

Capital institucional, sistema de propiedad y desarrollo económico

Sergio Salinas Rivas

Abogado. Master en derecho, Yale University. Master en economía, Universidad del Pacífico. Profesor de economía y derecho mercantil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCION.

Uno de los pilares de una economía de mercado es, sin duda, la existencia y plena vigencia de los derechos de propiedad privada. Su preservación y protección ha sido muchas veces mencionado como una de las tareas más importantes del Estado⁽¹⁾. Pero ¿qué rol económico cumplen exactamente los derechos de propiedad? ¿cómo puede evaluarse o predecirse el impacto económico que puede generar la adopción de un determinado régimen de propiedad en cualquier área de la actividad social, llámese vivienda, pesca o agricultura? El análisis previo de las consecuencias de una determinada legislación es indispensable para el diseño y ejecución de la misma y, de hecho, podría ahorrar a los ciudadanos importantes costos derivados de decisiones inconvenientes.

Por otra parte, el énfasis en la propiedad privada parece encerrar, de alguna manera, la creencia de que ésta es siempre preferible a la propiedad pública. Sin embargo, en todas las sociedades del mundo coexisten regímenes de propiedad privada con regímenes de propiedad pública. ¿En qué casos, entonces, es económicamente justificable la existencia de propiedad pública? De hecho, un sistema de propiedad pública produce normalmente consecuencias económicas muy distintas a las generadas por un sistema de propiedad privada. La consistencia económica de la política legal sobre derechos de propiedad en los distintos sectores económicos es fundamental para lograr un desarrollo

ordenado de la actividad económica, pero exige de los legisladores un conocimiento profundo de lo que está en juego al momento de dictar las leyes.

El objetivo del presente artículo es exponer, de manera clara, didáctica y sin excesivos tecnicismos, las principales ideas y conceptos económicos que un estudiante de derecho debe saber sobre derechos de propiedad y su función en el desarrollo económico de una sociedad organizada en base a la promoción de la libertad individual y el intercambio como mecanismo para lograr el mayor bienestar posible para los ciudadanos. Para ello se ha utilizado un enfoque multidisciplinario que recoge, predominantemente, los desarrollos recientes de las teorías neoinstitucionalistas y la teoría clásica de los derechos de propiedad, pero también los principios fundamentales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

En la segunda sección del presente artículo, se hace una presentación general del enfoque neoinstitucional del desarrollo económico dentro del cual se alinea nuestro análisis sobre el sistema de propiedad; en la tercera sección, se describen los atributos y las funciones económicas que cumple un sistema de propiedad en una economía de mercado; en la cuarta sección se expone, de manera sucinta, la teoría dinámica del sistema de propiedad, guardando consistencia con la necesidad de mantener reglas claras y permanentes; en la quinta sección se realiza un análisis comparativo entre el sistema de propiedad privada y el sistema de propiedad pública, esbozando una racionalidad eco-

(1) Ver por ejemplo: DEBATE, setiembre, 1993.

nómica que permite explicar la presencia del Estado y la existencia de regímenes de propiedad pública para ciertos bienes; en la sexta sección se ensaya un análisis económico de la expropiación y sus principales características, a partir de un análisis de costos de transacción; y en la última sección se presenta una reflexión final que pretende recoger una percepción del rol de las leyes y del Derecho en general en el desarrollo económico de las sociedades.

2. EL ENFOQUE NEOINSTITUCIONAL DEL DESARROLLO ECONÓMICO.

El equilibrio neoclásico supone que los recursos sociales fluyen hacia sus usos de mayor valor casi mágicamente⁽²⁾, a través del intercambio voluntario entre los individuos que integran una sociedad. El propio interés individual de cada uno los induce a entrar en sucesivas transacciones que permiten, finalmente, que los recursos sean asignados a aquellas actividades en las cuales pueden generar un mayor valor para la sociedad: el mercado opera casi como una «mano invisible» para lograr una asignación óptima de recursos⁽³⁾, generando el máximo bienestar posible⁽⁴⁾, dada la cantidad de recursos con que cuenta una sociedad. Más aún, hasta hace no muchos años la teoría económica predominante, de inspiración neoclásica, predecía que en el largo plazo las tasas de crecimiento de los países tendería a converger, siempre y cuando existiera plena movilidad de factores y libertad de contratación (libre comercio internacional)⁽⁵⁾. La argumentación detrás de dicha predicción era, en términos generales, relativamente sencilla y, por ello mismo, tremendamente sugestiva: el sector industrial en países desarrollados es usualmente intensivo en capital, contrariamente a lo que ocurre en países con menor grado de industrialización, cuya industria es usualmente intensiva en mano de obra. Una aplicación directa de la ley de rendimientos decrecientes⁽⁶⁾ sugiere que la productividad marginal del capital es menor en los países desarrollados que en los países en desarrollo, lo que implica que las tasas de retorno de la inversión

son mayores en los últimos que en los primeros. La expectativa de mayores ganancias incentiva a los propietarios del capital a invertir en los países en desarrollo. La expansión económica derivada del mayor flujo de capital hacia estos países elimina gradualmente las diferencias relativas en el grado de desarrollo de las naciones⁽⁷⁾.

La recomendación de política de desarrollo derivada del enfoque neoclásico es, fundamentalmente, dejar al mercado que se desenvuelva solo: la libertad de contratación y la plena movilidad de factores (capital y trabajo) son suficientes para conducir a la maximización del bienestar de la población. El rol del Estado en esta tesis es claramente pasiva: el Estado sólo debe limitarse a asegurar la existencia de un mercado libre, sin restricciones ni distorsiones que afecten su normal funcionamiento.

No obstante, como demuestran diversos estudios estadísticos, esta convergencia en el grado de desarrollo de las naciones no parece haber sucedido. Por el contrario, la disparidad en el nivel de desarrollo relativo de las naciones parece aumentar en lugar de reducirse. Por ejemplo, de acuerdo al Reporte Anual para 1992 publicado por el Banco Mundial⁽⁸⁾, el ingreso *per cápita* promedio anual para 40 países de bajos ingresos seleccionados al azar fue, en 1992, de 390 dólares; para los países desarrollados este promedio fue, en el mismo año, de 22,160 dólares. La expectativa de vida en la mayor parte de países de bajos ingresos es de 40 años, aproximadamente; en los países de altos ingresos, la expectativa de vida es de 77 años. Más dramático aún, la tasa de mortalidad infantil en países de bajos ingresos, excluidos China e India, era en 1992, de 91 niños por cada mil, comparado con 7 de cada mil en países desarrollados. Claramente, la realidad es inconsistente con las predicciones neoclásicas. Algo más debe estar pasando. ¿Qué es, en realidad, lo que hace a un país pobre o rico? ¿cómo se explican las diferencias relativas entre países aparentemente con la misma riqueza natural, como Argentina y Singapur? ¿cuáles son los elementos centrales de una política de desarrollo efectiva y consistente?

(2) SMITH, Adam. La Riqueza de las Naciones México: Fondo de Cultura Económica, 1962.

(3) Cfr. VARIAN, Hal. Microeconomic Analysis. 3a.ed., 1992.

(4) Asumiendo una función de bienestar social paretiana: $BS = \sum B_i$, donde i es cualquier individuo integrante de la sociedad.

(5) Cfr. FERNANDEZ-BACA, Jorge. Teorías sobre el crecimiento Económico. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1995.

(6) Cfr. KAFKA, Folke. Teoría Económica. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1990.

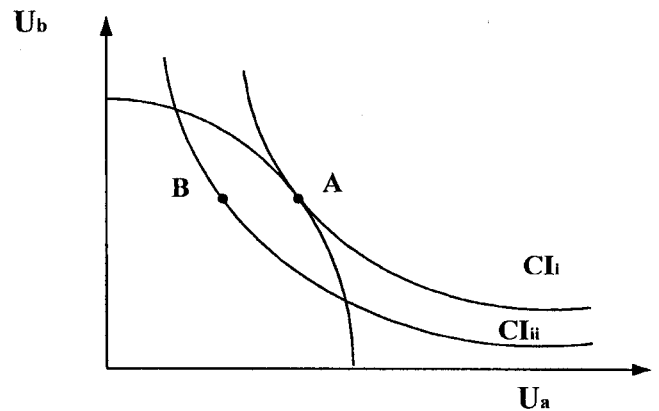
(7) Esta teoría se conoce como teoría de la convergencia. Para un mayor detalle, cfr. FERNANDEZ-BACA, Jorge. Op.cit.

