mencionaban numerosos ejemplos de lo que, en terminología moderna, podríamos denominar «fallos de mercado» (Stigler, 1971, 1982), numerosos trabajos han analizado, en las últimas décadas, multitud de supuestos en los que una reforma de la ley o la jurisprudencia elevarían el nivel de bienestar, no tanto por una mayor intervención del Estado como por una mejor formulación de las normas del derecho privado que permita a las partes negociar y llegar a resultados más eficientes.

Por otra parte, si para hacer crecer la riqueza nacional en un sistema de economía de mercado es preciso que se den determinadas condiciones —básicamente la existencia de leyes y tribunales eficientes—, para que se alcancen los resultados que predicen los modelos basados en el dilema del prisionero deben cumplirse también una serie de postulados. Si nos centramos en el modelo estándar de este juego, es fácil observar, en primer lugar, que se trata de definir en el modelo una estrategia para una sola jugada, en la que cuestiones como la reputación o la maximización a largo plazo del beneficio no tengan cabida. En segundo lugar, no hay posibilidad de que los prisioneros negocien entre sí un acuerdo que eleve el nivel de bienestar de ambos, y de que existan instrumentos adecuados que incentiven el cumplimiento de los acuerdos y que obliguen a la parte que los incumpla a pagar la compensación correspondiente. Y, por fin, no existen normas externas que creen los incentivos adecuados para comportamientos que contribuyan a elevar la riqueza global.

Desde este punto de vista, puede considerarse que el principal problema que tiene que plantearse el análisis económico del derecho y la nueva economía institucional es la manera en la que las normas crean incentivos para que los agentes económicos escapen

⁵ RAPOPORT (1987), p. 975. Esta idea goza de cierta popularidad y puede encontrarse también en obras introductorias a la teoría de los juegos.

de los resultados negativos de un dilema del prisionero. Y, si se modifican estas condiciones, en el sentido antes indicado, la sociedad será capaz de generar instituciones que resuelvan problemas que, durante mucho tiempo, se ha pensado que solo podían ser solucionados por una mayor intervención estatal.

3. Dos casos en los que la búsqueda del interés privado no maximiza la riqueza nacional: el papel del derecho

Tomemos como punto de partida situaciones en las que la búsqueda del interés privado por parte de los agentes económicos lleva a resultados subóptimos desde el punto de vista de la maximización de la riqueza. Y consideremos, como ejemplos ilustrativos, dos casos en los que la regulación legal intenta encontrar una solución eficiente a problemas que pueden plantearse en términos de un dilema del prisionero. Denominemos al primero el dilema del gerente y al segundo el dilema del acreedor. En el primer caso tenemos dos gerentes de dos empresas que compiten entre sí y que deben adoptar una decisión con respecto a elevar o no los precios de sus productos para incrementar sus beneficios, que se representan en la matriz de pagos del Cuadro 1. Es un caso muy simple, en el que cada jugador (A y B) puede optar por una estrategia de cooperación (mantener los precios altos y respetar las vigentes cuotas de mercado de cada empresa) o de no cooperación (bajar los precios para aumentar su cuota de mercado si el otro jugador no los reduce).

De estas cifras se deduce fácilmente que, para los dos gerentes, la solución óptima sería cooperar y que las dos empresas vendan su producto a precios altos. Pero el equilibrio de este juego está, sin embargo, en las estrategias «no cooperación-no cooperación», lo que tiene como resultado un menor beneficio para ambos. En efecto, si se trata de estrategias de una sola jugada y no puede existir un acuerdo con fuerza legal entre las dos empresas, no cooperar es la estrategia dominante.

CUADRO 1
LOS DILEMAS DEL GERENTE Y DEL ACREEDOR

	B - Cooperación	B - No cooperación
A - Cooperación	10,10	2,14
A - No cooperación	14,20	5,50

FUENTE: Elaboración propia.