(8) BANCO MUNDIAL. Reporte Anual, 1992.

North⁽⁹⁾ sugiere que la respuesta está en la calidad del sistema institucional de cada sociedad. **La capacidad del sistema institucional existente en una sociedad dada para propiciar el aprovechamiento pleno de los recursos sociales a través del intercambio voluntario mutuamente beneficioso es lo que, en última instancia, explica la performance relativa de las naciones.** Sociedades cuyos arreglos institucionales favorecen la formación de burocracias estatales inútiles y el desarrollo de actividades mercantilistas (*lobbies*) generan desconfianza, estancamiento y atraso⁽¹⁰⁾; por el contrario, aquellas que promueven la libre contratación y la iniciativa privada en todas las esferas de la vida social (política, económica e, incluso, familiar) permiten un mayor flujo de recursos en la economía y un mayor grado de desarrollo social.

El enfoque neoinstitucionalista, a diferencia del enfoque neoclásico, no presume que el libre mercado garantiza una asignación eficiente de recursos. En realidad, el equilibrio neoclásico implícitamente reconoce que los costos de hacer funcionar el mercado son nulos⁽¹¹⁾; cualquiera sea el arreglo institucional que la sociedad construya, el libre mercado, a través de sucesivas transacciones, siempre va a permitir una eficiente asignación de recursos⁽¹²⁾ porque los agentes privados, motivados por su afán de maximizar su utilidad, van a aprovechar cualquier oportunidad de obtener ganancias mutuas hasta que los recursos estén finalmente en posesión de quienes pueden extraer de ellos la mayor riqueza posible⁽¹³⁾ y, por ende, no haya ninguna posibilidad de realizar una transacción eficiente adicional. **Si los costos de transacción son nulos, el sistema institucional no tiene efecto alguno y el equilibrio neoclásico se ubica sobre la frontera de posibilidades de utilidad de la sociedad y, por lo tanto, es consistente con el aprovechamiento máximo de los recursos sociales.** Pero, en el mundo real los costos de transacción son positivos, situación en la cual no existe razón alguna para presumir *a priori* la eficiencia paretiana: si los costos de transacción son mayores a los beneficios derivados para las partes de una transacción, ésta simplemente no se lleva a cabo, a pesar de ser socialmente

beneficiosa⁽¹⁴⁾. La existencia de costos de transacción positivos implica que algunas transacciones eficientes no se realizan, a pesar de existir libertad de contratación y plena movilidad de recursos; por lo tanto, el equilibrio neoclásico no alcanza la frontera de posibilidades de utilidad sociales. **En realidad, la eficiencia neoclásica no implica el aprovechamiento máximo de los recursos, sino dados los costos de transacción existentes en la economía.**



El gráfico 1 puede ilustrar el concepto. El equilibrio de competencia perfecta (costos de transacción=0) se ubica sobre la frontera de posibilidades de utilidad - en un punto como A, por ejemplo- alcanzando la curva de indiferencia social más alta posible (C_{Ii}), dada la cantidad de recursos disponible. El equilibrio neoinstitucionalista sugerido por North se ubica por debajo de la frontera -en un punto como B, por ejemplo- alcanzando una curva de indiferencia social más baja (C_{Iii}), lo que implica el desaprovechamiento de oportunidades de intercambio beneficioso, debido a la existencia de costos de transacción positivos.

¿Implica este análisis una contradicción con la tesis neoclásica? No realmente. En esencia, el enfoque neoinstitucionalista es más bien complementario: el rol fundamental del mercado como mecanismo de asignación de los recursos escasos de una sociedad entre fines alternativos no es negado. **Lo que el enfoque neoinstitucionalista sostiene, en última instancia, es**

(9) NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Political Economy of Institutions and Decisions Series. Cambridge University Press, 1990.

(10) Esto no significa que toda intervención gubernamental sea necesariamente perjudicial, sino que cuando ella no obedece a criterios técnicos claramente definidos puede dar lugar a resultados peores a los que supuestamente se pretende corregir.

(11) Uno de los supuestos fundamentales del equilibrio competitivo es que existe plena información de los agentes, lo que por supuesto es incorrecto.

(12) Cfr. COASE, Ronald. El Problema del Costo Social. En: *Journal of Law and Economics*, octubre, 1960.

(13) La optimalidad privada neoclásica coincide con la optimalidad social paretiana en la medida que no existe ninguna posibilidad de intercambio que mejore a algún individuo más de lo que perjudique a otro.

(14) Cfr. COASE, Ronald. Op.cit.

que los mercados son imperfectos (y, por lo tanto, los costos de transacción son positivos) y pueden conducir a resultados permanentemente sub-óptimos. La existencia de factores que afecten o impidan el correcto desarrollo del proceso de intercambio voluntario en el mercado entre los agentes, tales como deficiencias informacionales, comportamiento oportunista, efectos ataduras, externalidades, costos de agencia, etc. (las fallas del mercado⁽¹⁵⁾), pueden hacer muy difícil, e incluso pernicioso, el funcionamiento del mercado.

“ La definición de los derechos de propiedad es lo que finalmente hace posible que los individuos optimicen la inversión en la conservación y explotación de un bien, pues permite concentrar en un solo individuo los beneficios y costos derivados de dicha inversión ”

El rol del Estado en el enfoque neoinstitucionalista es más activo y, principalmente⁽¹⁶⁾, regulador: **el Estado debe regular los mercados para corregir sus imperfecciones⁽¹⁷⁾**. La intervención estatal es técnicamente justificada cuando está orientada a reducir o eliminar las deficiencias que puedan existir en los distintos mercados: la regla de intervención debe ser identificar la falla del mercado y luego diseñar la política regulatoria costo-efectiva más adecuada para reducir-

la. El objetivo es intervenir a favor del mercado y no en contra. Bajo este enfoque, **una política de desarrollo coherente consiste en mejorar permanentemente la eficacia con la que el sistema institucional de cada sociedad permite reducir los costos de transacción, y su adaptabilidad para incorporar permanentemente las nuevas oportunidades de intercambio mutuamente beneficioso que se presenten en una economía en progreso**. Por ejemplo aumentando la calidad del sistema de administración de justicia, regulando los monopolios naturales o dictando leyes que eliminen obstáculos a la contratación privada.

La eficiencia en la asignación de los recursos depende de la eficacia del conjunto de instituciones sociales, económicas y legales existentes en una determinada economía para reducir el impacto de las imperfecciones de los mercados sobre el funcionamiento de la economía: este es, en última instancia, el capital institucional de una sociedad. Sin duda, la tasa de inversión en capital humano (único recurso social potencialmente ilimitado), la innovación tecnológica, la implementación de nuevas formas de contratación, etc. -variables claves para el crecimiento de una sociedad⁽¹⁸⁾- dependen fuertemente del sistema institucional vigente en una sociedad.

El capital institucional de una sociedad envuelve no sólo arreglos institucionales formales -como los previstos en el ordenamiento jurídico- sino también, más importante aún, normas de conducta informales internalizadas entre los agentes económicos, tales como los usos y costumbres comerciales u otros patrones de conducta socialmente sancionados. Algo tan simple como, por ejemplo, el respeto a las señales de tránsito⁽¹⁹⁾ -aun cuando no haya policía cerca y, por lo tanto, la posibilidad de una sanción monetaria sea nula- hasta valores morales más difíciles de evaluar, como la amistad, la honestidad, lealtad y el respeto a los derechos ajenos constituyen la base fundamental del capital institucional de una sociedad.