En el caso del dilema del acreedor los jugadores son dos empresas que tienen créditos frente a una tercera empresa, y esta última en situación de quiebra; y son los únicos acreedores en el procedimiento, sin que existan créditos privilegiados. Supongamos que cada crédito tiene un valor de 25 unidades monetarias y el valor total del activo neto de la empresa quebrada es 20. En este caso la estrategia «cooperación» supone aceptar dividir en dos partes iguales los activos del deudor y que cada uno reciba 10 unidades monetarias. «No cooperación» implica acudir a los tribunales de forma separada para obtener el mayor porcentaje posible del crédito individual a costa del otro acreedor. El Cuadro 1 representa también este dilema. Si hay un acuerdo, se minimizan los costes de transacción; pero si no hay cooperación, los gastos del procedimiento reducen el valor neto de los activos de forma sustancial. De nuevo, en este caso, si no hay posibilidad de establecer algún tipo de acuerdo que ofrezca garantías a las dos partes y, considerando que se trata de estrategias de una sola jugada, el equilibrio estará en las estrategias «no cooperación-no cooperación» y los dos acreedores perderán la mitad de sus créditos.

Obsérvese que se trata de dos problemas muy similares, desde el punto de vista de las empresas implicadas. Pero, desde el punto de vista de la maximización de la riqueza social, que incluye los intereses de la totalidad de la población, los dos juegos son muy

diferentes. Y la regulación legal debe ser también, por tanto, diversa. En el dilema del gerente, cooperación significa mayores beneficios para las dos empresas; pero, al mismo tiempo, costes más elevados para el conjunto de la sociedad, debido a la subida de precios que experimentan los consumidores y a la pérdida neta que genera la desaparición de la competencia. Esta es la razón por la que existe un derecho de la competencia que, en la mayor parte de los sistemas legales, prohíbe que los gerentes sigan estrategias de cooperación de este tipo.

Muy diferentes serían los efectos de la cooperación entre los dos acreedores. En este caso los dos jugadores se beneficiarían de ella como sucedía en el supuesto anterior. Pero ahora la cooperación supondrá un incremento de la riqueza social al eliminarse gastos legales improductivos. Y esta es la razón por la cual la mayor parte de los sistemas legales prohíben, en los procedimientos de quiebras, las actuaciones separadas de los acreedores para cobrar sus deudas y les obligan a participar en un procedimiento de acción colectiva.

Son solo dos ejemplos que muestran cómo el derecho puede actuar para maximizar la riqueza nacional, incluso en casos en los que parece que el equilibrio en un dilema del prisionero desemboca necesariamente en una solución subóptima. Y esta forma de interpretar el papel del derecho en la regulación y en la política económica puede ampliarse a multitud de casos relevantes en la actividad económica.

En relación con los postulados del modelo estándar del dilema del prisionero, cabe observar que la solución basada en un acuerdo entre las partes ha sido estudiada y aplicada a diferentes aspectos de la teoría económica. No es difícil, en efecto, encontrar casos en los cuales el derecho puede reducir los costes de transacción y facilitar la consecución de acuerdos en la línea del modelo de corrección de externalidades de Coase; e incentivar el cumplimiento de tales acuerdos, al permitir que se exijan indemnizaciones compensatorias en caso contrario.

El abandono del segundo postulado —las estrategias de una sola jugada— facilita el cumplimiento de los acuerdos sin necesidad de tener que recurrir a los tribunales de justicia, ya que el propio mercado acaba premiando el cumplimiento de las obligaciones de forma sostenida (aunque la existencia de tribunales sea siempre una última solución a la que no se puede renunciar). Son bien conocidos los resultados de algunos experimentos que muestran cómo la estrategia del *tit-for-tat* o «toma y daca» se convierte en dominante, ya que la gente tiende a mantener una actitud colaborativa de cumplimiento de los acuerdos hasta que la otra parte decida no colaborar, momento en el que terminaría la relación entre los agentes económicos (Axelrod, 2006).