El capital institucional de una sociedad es, de hecho, distinto y me atrevo a decir más importante que

(15) Las fallas del mercado generan los costos asociados a hacer funcionar el mercado.

(16) Digo principalmente porque existe una función distributiva que es también fundamental, aunque su estudio no es parte del presente análisis.

(17) Esta es la lógica que subyace la creación de organismos reguladores como el INDECOPI, OSIPTEL, etc.

(18) Por ejemplo, consideremos un bosque de manzanos que puede producir 100 manzanas al año. Supongamos que Juan, Luis y Francisco, deseen cada uno 50 manzanas para cada uno de ellos y sus respectivas familias. No es posible que todos ellos obtengan el número de manzanas que desean. Claramente, es necesaria una regla de asignación de propiedad sobre las manzanas entre los individuos, para que el acceso pueda desarrollarse sin problemas: probablemente esto explique la aparición de la regla jurídica de la primera posesión.

(19) Cfr. DE TRAZEGNIES, Fernando. Conferencia Anual de Ejecutivos 1995 (Cade 95).

el capital tecnológico, físico, o su propia riqueza natural⁽²⁰⁾. Sin duda, parte de este análisis subyace al proceso de reforma del Estado que se ha llevado adelante en muchos países en desarrollo, incluido el Perú⁽²¹⁾: en el enfoque neoinstitucionalista la burocracia importa, la forma de organización social para decidir sobre cuestiones de política pública importa, el sistema legal establecido para proteger y promover a los contratantes en el mercado importa⁽²²⁾. La facilidad, confiabilidad y rapidez con la que los agentes pueden transar en la economía se refleja en el nivel de desarrollo de una nación. El enfoque neoinstitucionalista sugiere, al final del día, que la acumulación de este capital institucional es lo que, en el largo plazo, permite el desarrollo de las naciones.

3. EL SISTEMA DE PROPIEDAD EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO.

Pero, ¿qué conjunto de instituciones son las que más favorecen el desarrollo de una sociedad?, ¿cuál es la matriz institucional básica sobre la cual construir la política de desarrollo de un país? La respuesta a estas preguntas no es sencilla y probablemente no exista una fórmula universal igualmente aplicable para China, Rusia o Perú. Cada país cuenta con una suerte de dotación inicial de capital institucional y, por lo tanto, con un conjunto de ventajas y desventajas relativas propias, cuya identificación constituye, sin duda, el primer paso de una estrategia de desarrollo efectiva y sostenible en el mediano y largo plazo.

Sin embargo, no parece aventurado afirmar que algunos aspectos de la organización social sean cruciales en el desempeño económico de cualquier sociedad: el sistema político (democracia vs. dictadu-

ra); el sistema de administración pública (control *ex post* por resultados vs. control administrativo *ex ante*); y el sistema legal (protección de la libertad individual vs. intervencionismo estatal).

A su vez, uno de los aspectos fundamentales de cualquier sistema legal es, sin duda, la definición del sistema de propiedad: ésta es, quizás, la elección fundamental que debe hacer una sociedad respecto a su forma de organización económica. El sistema de propiedad establece los parámetros básicos de convivencia social entre los individuos y entre éstos y el Estado (condicionando, al mismo tiempo, la autonomía de la voluntad individual y la intervención del Estado en la economía), necesaria para permitir satisfacer medianamente las necesidades sociales de cualquier comunidad.

El sistema de propiedad vigente en una sociedad es el conjunto de especificaciones socialmente sancionadas -en tal medida, un sistema institucional-, diseñadas como un mecanismo para determinar la asignación de los recursos escasos entre los miembros de una comunidad. Desde el punto de vista económico, es la escasez la variable fundamental que explica la aparición de un sistema de relaciones de propiedad: baste pensar que si los bienes o recursos existieran en cantidades ilimitadas, no habría necesidad de establecer mecanismos institucionales para regular y asegurar el acceso de los individuos a ellos. Cada quien tomaría lo que desee, en las cantidades que desee⁽²³⁾.

3.1. Atributos económicos.

Cualquier regla de propiedad diseñada para organizar el acceso a los recursos sociales en una economía de mercado, sea ésta formal o informal, debe tener al menos dos atributos centrales⁽²⁴⁾: a) el derecho de

(20) Ello explica por qué el Japón y otros países asiáticos han alcanzado un alto nivel de desarrollo, no obstante su pobre dotación inicial de recursos. Cfr. TREBILCOCK, Michael. What Makes Poor Countries Poor: The role of Institutional Capital in Economic Development. En: Law and Economics Working Paper Series. Faculty of Law, University of Toronto, noviembre, 1995.

(21) Chile, Argentina, México, entre otros.

(22) Por ello, es fundamental que los organismos públicos regulatorios publiquen los criterios generales en base a los cuales van a orientar su intervención en los mercados, para que todos los agentes puedan tomar en cuenta todas las variables al momento de tomar sus decisiones empresariales o de consumo. Esta es, hasta hoy, una de las grandes carencias del INDECOPI.

(23) En general, cualquier especificación social respecto del uso de un bien o recurso económicamente escaso puede entenderse como un derecho de propiedad en el sentido que aquí nos interesa, llámese derecho a la vida, a la libertad, a la intimidad, etc., a condición de que sea socialmente respetada. PEJOVICH, Svetozar. Fundamentos de Economía: Un Enfoque basado en los Derechos de Propiedad. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. p.20.

(24) Esta descripción de los atributos económicos del derecho de propiedad parece encerrar, en una primera impresión, diferencias sustanciales con la definición legal del concepto de propiedad. Sin embargo, los atributos de la propiedad legal son fundamentalmente similares: el uso, disfrute y disposición son básicamente los componentes del atributo económico de libre disponibilidad, mientras la posibilidad de reivindicación es sustancialmente equivalente al atributo de exclusión.

exclusión de cualquier tercero que quiera utilizar el bien o recurso sin consentimiento del propietario y b) la libre disponibilidad de tales derechos⁽²⁵⁾.

3.1.1. El derecho de exclusión.

Parece claro que la restricción de la posibilidad de exclusión de terceros del uso y disfrute de los bienes afecta significativamente el valor de cualquier derecho de propiedad. Si Juan es capaz de excluir legalmente a Francisco del consumo de las manzanas de un huerto (sin necesidad de depender de su fortaleza física o del servicio de mercenarios), puede comer tranquilamente tales manzanas o regalárselas a su hijo o simplemente guardarlas por unas horas⁽²⁶⁾. O puede decidir también vendérselas a Luis. En realidad, Juan puede optar libremente cómo usar las manzanas que posee, porque sabe que nadie **tiene derecho** a arrebatárselas.

Un ejemplo más realista puede ilustrar mejor el alcance del concepto. Supongamos ahora que Juan es propietario de una casa en una playa privada al sur de Lima. Sin embargo, una disposición administrativa obliga a permitir el acceso irrestricto de cualquier persona a las playas, incluyendo la de Juan. Sin entrar a considerar el beneficio derivado para el resto de la comunidad de contar con playas públicas, para Juan dicha disposición representa una restricción a la posibilidad de exclusión de terceros, que limita los usos posibles a los cuales podría destinar el inmueble (ahora, de repente, no podrá salir a caminar tranquilamente

por la playa, o tendrá miedo de dejar a sus hijos menores solos). Es probable que ahora el inmueble no sea tan conveniente como vivienda y que su precio de mercado sea menor. La razón de ello es que la posibilidad de exclusión es ahora menor y, en última instancia, la privacidad es un bien escaso por el cual las personas están dispuestas a pagar⁽²⁷⁾.

De hecho, puede sostenerse que en general cualquier norma o acción administrativa que reduzca la posibilidad de exclusión produce un impacto negativo sobre el valor de los bienes afectados. Desde el punto de vista de política legal, la dación de una norma como la expuesta requiere comparar esta disminución en el valor de las propiedades para sus propietarios contra el beneficio social que se derive de atenuar este derecho⁽²⁸⁾.

3.1.2. La libre disponibilidad. El caso del control de precios.

Las leyes pueden establecer limitaciones a la libre disponibilidad de los bienes y/o recursos, ya sea impidiendo su utilización en determinados usos o impidiendo su libre comercialización⁽²⁹⁾. Consideremos, por ejemplo, el caso del control de precios, sistema algunas veces utilizado por los hacedores de políticas públicas con el objeto de asegurar el acceso de los miembros de una comunidad a productos considerados esenciales⁽³⁰⁾ que consiste en fijar como precio máximo de venta de tales productos un precio menor al precio de mercado⁽³¹⁾. Paradójicamente, el resultado usual es precisamente

(25) La extensión de estos dos elementos delimita, a su vez, los usos posibles a los que puede destinarse el recurso y, por lo tanto, determina su valor económico.

(26) No estamos incorporando el costo para la sociedad de los recursos que se desperdiciarían en depredación y seguridad en el caso de que el acceso al recurso fuera absolutamente libre.

(27) Este mismo argumento probablemente explique por qué el valor de una acción de un club de playa es mayor si el acceso a la playa es privado que si cualquiera puede asistir a ella. Otro caso típico es el de las servidumbres legales. Supongamos que Juan es propietario de un terreno en una zona comercial que puede ser utilizado para construir una vivienda o un edificio para oficinas. Sin embargo, el Ministerio de Energía y Minas decide que es necesario colocar una torre de energía eléctrica justamente en medio de dicho terreno y, por lo tanto, emite una resolución administrativa imponiendo sobre dicho inmueble una servidumbre que obliga al propietario a aceptar la instalación de dicha torre en el perímetro de su propiedad. Sin entrar a considerar el beneficio derivado para el resto de la comunidad de contar con alumbrado público, para Juan dicha imposición representa una restricción a la posibilidad de exclusión de terceros que limita los usos posibles a los cuales podría destinar el inmueble.

(28) De hecho, esto depende mucho de cada caso. Por ejemplo, en el caso de la servidumbre de energía eléctrica parece claro *a priori* que si no existe otra alternativa para instalar el servicio eléctrico es conveniente imponer la servidumbre, pagando al propietario del predio sirviente el justiprecio correspondiente. Si el beneficio derivado de la servidumbre es mayor al justiprecio pagado (que debe ser equivalente al costo privado impuesto al propietario), la transacción es eficiente.

(29) Este es el caso por ejemplo, de las regulaciones sobre control de precios o requerimientos de satisfacción de mercado interno antes de exportar un bien.

(30) Sobre este tema, Cfr. KAFKA, Folke. *Análisis Económico*. Lima: Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico, 1990.

(31) Nos referimos por precio de mercado al precio prevaleciente en condiciones de competencia perfecta.

inverso al perseguido, pues al precio controlado la sociedad deseará consumir más del bien de lo que le conviene ofertar al productor, generándose una escasez relativa del bien. Si no existiera control de precios, la mayor demanda empujaría el precio del bien hacia arriba, incentivando a nuevos productores a ingresar al mercado. Ello sería consistente con las verdaderas preferencias de los consumidores, que estarían dispuestos a cambiar una cantidad dada de otro bien por una cantidad adicional del bien sujeto a control de precios. Es decir, valoran más esa cantidad del bien controlado de lo que valoran la cantidad de los bienes alternativos que sacrifican. En presencia del control de precios, la composición de la producción disponible para la sociedad incluye una menor cantidad de la socialmente deseable de los bienes sujetos a control y una mayor cantidad de los bienes libres de tales controles, relativa a lo que verdaderamente preferiría la sociedad, lo que implica una asignación ineficiente de recursos.

En realidad, el control de precios no es más que una restricción de los derechos de propiedad sobre el bien que impide al propietario fijar libremente el precio de intercambio de los bienes⁽³²⁾. Esta restricción produce una disminución del valor del bien: puede esperarse que el valor de la industria de bienes controlados disminuya por debajo de su verdadera valoración social, debido al sistema de control de precios. Por ejemplo, una fábrica de cemento probablemente vale menos cuando existe una política de control de precios del cemento que cuando no la hay, lo que refleja las menores posibilidades de intercambio del bien o, alternativamente, los mayores costos de comercialización que ello genera. El resultado directo de cualquier restricción a la libertad contractual es una desviación de la composición de la producción respecto de las preferencias reales de la comunidad y, por lo tanto, una disminución de su bienestar real (en tanto deberá destinar recursos a consumir bienes que le generan una menor utilidad) y una reducción del valor de los bienes afectados.

3.2. Funciones.

¿Cuál es el rol que cumple un sistema de propiedad en el desempeño económico de las naciones? ¿Qué funciones cumple, o puede cumplir, un sistema de propiedad en el proceso de asignación de recursos? Sin duda, este es un tema crucial para el análisis económico de las instituciones legales. Nosotros consideramos que existen hasta tres funciones que vamos a denominar de eficiencia del sistema de propiedad y una adicional, que responde a criterios distributivos⁽³³⁾.

3.2.1. Funciones de eficiencia

3.2.1.1. Promoción de la inversión.

La teoría económica sugiere que el propietario de un bien tiende a maximizar el valor de su propiedad⁽³⁴⁾. Un abogado podría agregar: sí, pero primero es necesario que sea propietario. Y probablemente tenga razón: la definición de los derechos de propiedad es lo que finalmente hace posible que los individuos optimicen la inversión en la conservación y explotación de un bien, pues permite concentrar en un solo individuo los beneficios y costos derivados de dicha inversión. ¿Qué incentivo tendría un agricultor en mejorar la tecnología de producción agrícola, si luego cualquiera puede venir y apropiarse de la cosecha? ¿Para qué un minero excavaría un socavón todo el día, si apenas se siente a descansar puede venir otra persona y recoger el mineral acumulado?

La posibilidad de capturar todos los beneficios derivados de la explotación de la tierra genera un incentivo en el granjero para invertir⁽³⁵⁾ en aumentar la productividad de la tierra hasta el punto en el cual maximice la utilidad que pueda obtener de ella⁽³⁶⁾. El mismo tipo de comportamiento puede esperarse del propietario de un terreno en un pueblo joven: si tiene un título de propiedad formalmente reconocido y protegi-

(32) En rigor, se trata de una restricción de la libertad contractual, que permite a las partes fijar libremente el contenido de los contratos que celebran. Cfr. DE LA PUENTE, Manuel. Estudios sobre el Contrato Privado. Lima: Cultural Cuzco, 1983.

(33) CALABRESI, Guido. Reglas de Propiedad, Reglas de Inalienabilidad y Reglas de Responsabilidad: Un Vistazo a la Catedral. En: *Thémis*, 1993.

(34) Este es, en realidad, un supuesto conductista fundamental de la escuela neoclásica, recogido por las tesis neoinstitucionalistas, incorporando un elemento culposo en la conducta del agente. Cfr. WILLIAMSON, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. Free Press, 1987.

(35) De hecho, aquí estamos haciendo abstracción de otros factores que usualmente inciden en la decisión de invertir de un individuo, tales como restricciones de financiamiento, limitaciones de comercialización, etc.

(36) La condición de optimización es invertir hasta el punto en el cual el costo de oportunidad del último sol invertido en la granja sea equivalente a la rentabilidad esperada de tal inversión.

do por el ordenamiento jurídico estaría dispuesto a construir su casa con material noble y con todas las comodidades que pueda pagar; si no lo tiene, puede esperarse que construya únicamente lo indispensable para poder habitar el espacio. La diferencia radica en que en este último caso no sabe si podrá luego transferir el inmueble -con las inversiones realizadas en él- a un tercero o, peor aún, no sabe por cuánto tiempo podrá conservarlo. La incertidumbre jurídica es enemiga de la inversión.

Este análisis puede explicar el reclamo de los agentes económicos respecto de la necesidad de reglas de juego claras y de un marco estable para la inversión. Un inversionista debe estar listo para proteger su inversión, pero esto puede resultar muy difícil y costoso cuando no están claramente especificados los derechos de propiedad o cuando son modificados constantemente⁽³⁷⁾. Los empresarios invierten su dinero con la expectativa de obtener beneficios calculados **dado un escenario jurídico determinado**: tasa impositiva, tipo de cambio, libertad de contratación, inviolabilidad de los derechos de propiedad, etc. Si estas reglas de juego son luego alteradas, se afecta el cálculo realizado respecto de la rentabilidad esperada y, por lo tanto, las decisiones de inversión pueden resultar ineficientes.