Y consideremos, por fin, el tercer postulado: la no existencia de algún tipo de norma que cree incentivos lo suficientemente potentes como para que los agentes económicos cambien su estrategia inicial. Supongamos, por ejemplo, que los dos prisioneros de nuestro caso estándar son miembros de la Mafia y saben que el coste de delatar al compañero puede ser para ellos extraordinariamente elevado. El equilibrio del juego vendrá dado entonces por las estrategias «cooperación-cooperación». Y la existencia de normas jurídicas específicas en el derecho de defensa de la competencia y en el derecho concursal crean tales incentivos con el objetivo de lograr, en un caso, la no existencia de acuerdos sobre precios y, en el otro, la acción colectiva para repartir los bienes del deudor en quiebra; buscando, en ambos casos, la maximización de la riqueza nacional.

4. Fallos de mercado y derechos de propiedad

En su famoso artículo «El problema del coste social», Coase (1960, 1998), que suele ser considerado como uno de los puntos de partida fundamentales del moderno análisis económico del derecho, afirmaba que el objetivo de su trabajo era el análisis de las actividades de las empresas que causan daños a otras

empresas. Y escribía: «El análisis económico de tales situaciones se ha realizado habitualmente en términos de una divergencia entre el producto privado y el producto social de una fábrica, en el que los economistas han seguido básicamente el tratamiento del tema presentado por Pigou en *La economía del bienestar*». Y tras referirse a las posibles soluciones del problema propuestas por Pigou, consistentes en hacer responsable del daño a quien lo causó, gravar con un impuesto a la empresa o desplazar la fábrica a otro lugar, concluía: «Pienso que estas posibles estrategias no son apropiadas en cuanto producen resultados que no son necesariamente —o incluso habitualmente— deseables»⁶. Y, más adelante, criticaba la teoría: en primer lugar, por su falta de claridad, que habría dado origen a una «tradición pigouviana», que se basaría en lo que los economistas obtenían de este análisis confuso y enseñaban a sus alumnos; pero, sobre todo, porque, en su opinión, tanto el análisis como las conclusiones de política económica que de él se derivan están equivocados⁷.

En el capítulo 9 de la segunda parte de *La economía del bienestar* (Pigou, 1920, 1938) se presenta, en efecto, la teoría sobre el incremento de bienestar social que puede conseguir la intervención del Estado cuando existen discrepancias entre el producto social y el privado. La divergencia puede surgir en cualquiera de los dos sentidos —producto social mayor que producto privado y viceversa— y se produce en aquellos supuestos en los que una persona o empresa A, en el proceso de ofrecer determinados servicios a otra persona o empresa B, genera efectos positivos o negativos a otras personas o empresas de las que no puede esperar un pago y a las que no va a indemnizar por los daños causados. En lenguaje más moderno, aquellas situaciones en las que existen externalidades⁸.

Afirmaba Pigou que es evidente que ciertas discrepancias entre el producto neto social y el privado podrían solucionarse modificando las relaciones contractuales entre las partes. Pero, en muchos casos, el Estado podría lograr tal objetivo creando estímulos y restricciones «extraordinarios» a determinadas actividades. Y la forma más obvia de hacerlo sería mediante subsidios e impuestos⁹. El impuesto al consumo de bebidas alcohólicas es presentado así como un ejemplo claro de la conveniencia de esta intervención, debido a los costes que al conjunto de la sociedad le supone tal consumo. El pago de un impuesto, calculado de forma adecuada, serviría en este caso para aproximar el producto social privado al público, ya que, en un mercado sin intervención, el primero sería claramente superior al segundo. Pero, lo que es más importante, en *La economía del bienestar* no se plantea este supuesto como un caso especial, sino que se afirma que tal principio es susceptible de aplicación general.

Pero hay que señalar que, casi desde el primer momento, estas ideas fueron puestas en cuestión por algunos economistas. Una de las primeras críticas que recibió el análisis de Pigou sobre el uso de impuestos para elevar el nivel de bienestar social fue formulada por Frank Knight en 1924. Su punto de partida fue uno de los casos estudiados en la edición de 1920 del libro. Al analizar los posibles efectos de los impuestos diferenciales —es decir, aquellos que gravan de manera diversa distintos tipos de consumo o actividad económica— Pigou criticó la opinión «ampliamente extendida» de acuerdo con la cual tales impuestos son, necesariamente, inconvenientes y hacen que la gente acabe obteniendo lo que busca de una forma más costosa, en lugar de hacerlo de la forma más eficiente. Y, para mostrar el sentido de su argumento, utilizó el siguiente ejemplo. Supongamos que, para hacer el trayecto entre A y D existen dos carreteras, una

⁶ COASE (1988), pp. 95-96.

⁷ COASE (1988), p. 149.

⁸ Conviene señalar que Pigou nunca usó la palabra «externalidad». Parece que el primero que la incorporó a la literatura económica fue Paul Samuelson. Ver COASE (1988), p. 23.

⁹ Pigou apuntaba también la idea de que, junto a los impuestos y los subsidios, el Estado podría, en determinados casos, controlar de forma directa y autoritaria la actividad.

que pasa por *B* y otra que pasa por *C*. Sin intervención pública, el tráfico se distribuiría entre ambas de una forma tal que el coste de llevar un coche por una o por otra fuera el mismo. Pero, en determinadas circunstancias, desviando algunos vehículos que van por la carretera *B* a la carretera *C*, es posible reducir, de manera significativa, los costes de circular por *B* y, al mismo tiempo, elevar solo de forma ligera los costes de circular por *C*. En tales supuestos, un «impuesto diferencial bien escogido» que gravara a los vehículos que circularan por *B* permitiría una situación superior a la del tráfico libre o «natural»¹⁰.

Cuatro años más tarde, F. Knight publicó un artículo titulado «Algunos sofismas en la interpretación del coste social» (Knight, 1924), en el que defendió la idea de que el principal argumento de *La economía del bienestar* «está viciado»; y desmontó de forma contundente el caso de las dos carreteras. Para ello presentó de forma más clara el ejemplo de Pigou suponiendo que la carretera *B* es una carretera buena, pero estrecha; mientras la *C* es más ancha y capaz de absorber todo el tráfico, pero está mal pavimentada. En condiciones de libre circulación —coincidía con Pigou— los camiones se desplazarán de una a otra haciendo que, en equilibrio, el coste por unidad de transporte sea el mismo en las dos carreteras. Y aceptaba también la idea de que, en estas condiciones, el impuesto elevaría el nivel de bienestar. Pero mostró, a continuación, que el argumento de Pigou tenía un punto débil: la única solución eficiente no es que el Estado establezca un impuesto. Y añadió que, si las carreteras fueran objeto de propiedad y explotación privada, el comportamiento económico habitual llevaría a la misma asignación que se lograría con el impuesto propuesto por Pigou. Lo más interesante de este artículo es, sin duda, que mostró la insuficiencia del análisis realizado en *La economía del bienestar* con respecto a posibles marcos legales en la provisión de bienes y servicios, y abrió el camino para un análisis basado

en lo que Coase llamaría la elección entre «diferentes acuerdos sociales para la solución de los problemas económicos»¹¹. Parece que Pigou reconoció, de forma implícita, que Knight tenía razón. Nunca lo dijo abiertamente, pero el ejemplo de las dos carreteras no fue ya incluido en las posteriores ediciones del libro.