3.2.1.2. Promoción del intercambio.

El intercambio de bienes o derechos⁽³⁸⁾ puede entenderse como un método usado por los miembros de una comunidad para aumentar su propio bienestar⁽³⁹⁾. Supongamos que Juan es un ganadero que desea para su ganado un pedazo de terreno que es actualmente utilizado por Luis, quien lo destina a sembrar manzanas. Para Luis, la utilidad de la tierra es equivalente al valor de mercado (actualizado) de la cosecha de manzanas que obtiene periódicamente, digamos S/100.00 mensuales. Si lo que Juan puede obtener accediendo a ese pedazo de tierra (por ejemplo, el costo que tendría que incurrir por trasladarse a otra zona, o la reducción en el valor de la

carne de ganado debido a la deficiencia alimenticia) es mayor a S/.100.00 mensuales, ambos podrían estar mejor si se intercambia el uso de la tierra y ésta se asigna a la ganadería. Luis estaría dispuesto a ceder a Juan el uso de la tierra por cualquier suma mayor a S/.100.00, mientras que Juan estará dispuesto a pagar cualquier suma menor al beneficio que obtiene del uso de la tierra, digamos S/.120.00⁽⁴⁰⁾. Claramente existe una oportunidad para realizar un intercambio mutuamente beneficioso, a través del cual ambos aumentarían su nivel de bienestar. De hecho, la sociedad en su conjunto aumentaría su bienestar, asumiendo que ni la ganadería ni la granja generan efectos sobre terceros.

Sin embargo, si no existiese un sistema de propiedad sería muy difícil realizar este intercambio. Si no existiesen derechos de propiedad socialmente sancionados, Juan no tendría incentivos para «comprar» a Luis su derecho a usar la tierra, pues no tendría la facultad legal de impedir a Francisco, más poderoso, que use dicho bien (no podría excluirlo del uso de un bien). Probablemente, Juan pedirá a Luis que le demuestre la exclusividad de su derecho a la explotación económica de la tierra, pero ¿cómo podría hacerlo sin derechos de propiedad socialmente sancionados? De hecho, cualquier mecanismo que use para demostrar su acceso exclusivo implicaría la definición de un sistema de propiedad.

Por supuesto, siempre cabe la posibilidad de contratar un grupo de mercenarios para que protejan el derecho de Juan frente a cualquier tipo de amenazas. Pero en estas condiciones ¿cuánto estaría dispuesto a pagar Juan por adquirir el derecho a explotar la tierra?, ¿cuántos intercambios serían posibles de realizar? El costo de contratar un servicio de mercenarios para proteger el derecho sería en algunos casos superior al beneficio derivado de asignar la tierra a la ganadería, con lo cual no tendría sentido entrar en la transacción. En este sentido, **la existencia de relaciones de propiedad claramente definidas permite una reducción importante de los costos de transacción involucrados en**

(37) Cfr. PEJOVICH, Svetozar. Op.cit.

(38) En realidad, el contenido de un intercambio no es propiamente los bienes o recursos materia de la transacción sino más bien, los derechos inherentes sobre los bienes o recursos que son válidamente transferidos: alquilar un local público para una celebración cuesta más si se incluye el derecho a impedir que otros comensales ingresen al local. Los derechos de propiedad permiten la delimitación precisa del contenido de los intercambios.

(39) De aquí la importancia de la legislación contractual. Bajo este enfoque, la ley contractual sirve como normatividad supletoria a la voluntad de las partes, que disminuye los costos de transacción. Cfr. AYRES, Ian. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. En: Yale Law Journal. No. 94, 1989.

(40) Cfr. COASE, Ronald. Op.cit.; Cfr. SALINAS, Sergio. Fondos Mutuos, Información Asimétrica y Regulación del Mercado: Un Enfoque de Costos de Transacción. En: Thémis. No. 33, 1996.

la realización de los intercambios, que de otra manera serían muy difíciles de llevar a cabo⁽⁴¹⁾.

3.2.1.3. Externalidades.

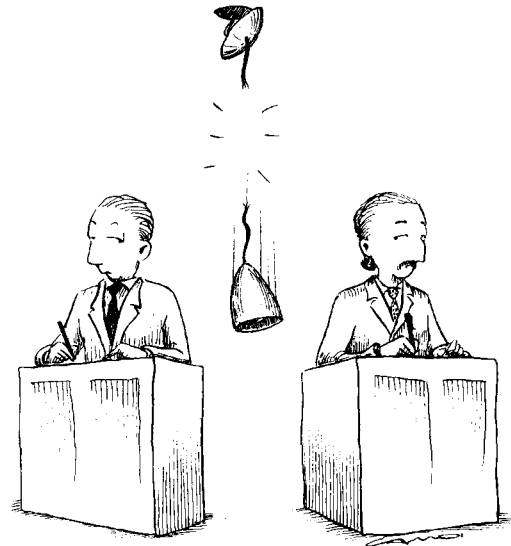
Considere los siguientes dos casos⁽⁴²⁾: un grupo de vecinos, preocupados por la ola de asaltos que sufre su localidad, decide contratar a un herrero para que le fabrique unas rejas de seguridad para ser instaladas a la entrada de la cuadra. Para la fabricación de las rejas, el herrero -quien tiene ubicado su taller en el garaje de su casa- utiliza maquinarias y materiales que generan ruido y suciedad, perturbando constantemente a su vecino. El vecino es un médico que tiene instalado allí su consultorio. El ruido generado por el herrero le impide auscultar adecuadamente a sus pacientes, a consecuencia de lo cual algunos de ellos deciden cambiar de médico.

Una fábrica de pinturas ha decidido utilizar una nueva tecnología para aumentar la durabilidad de las pinturas que consiste en la aplicación de un proceso químico que genera un humo grisáceo altamente contaminante del medio ambiente. Un estudio realizado por una prestigiosa universidad de la localidad ha revelado que, como resultado de ello, la probabilidad de adquirir cáncer pulmonar ha aumentado en un 50% entre los vecinos de la zona.

Un abogado estaría tentado de calificar estos hechos ya sea como abuso del derecho o, quizás, como responsabilidad civil extracontractual, dependiendo de las circunstancias de cada caso: el herrero y la fábrica están causando un perjuicio al médico y a los vecinos, respectivamente, al realizar sus actividades sin tomar las precauciones necesarias que permitan reducir o eliminar el daño. Desde el punto de vista económico sin embargo, la relación entre el herrero y el médico, o entre la fábrica y los vecinos, es una externalidad. **Los beneficios o costos asociados a la producción, intercambio y/o consumo de bienes o servicios, derivados para personas no vinculadas en dicho proceso a través de una transacción de mercado, constituyen en términos económicos una externalidad⁽⁴³⁾.**

En estos casos, y en cualquier otro de naturaleza similar, el mercado *per se* no logra registrar todos los efectos, positivos o negativos, que genera la actividad,

pues no existe una relación transaccional directa entre las partes afectadas y el causante. Ni el herrero ni la fábrica de pinturas incluyen en su estructura de costos el daño impuesto sobre el médico (pérdida de sus pacientes) y/o los vecinos (disminución de la salud), a pesar de que representan un costo para la sociedad, en la medida que disminuyen el bienestar de sus miembros. **Por lo tanto, el precio de mercado de la reja y/o la pintura no refleja todos los costos asociados con la realización de tales actividades.**



El efecto de esta divergencia entre los costos privados y los costos sociales de la actividad es una asignación socialmente ineficiente de los recursos, aunque eficiente desde el punto de vista privado⁽⁴⁴⁾. Si el costo privado que enfrenta el herrero al producir la reja no toma en cuenta el costo impuesto sobre terceros, es probable que esté dispuesto a fabricar la reja a un precio relativamente más bajo que si lo incluyera; a un precio más bajo, puede esperarse que la cantidad demandada de rejas sea relativamente mayor⁽⁴⁵⁾. Se desprende de ello que la producción de equilibrio del mercado de rejas es mayor al socialmente óptimo y, en consecuencia, ineficiente, aunque eficiente desde el punto de vista privado del herrero. Igual sucede en el caso de las

(41) Cfr. POSNER, Richard. The Economics of Justice. Harvard University Press, 1983.