Sin embargo, el ataque más sólido y completo a la teoría de Pigou sobre los desajustes entre el producto privado y el producto social fue, sin duda, el realizado por Ronald Coase. Una de las ideas fundamentales de «El problema del coste social» es que Pigou planteó de forma errónea el problema de la divergencia entre el producto privado y el producto social porque no fue capaz de captar que en las externalidades se plantean problemas de carácter bilateral, en los que el coste puede ser asumido tanto por una parte como por la otra; y la cuestión principal es determinar cuál de los dos es capaz de emplear de manera más eficiente el recurso productivo, lo cual el mercado puede hacer de manera eficiente si se cumplen determinadas condiciones. En uno de sus ejemplos más conocidos —el caso *Sturges vs. Bridgman*, en el que un pastelero genera, con su maquinaria, ruidos que impiden a un médico pasar consulta en una habitación de su casa contigua— concluía que lo relevante no es decidir si el médico tiene derecho al silencio en su consulta o si el pastelero tiene derecho a utilizar sus máquinas, sino determinar cuál es el uso más eficiente del inmueble. Y, si el mercado funciona, se alcanzará una solución de equilibrio independientemente de la asignación inicial del derecho, ya que este será utilizado por el agente que lo valorara en mayor grado¹². Este análisis tiene una relevancia indudable para la economía del bienestar, ya que el uso más eficiente de un recurso implica siempre un crecimiento de la renta nacional, porque el coste de oportunidad de quien no lo utiliza es menor que el beneficio que obtiene quien lo hace. Por tanto, el argumento de Pigou de que, cuando existe un

¹⁰ PIGOU (1920, 1938), p. 194.

¹¹ COASE (1988), p. 154.

¹² COASE (1988), pp. 105-107

desajuste ente el producto privado y el social, la intervención del Estado es necesaria para elevar la renta nacional, queda en entredicho.

El debate sobre las externalidades y, en especial, sobre los denominados impuestos pigouvianos, no ha quedado zanjado con el paso del tiempo; y no hay un acuerdo general entre los economistas sobre el tema. Pero, al menos, dos ideas gozan de una cierta aceptación. La primera que, sin negar la posibilidad de que una determinada intervención pública pueda elevar la riqueza nacional, hay fórmulas alternativas para conseguir este objetivo si existen estructuras de mercado eficientes, que a su vez requieren el diseño de un marco jurídico adecuado. La segunda, que tales medidas de intervención pública —los impuestos, entre ellas— son muy difíciles de aplicar con una mínima garantía de eficiencia, lo que las hace de dudosa utilidad en el mundo real (Baumol, 1972). Es cierto, sin duda, que la existencia de costes de transacción elevados puede hacer, en la práctica, imposible la existencia de acuerdos contractuales que internalicen una determinada externalidad. Pero sería un error argumentar, *a priori*, que las mayores dificultades de aplicación práctica están en el lado del modelo de los derechos de propiedad.

5. Derechos de propiedad y gestión pública: el faro como ejemplo

Los economistas, a lo largo de la historia, han aceptado de forma generalizada determinados principios, que no han sido objeto de análisis detallado hasta que alguien los ha puesto en cuestión. Paradigma de tales casos es, sin duda, la idea de que los faros de costa tienen la naturaleza de bienes públicos y no pueden ser provistos, por tanto, por la iniciativa privada. En su artículo «El faro en la teoría económica», Coase (1974, 1988) mostró cómo, en contra de la creencia de numerosos economistas, un faro puede ser construido, financiado y administrado por una empresa privada. Y, para ello, utilizó la historia del Reino Unido de

los últimos siglos, que indica que numerosos faros fueron construidos, en su día, por iniciativa privada, limitándose el papel del Gobierno a establecer un marco de derechos de propiedad y a velar porque los barcos pagaran en los puertos los derechos correspondientes. El artículo supone una crítica a la idea, ampliamente aceptada por la literatura económica desde J. S. Mill a Samuelson, pasando por Sidgwick y Pigou. Argumentaba Coase que quienes habían considerado el faro como un ejemplo indiscutible de bien público habían interpretado mal los hechos y obtenido de ellos conclusiones equivocadas, sin pararse a observar la realidad y analizar los diferentes marcos institucionales en los que se puede realizar la provisión de un determinado servicio. Los debates que surgieron, años más tarde, en torno a este trabajo pueden servir no solo para ilustrar el objetivo de la obra de Coase, sino también para aplicar a un caso concreto su modelo de creación social de instituciones legales para resolver problemas económicos.

La mayor parte de las críticas que se han dirigido a este artículo han ido dirigidas a la tesis en él planteada de que los faros funcionaban de acuerdo con los principios de la economía del sector privado. Los faros británicos fueron, en efecto, construidos y financiados por empresas privadas; pero (se apunta) los promotores tenían que obtener previamente una autorización del Estado, que supervisaba sus operaciones; y era el sector público el que realmente permitía el cobro de sus derechos a las empresas que los gestionaban. Van Zandt (1993) y Bertrand (2006), por ejemplo, han insistido en esta idea para concluir que, en su opinión, lo que la evidencia aportada por Coase realmente demuestra es que la gestión privada de los faros es imposible. Block y Barnett (2008), por su parte, aceptan la mayor parte de estas críticas con respecto a lo que se puede denominar o no «gestión privada» pero consideran que, con un diseño técnico e institucional adecuado nada impide, en principio, que los faros puedan ser plenamente privados.

Creo que plantear el debate de esta forma nos llevaría necesariamente a polemizar sobre los límites

precisos que existen entre la actividad pública y la actividad privada, lo que plantearía no pocos problemas. Pero lo más importante es que tal discusión se apartaría de la idea fundamental de Coase, que nunca planteó su artículo como una defensa de la privatización de los faros con el argumento de que, ya en su día, fueron privados. La tesis principal de su trabajo es, en cambio, que el monopolio estatal no es la única fórmula eficiente para proveer tal servicio y que caben acuerdos institucionales de otro tipo; algunos de los cuales conocemos, mientras que otros surgirán en el futuro en función de la aparición de cambios tecnológicos o nuevas instituciones legales. Es decir, que lo que él denominaba la corriente dominante en el análisis económico, basada en la «tradición pigouviana», excluye soluciones que pueden ser más eficientes que el monopolio estatal o los impuestos para corregir desajustes entre el producto privado y el producto social.

Ya en el artículo original, y previendo seguramente las críticas antes apuntadas de que el modelo vigente en Gran Bretaña no era, en realidad, un modelo de mercado, Coase había señalado que el hecho de que el poder del Estado garantizara que los usuarios pagaran sus tarifas a los propietarios de los faros respondía al modelo general, en el que quien posee determinados derechos puede pedir al sector público que garantice la obtención de los ingresos que le corresponden: «El papel del Estado se limitaba al establecimiento de derechos de propiedad en relación con los faros y a garantizar el ejercicio de tales derechos... El problema de garantizar tales derechos no era diferente de aquel que se planteaba a otros empresarios que suministraban bienes y servicios al armador»¹³. Y, en sus reflexiones posteriores sobre el tema, insistía en que lo que él había señalado no era que el modelo de faros privados fuera el único posible, sino que, dado el marco económico e institucional de la Gran Bretaña de la época, la gestión privada respondía mejor a las necesidades del sector que un monopolio público

financiado mediante impuestos¹⁴. Es decir, un modelo alternativo al control pleno del Estado fue posible entonces; y puede serlo en muchos casos, en el presente y en el futuro, en situaciones en las que la sociedad sea capaz de crear los mecanismos legales adecuados para ello.

6. Regulación y racionalidad

¿Somos racionales los seres humanos? Y, si no lo somos al cien por cien, ¿debe el regulador «orientar» nuestra actividad para elevar la riqueza nacional? Esta pregunta no tiene una respuesta simple y hay desacuerdo entre los economistas con respecto a ella. Tales divergencias de opinión tienen, además, una larga historia, ya que los ataques al denominado *homo economicus*, que toma sus decisiones con coherencia e información perfectas, son muy antiguos. Y, aunque los economistas nunca han defendido en la realidad tal figura, este hombre de paja perfectamente frío y racional se ha utilizado muchas veces para criticar algunos de los principios básicos de la teoría económica. En nuestros días, la denominada economía «conductista» (*behavioral economics*) ha pasado a desempeñar un papel muy relevante en esta disputa. Y la concesión del premio Nobel a Richard Thaler ha contribuido a transmitir a la opinión pública una visión crítica de la racionalidad de numerosas decisiones en el campo de la economía.