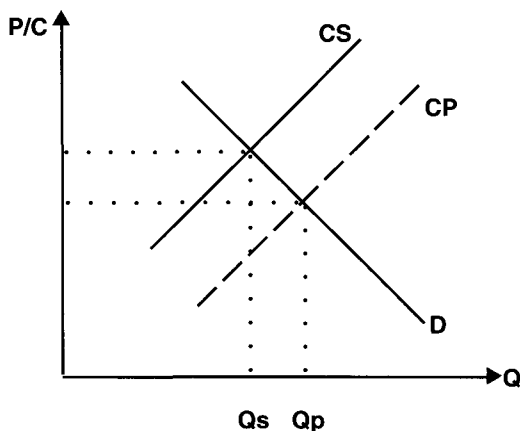
(42) Estos ejemplos han sido tomados, con algunas modificaciones, de Coase. Cfr. COASE, Ronald. Op.cit.

(43) COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Law and Economics. Harper Collins, 1988.

(44) Para un análisis más formal de este tema, puede consultarse, entre otros, VARIAN, Hal. Op.cit.; KAFKA, Folke. Op.cit.

(45) Esta es una aplicación directa de la ley de la demanda.

pinturas. Si el precio no refleja todos los costos asociados a la producción de pinturas, la producción de equilibrio privada será también, mayor a la socialmente óptima. El recurso no necesariamente se destina a la actividad más valorada desde el punto de vista social y de seguro, no en las cantidades óptimas: el valor de la producción social total es menor al máximo posible, dada la cantidad de recursos disponible.



El gráfico 2 ilustra la situación: cuando los costos sociales son mayores al costo privado de la actividad (externalidad negativa), la producción óptima privada del bien (Q_p) es mayor a la producción óptima social (Q_s), por cuanto la sociedad no incorpora como costo el costo privado, sino agregándole los costos derivados para terceros y enfrenta por lo tanto, un mayor precio. La diferencia entre la curva de costo social (CS) y la curva de costo privado (CP) es la externalidad. Los productores privados tienen incentivos para producir por encima de la cantidad óptima del bien, desde el punto de vista social, si reciben todos los beneficios, pero sólo asumen parte de los costos. Por el contrario, si el costo social es menor al costo privado (externalidad positiva), los productores privados tienden a producir menos de la cantidad socialmente óptima del bien, dado que pagan todos los costos que genera la producción pero no reciben todos los beneficios de ella.

Esto nos conduce al meollo del asunto. El problema económico a resolver en todos los casos de externalidades es cómo maximizar el valor de la producción social a partir de los recursos existentes⁽⁴⁶⁾; el problema es decidir entre un costo más bajo de la pintura y mayor contaminación ambiental, o viceversa; o entre un menor costo de las rejas y mayor costo de las consultas médicas o viceversa.

¿Cómo un sistema de propiedad puede ayudar a solucionar estos problemas? Consideremos el impacto económico de una norma como la prevista en el artículo 961 del Código Civil, que faculta a un propietario a impedir a un vecino la realización de actividades que generen ruidos molestos⁽⁴⁷⁾. Ahora el médico tiene la posibilidad de evitar el perjuicio y, por lo tanto, de demandar judicialmente al herrero para que deje de realizar la actividad dañosa o, alternativamente, de acordar con él para que le pague una compensación suficiente para «convencerlo» de renunciar a su derecho y mudar su consultorio a otra parte (una suma que tendría que ser mayor a la que deje de ganar por el hecho de ejercer su profesión en otra parte). En estas condiciones, el herrero sólo decidirá realizar la actividad dañosa si el beneficio derivado de ello es mayor a la compensación que deberá pagar al médico por el daño causado (esto es, la desutilidad ocasionada al médico) o al costo de evitar el daño (por ejemplo, instalando una pared aislante), el que sea menor, pues así podrá pagar dicha suma y aún obtener alguna ganancia. Por el contrario, si el daño causado es mayor al beneficio, el herrero probablemente decidirá no realizar la actividad dañosa y, más bien, ser él quien mude su taller a otra parte. En ambos casos, el resultado es socialmente eficiente, pues el recurso escaso (el espacio) se ha asignado finalmente a aquella actividad socialmente más valiosa, como sugiere la teoría económica, sea consultorio médico o herrería.

¿Qué hubiera pasado si se otorgara el derecho al herrero? En principio, la asignación de recursos sería la misma, excepto que sería el médico quien tendría el incentivo de acercarse al herrero y pagarle una suma para que mude su taller a otro lugar o, alternativamente, para instalar una pared aislante, lo que resulte menos costoso⁽⁴⁸⁾.

La solución final, en realidad, depende de si el uso de la máquina ruidosa agrega más al ingreso del herrero de lo que reduce el del médico (en cuyo caso el

(46) Cfr. COASE, Ronald. Op.cit.

(47) Cfr. artículo 961 del actual Código Civil.

(48) La distribución de la riqueza implícita en tal norma sería, sin embargo, diferente: es el herrero quien recibe el pago, ya no el médico. Cfr. infra 3.2.2.

herrero estaría dispuesto a «sobornar» al médico y éste a aceptarlo) o viceversa (en cuyo caso el médico estaría dispuesto a «sobornar» al herrero y éste a aceptarlo). Se sigue de aquí, pues, que si no existen costos de transacción⁽⁴⁹⁾, desde el punto de vista de la eficiencia económica no importa a favor de quien se establezcan los derechos⁽⁵⁰⁾: siempre que exista libertad contractual, las partes se pondrán de acuerdo para realizar intercambios mutuamente beneficiosos y maximizar la producción.

Sin embargo, cuando existen costos de transacción, la regla de asignación de derechos de propiedad sí es relevante. El costo de transar puede ser alto, e incluso, diferente para cada una de las partes, en cuyo caso la reasignación de los recursos a través del mercado puede no llegar a realizarse. En tales casos, la eficiencia económica sugiere que el derecho de propiedad se asigne directamente a aquella parte para quien el recurso sea más valioso.

El siguiente cuadro resume el análisis expuesto:

Caso del constructor (B) que construye un edificio que obstruye la vista de otros inmuebles (A)		
No Derechos de Propiedad	Derechos Propiedad A	Derechos Propiedad B
A Ua disminuye A paga a B suma menor a disminución en Ua	A demanda a B B paga a A suma mayor a disminución en Ua	A paga a B suma menor a disminución en Ua
B Ub aumenta B acepta pago de A mayor a aumento en Ub	B paga a A suma menor a aumento en Ub	B acepta pago de A mayor a aumento en Ub
Si CT=0, derechos de propiedad irrelevantes	Si CT mayores a cero, entonces asignar derechos a quienes pueden transar a menor costo. CT cuando A paga a B puede ser diferente a CT cuando B paga a A.	
Condición : Cambio en Ua + Cambio en Ub mayor a CT		

donde:

Ua = Utilidad de A

Ub = Utilidad de B

CT = Costos de transacción

En realidad, el problema de externalidades aparece cuando no existen derechos de propiedad o mecanismos institucionales eficaces para hacerlos valer- claramente especificados⁽⁵¹⁾. Cuando nadie es propietario de un recurso en particular (el aire o el río, por ejemplo), los individuos no tienen incentivos para considerar como «suyo» cualquier perjuicio que se ocasione a tal recurso: si existiera un propietario de tal recurso, entonces éste tendría expeditas las acciones legales necesarias para hacer que el otro individuo internalice el costo que está provocando⁽⁵²⁾. Una vez que las leyes definen los derechos de las partes respecto de un caso concreto, cualquier externalidad puede ser incorporada en las transacciones de mercado. **La regla legal permite la internalización del costo generado por la transacción de mercado y, de esta manera, propiciar una eficiente asignación de los recursos sociales.**

La recomendación de política legal derivada de este análisis es pues, doble: por un lado, asignar el derecho de propiedad a aquella parte que puede realizar una transacción eficiente al menor costo; por otro, igualar el costo legal impuesto por la regla diseñada⁽⁵³⁾ al daño causado a los terceros. En efecto, para evitar «sobreajustar» las actividades dañosas, es necesario no imponer sanciones mayores al daño causado, pues de lo contrario se estaría desalentando la realización de actividades socialmente eficientes. Polinsky⁽⁵⁴⁾ ilustra esto con el siguiente ejemplo: un individuo viola las normas de tránsito estacionando su auto en “doble fila”, para poder comprar en una farmacia un medicamento urgente para salvar la vida de un niño enfermo, razón por la cual un policía atento decide imponerle una multa, equivalente a 20um. Puede sostenerse que la comisión de la infracción es económicamente eficiente, pues es probable que la sociedad prefiera salvar la vida del paciente y afrontar el costo del congestionamiento vehicular generado. Pero ¿qué sucedería si la multa prevista por esta infracción no es de 20, sino de 200um (mayor al costo social real del congestionamiento)?

(49) COASE, Ronald. Op.cit.

(50) Por supuesto, la definición de quién tiene derecho a qué tiene efectos distributivos, pues será la otra parte quien deberá «compensar» al titular.

(51) Coase en realidad desplaza las explicación sustentada hasta ese entonces por Pigou, quien sostenía que las externalidades se resolvían imponiendo un impuesto o un subsidio sobre la actividad económica generadora de la externalidad (negativa o positiva, respectivamente) a fin de igualar el costo social con el costo privado.

(52) Teóricamente (aunque muy difícil), es en realidad posible evitar la externalidad mediante un contrato mutuamente beneficioso aun en ausencia de derechos de propiedad, siempre que el beneficio de la reasignación de los recursos sea mayor al costo de la transacción requerida para ello.

(53) En realidad, esta sería una regla de responsabilidad, como la denominan Coase y Calabresi.

(54) El ejemplo ha sido ligeramente modificado, pero sin alterar su sentido. POLINSKY, Mitchell. Introduction to Law & Economics. Little, Brown & Co., 1989.

Ahora el conductor percibe la multa como muy elevada y decide no estacionarse en «doble fila» e ir a buscar el medicamento a otra farmacia, a consecuencia de lo cual fallece el niño. Claramente, el bienestar general ha disminuido, en tanto la sociedad aún hubiese preferido salvar la vida del niño y aceptar el congestionamiento.

El ejemplo puede invertirse para mostrar que ocurre exactamente lo contrario si las sanciones legales son menores al daño realmente causado: supóngase que la razón por la cual el individuo se estaciona en «doble fila» es para comprar un caramelo. En este caso, la sociedad preferiría evitar el congestionamiento y hacer que el individuo adquiriera el caramelo en otro lugar. Pero si la multa es demasiado baja no se logrará disuadir de ello al conductor. **La única manera de lograr un nivel socialmente óptimo de actividades dañosas (o riesgosas) es igualando el costo legal impuesto al daño realmente generado por dicha actividad.**

3.2.2. *Función distributiva*

Hasta aquí, hemos revisado el rol de los derechos de propiedad en la promoción de una asignación eficiente de recursos. No obstante, en la práctica es bastante frecuente que la definición de los derechos de propiedad no obedezca a criterios de eficiencia económica, sino más bien a criterios distributivos. De hecho, el sistema de propiedad puede utilizarse para redistribuir la riqueza de la sociedad entre los distintos grupos de individuos que la integran. Un ejemplo simple puede ilustrar este punto: supongamos que una regla municipal permite el funcionamiento de una academia de baile en un edificio. Es probable que la academia genere un ruido que perturbe a algunos de los vecinos, que desearían que dicha academia no existiese. Sin embargo, dado que la ley le ha otorgado este derecho a la academia, será el vecino -o un conjunto de vecinos- quien, si considera que el ruido es tan molesto, deberá ofrecer a la academia una suma suficiente para inducirla a dejar de hacer ruido y mudarse a otro local. Por el contrario, si fueran los vecinos quienes tienen el derecho

de impedir -o hacer cesar- cualquier actividad de la academia que genere ruidos molestos, entonces sería la academia quien tendría el incentivo a ofrecer a los vecinos una suma suficiente para que acepten el ruido y renuncien a su derecho de impedirlo. La distribución de la riqueza es diferente en uno y otro supuesto: en el primer caso, es la academia quien recibe la compensación por renunciar a su derecho y los vecinos quienes pagan; en el segundo caso sucede lo inverso. **El otorgamiento a un individuo de un derecho para realizar determinada actividad con un bien o recurso escaso generalmente aumenta su riqueza: si algún otro individuo desea utilizar el recurso, deberá pagar una compensación a aquel a quien el ordenamiento jurídico ha otorgado el derecho de propiedad**⁽⁵⁵⁾.

Otro ejemplo, real y reciente en el Perú, fue la ley del inquilinato que rigió durante muchos años en el país, inspirada claramente en objetivos redistributivos. Se consideraba que los arrendatarios constituían la parte débil de la relación contractual y que debían tener acceso a una vivienda digna; en consecuencia, era necesario brindarles algún tipo de protección legal. Esta ley otorgaba, fundamentalmente, el derecho a los inquilinos a impedir incrementos de la merced conductiva, excepto por los reajustes permitidos y determinados por vía legal, y a impedir la conclusión no deseada de los contratos de arrendamiento: así, si el propietario necesitaba el inmueble se veía obligado, en la práctica, a negociar (o «sobornar») con el inquilino para que voluntariamente aceptara dejar el inmueble.

Sin duda, las preferencias sociales de cada comunidad juegan un rol preponderante en la definición de los derechos de propiedad, en la medida que el ordenamiento jurídico usualmente responde a valores y/o costumbres socialmente aceptadas⁽⁵⁶⁾. Pero ¿es conveniente implementar una política redistributiva a través del sistema de propiedad? Nuestra opinión es que resulta bastante riesgoso y, probablemente, poco eficaz. Los costos ocultos de una política redistributiva de este tipo pueden ser sustanciales, como lo demuestra la propia experiencia de la ley del inquilinato. La ley afectó la

(55) En realidad, como explica Calabresi, aun en el caso ideal de una sociedad financieramente igualitaria, en la cual cada individuo posee la misma cantidad inicial de recursos monetarios, la igualdad absoluta entre los seres humanos es una quimera, no sólo porque las habilidades relativas congénitas entre ellos pueden ser sustancialmente diferentes, sino porque siempre que el ordenamiento jurídico establezca derechos a favor de una persona -lo cual resulta, como hemos visto, imprescindible- hace a aquella más rica respecto del resto. Aun si se definieran derechos de propiedad destinados a igualar o compensar completamente las diferencias materiales entre los individuos miembros de una comunidad, de acuerdo a criterios distributivos dados, siempre subsisten diferencias en las habilidades relativas entre los hombres, por su propia naturaleza. Cfr. CALABRESI, Guido. Op.cit.

(56) Demsetz sostiene que cuando los costos de transacción en el mercado son iguales a cero, las reglas legales se explican únicamente por las preferencias legislativa o judicial respecto de la distribución del ingreso, debido a que, en estos casos, las estipulaciones legales no tienen ningún efecto sobre la asignación de los recursos, pues a través de transacciones de mercado éstos fluyen hacia sus usos de mayor valor. Cfr. DEMSETZ, Harold. *Toward a Theory of Property Rights*. En: *American Economic Review*, mayo, 1967. Cfr. BARZEL, Yoram. *Economic Analysis of Property Rights*. Political Economy of Institutions and Decisions Series, 1991.

propia estructura de precios relativos de la economía: el precio del alquiler no reflejaba su verdadero costo de oportunidad, desincentivando a los propietarios de inmuebles a proveer este servicio e impidiendo la formación de un mercado inmobiliario activo y eficiente. Al final del día, los perjudicados fueron los propios individuos que no podían adquirir una vivienda, pues la oferta de viviendas para alquiler se redujo considerablemente. La referida ley del inquilinato probablemente explique, por sí sola, gran parte del déficit habitacional que aún ahora existe. Recién a partir de su eliminación, y probablemente debido también a la introducción de nuevos y más ágiles sistemas de financiamiento⁽⁵⁷⁾, se observa un crecimiento ostensible del sector vivienda.