Son conocidos los debates sobre la eficiencia de los mercados financieros que, durante mucho tiempo, ha mantenido Thaler con su colega de Chicago, Eugene Fama, y los partidarios de la hipótesis de los mercados eficientes. Pero su visión, que pone en cuestión en muchos casos la actuación racional de las personas y las empresas, se ha extendido al análisis económico del derecho y a la teoría de la regulación. No es ocioso mencionar a este respecto que Cass Sunstein, uno de los principales defensores de este enfoque, y

¹³ COASE (1974, 1988), p. 212.

¹⁴ COASE (1988), p. 30.

coautor con Thaler de algunas obras relevantes en este campo, fue entre 2009 y 2012 el director de la Office of Information and Regulatory Affairs del presidente Obama, puesto desde el que trató de replantear el enfoque de la regulación que tuvo su origen en el Gobierno federal en aquellos años. En el libro más conocido de Thaler y Sunstein (2008) se analizan numerosos casos de situaciones en las que la gente parece no actuar de forma coherente y obtener resultados que no solo no favorecen el desarrollo de la riqueza nacional, sino tampoco su interés particular. Y algunos de ellos están relacionados directamente con las políticas de regulación del sector público. La idea es que, si la gente no es plenamente racional, un Gobierno puede elevar el nivel de bienestar dando «impulsos» (*nudges*) a ciertas formas de comportamiento, y haciendo lo contrario con las conductas que se consideraran perjudiciales para los propios interesados, que optarían por ellas si el Estado no los orientara en la dirección correcta.

Pero tales ideas plantean, al menos, dos problemas. El primero, que son claramente paternalistas; el segundo, que tienen poco de novedosas. Ya en su día Pigou afirmó que la gente, cuando se le permite adoptar sus propias decisiones, se equivoca con mucha frecuencia, en especial en lo que se refiere a la forma de emplear sus recursos; y no solo en temas de ahorros e inversiones, sino también en lo que se refiere a sus gastos de consumo¹⁵. El siguiente paso era claro: como los Gobiernos disponen de gente bien formada y dedicada a mejorar el funcionamiento de la sociedad, nuestro bienestar aumentará si el Estado adopta determinadas decisiones en nuestro nombre e interés. Sunstein y Thaler han acuñado un término nuevo, «paternalismo liberal», para designar la política con la que pretenden conseguir este propósito sin violentar la voluntad de la gente. El paternalismo, en sus propias palabras, intenta ayudar a la gente a que consiga sus propios objetivos. Y su propuesta debe ser, en su

opinión, considerada liberal porque no obliga a nadie a hacer lo que no quiera. Un caso típico sería el cambio de una regulación, basada en una regla *opting in*, por otra basada en una regla *opting out*. De acuerdo con la primera, cualquier persona puede, por ejemplo, donar sus órganos para trasplantes cuando se produzca su fallecimiento; pero solo le serán extraídos si expresamente ha manifestado en vida tal deseo. La otra opción, en cambio, establece que los órganos de cualquier persona fallecida podrán ser, en principio, utilizados para trasplantes; si bien es posible oponerse a la norma manifestando previamente el deseo de que no se haga tal cosa. En principio, a nadie se obliga a aceptar o no el trasplante de sus órganos tras su fallecimiento, pero no cabe duda de que el número de órganos disponibles sería mayor si estuviera en vigor la segunda regla.

Estos «impulsos», por tanto, orientan, pero no determinan el comportamiento de la gente. Y en este ejemplo parece que el resultado que se obtiene es bueno. Pero si se generaliza el modelo, nos encontramos con el problema de que hay alguien que nos está señalando el camino a seguir. Y no tenemos por qué creer que ese alguien, además de bienintencionado, sea más inteligente que nosotros y tenga mejor información sobre nuestras preferencias y opciones que nosotros mismos. Al final, nos encontramos aquí con otra idea de Pigou, que ha sido muy criticada, y con razón: su sorprendente fe en la capacidad técnica de los reguladores y en su total independencia frente a los grupos de interés¹⁶.

El Estado moderno desempeña, sin duda, funciones muy importantes en la creación y aplicación del marco jurídico en el que se realizan las actividades económicas. Pero determinar el grado en el que debe incentivar la toma de decisiones específicas por parte de las empresas y los consumidores plantea muchos problemas. La existencia de unas normas básicas de carácter general eleva, sin duda, la eficiencia de la

¹⁵ PIGOU (1920, 1938), p. 754.

¹⁶ COASE (1988), p. 22.

economía en la mayoría de los casos. Pero mientras que la función de beneficios marginales de la regulación es decreciente, los costes marginales de la regulación son crecientes. Y tanto el legislador como el juez deben tener presente que, en un punto determinado, los últimos pueden situarse por encima de los primeros. Y un mayor nivel de regulación tendría como efecto, por tanto, una reducción de la riqueza nacional.

Referencias bibliográficas

- [1] AXELROD, R. (2006). *The Evolution of Cooperation* (revised edition). Basic Books.
- [2] BAUMOL, W. (1972). «On Taxation and the Control of Externalities». *American Economic Review* 1972, vol. 62, nº 3, pp. 307-322.
- [3] BERTRAND, E. (2006). «The Coasean Analysis of Lighthouse Financing: Myths and Realities». *Cambridge Journal of Economics*, vol. 30, nº 3, pp. 389-402.
- [4] BLOCK, W. y BARNETT II, W. (2009). «Coase and Bertrand on Lighthouses». *Public Choice*, vol. 140, pp. 1-13.
- [5] CABRILLO, F. (2016). «La política económica de los jueces». *Revista de Economía Industrial*, nº 39, pp. 79-87.
- [6] CABRILLO, F. y ALBERT, R. (2011). «El análisis económico del derecho en la encrucijada». *Ekonomiaz*, vol. 77, 2º cuatrimestre, pp. 200-221.
- [7] CABRILLO, F. y FITZPATRICK, S. (2008). *The Economics of Courts and Litigation*. Cheltenham: Edward Elgar.
- [8] COASE, R. H. (1960). «The Problem of Social Cost». *Journal of Law and Economics*, vol. 3, pp. 1-44. Chicago: University of Chicago Press. Reimpreso en 1988, pp. 95-156.
- [9] COASE, R. H. (1974). «The Lighthouse in Economics». *Journal of Law and Economics*, vol. 17, nº 2, pp. 357-376. Chicago: University of Chicago Press. Reimpreso en 1988, pp. 187-213.
- [10] COASE, R. H. (1988). *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press.
- [11] KNIGHT, F. H. (1924). «Some Fallacies in the Interpretation of Social Cost». *Quarterly Journal of Economics*, vol. 38, pp. 582-606.
- [12] PIGOU, A.C. (1920,1938). *The Economics of Welfare*. London: Macmillan.
- [13] POSNER, R.A. (1973,1998). *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen.
- [14] POSNER, R.A. (1981). *The Economics of Justice*. Harvard University Press.
- [15] RAPOPORT, A. (1987). «Prisoner's Dilemma». *The New Palgrave*, vol. 3, pp. 973-976.
- [16] SHAVELL, S. (2004). *Foundations of Economic Analysis of Law*. Harvard: University Press.
- [17] STIGLER, G.J. (1971,1982). «Smith's Travels on the Ship of the State». En *The Economist as a Preacher and Other Essays*. Chicago: The University of Chicago Press.
- [18] THALER, R. y SUNSTEIN, C. (2008). *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*. Yale University Press.
- [19] VAN ZANDT, D.E. (1993). «The Lessons of the Lighthouse: 'Government' or 'Private' Provision of Goods». *Journal of Legal Studies*, vol. 22, nº 1, pp. 47-72.
- [20] VISCUSI, K. (2004). *Regulation through Litigation*. Washington: Brookings Institution.