Esto no significa que las políticas distributivas sean necesariamente ineficientes o que sean injustificadas. Es probable que en un país con una distribución del ingreso bastante desigual como el Perú, la necesidad de este tipo de políticas sea insoslayable. Lo que queremos decir aquí es que el sistema de propiedad normalmente no es un vehículo adecuado para llevarlas adelante.

4. LA DINÁMICA DE LA SOCIEDAD.

Parece claro que la relación existente entre la ley y la economía puede ayudar a entender el patrón de desarrollo de una sociedad. Adelantos tecnológicos, por ejemplo, pueden crear los incentivos y las oportunidades para la realización de nuevos intercambios beneficiosos entre los agentes, pero requerir para ello nuevas formas de contratación, nuevas relaciones de propiedad y, en general, nuevas reglas de juego. **La rapidez y la simplicidad con la que el sistema institucional puede adaptarse para capturar rápidamente los beneficios derivados de nuevas oportunidades de intercambio es, probablemente, una de las variables más importantes para explicar la evolución de las sociedades⁽⁵⁸⁾.**

Países con marcos institucionales altamente flexibles a la introducción de nuevas formas transaccionales tienen una ventaja competitiva sobre aquellos que, por el contrario, poseen aparatos

institucionales rígidos y burocráticos (aprobaciones administrativas, licencias, impedimentos legales, requerimientos previos, etc), que dificultan el libre desarrollo de los mercados. Pero, de nuestro análisis del impacto de los derechos de propiedad sobre la inversión se desprende precisamente que la estabilidad en las reglas de juego es un elemento importante en el marco institucional. ¿Cómo sabemos, entonces, cuándo es necesario cambiar las reglas prevalecientes? ¿Cómo operan en la práctica estos cambios?

El mercado de capitales ofrece probablemente una buena ilustración de lo que estamos hablando. La tasa de innovación en productos financieros es probablemente una de las más altas en el sector servicios: estructuraciones financieras para proyectos de inversión a gran escala, fusiones, adquisiciones y escisiones, productos derivados, etc. son actividades que hace 20 años a nadie, probablemente, se le hubiera ocurrido realizar. El desarrollo informático, el desarrollo de las comunicaciones, la posibilidad de manejar electrónicamente y en forma simultánea, mercados distintos en el que participan millones de agentes son, sin duda, algunas de las razones principales para la aparición de mercados como éstos.

Sin embargo, el desarrollo de estas nuevas actividades exige una regulación especial para evitar comportamientos oportunistas distorsionantes del mercado: de hecho, regular el mercado de futuros en productos puede ser muy complicado por la naturaleza de la transacción. Presumiblemente, la legislación contractual prevista en el Código Civil es insuficiente para cubrir todos los posibles riesgos e implicancias derivadas de una transacción de este tipo: cada contrato tendría que cubrir todos estos aspectos, con lo cual el costo de negociación sería altísimo. Una norma que regule supletoriamente los aspectos principales de la relación contractual es justificada y probablemente permita un mayor dinamismo en el mercado⁽⁵⁹⁾. Cuando los arreglos institucionales existentes en una sociedad no permiten aprovechar todas las oportunidades de intercambio beneficioso entre los agentes, la propia comunidad, a través de diversos mecanismos políticos,

(57) Este es el caso de las letras hipotecarias y de las fórmulas adicionales incorporadas en la nueva Ley General de Instituciones Financieras.

(58) Cfr. NORTH, Douglass. Op.cit.

(59) Igualmente, nuevas formas de piratería pueden aparecer desconocidas para los reguladores: es necesario una respuesta legal adecuada que permita garantizar a los inventores que este tipo de actividades serán sancionadas, pues de lo contrario la tasa de inversión en innovaciones tecnológicas disminuirá fuertemente debido al riesgo de que los beneficios derivados de su creación sean aprovechados gratuitamente por terceros. Esto puede explicarse por ejemplo, la presión de países con un alto potencial de propiedad intelectual (Estados Unidos de Norteamérica) por la adopción de políticas regulatorias exigentes. Si el marco institucional no se adapta para asegurar los beneficios derivados de invertir en este tipo de tecnología, parte del potencial inventivo del hombre se desperdiciaría.

sociales y legales, genera una presión por modificar la estructura institucional.

Los cambios en la relación costo-beneficio crean oportunidades para que los individuos -y la sociedad en su conjunto- obtengan mayores beneficios realizando actividades que antes no se consideraban rentables. Esto supone la implementación de fórmulas contractuales específicas que permitan recibir los beneficios potenciales por parte de los individuos o grupos involucrados. Cuando las relaciones de propiedad prevalecientes en una sociedad no corresponden a tales acuerdos contractuales, los derechos de propiedad deben cambiar -adaptarse- para que los nuevos acuerdos puedan celebrarse válidamente⁽⁶⁰⁾. Si los beneficios derivados del establecimiento de nuevas reglas legales que permiten una mejor explotación de los recursos escasos son mayores al costo que implica su establecimiento y protección, es previsible que el propio interés de los individuos los lleve a crear y/o modificar relaciones de propiedad. Los individuos simplemente encuentran aceptable el costo de la generación de tales derechos⁽⁶¹⁾. En otras palabras, el propio interés de los individuos genera un incentivo para modificar o crear arreglos institucionales determinados, si ello permite reducir los costos asociados con el aprovechamiento de las oportunidades de intercambio beneficioso, pues eso eleva el bienestar general de la comunidad⁽⁶²⁾.

La existencia de una dinámica institucional no debe llevarnos a pensar en continuas y dramáticas reformas estructurales del sistema institucional, como las efectuadas durante los últimos años en el Perú, sino en una continua suma de cambios graduales y marginales: nuevas leyes, nuevas interpretaciones judiciales, nuevos usos y costumbres, nuevas prácticas de mercado. En realidad, **una vez internalizados por la sociedad los parámetros fundamentales que permiten el desarrollo del mercado, tales como el respeto al siste-**

ma de propiedad, a la libertad de contratación y al sistema político, el propio deseo del hombre por obtener mayor satisfacción o utilidad se convierte en el motor de los cambios en la estructura de derechos de propiedad prevalecientes en una sociedad y de la adecuación permanente de sus instituciones sociales⁽⁶³⁾. En este sentido, el tránsito inicial de una economía intervencionista a una economía basada en el mercado como mecanismo asignador de recursos puede ser bastante difícil en su etapa inicial, pero luego la propia dinámica institucional ayuda a consolidar el sistema de mercado.

5. PROPIEDAD PRIVADA VS. PROPIEDAD PÚBLICA.

Generalmente, los economistas neoliberales dan por sentado que la propiedad privada es siempre preferible a cualquier otro tipo de propiedad. Pero, ¿es esto cierto en todos los casos? ¿Cuáles son las diferencias entre un sistema de propiedad privada y otro de propiedad pública? ¿Cuál es el que favorece una mejor asignación de los recursos y en qué casos?

Consideremos primero el caso de que no se encuentren sancionadas las relaciones existentes entre los miembros de una comunidad acerca del uso de los bienes y recursos escasos⁽⁶⁴⁾. La inexistencia de derechos de propiedad significa que nadie puede legalmente, reclamar para sí mismo un bien ni sus beneficios. O, alternativamente, que cualquier individuo puede tomar para sí lo que desee.

La teoría económica sugiere que las consecuencias de este régimen serán la sobreexplotación y la producción insuficiente de los bienes⁽⁶⁵⁾. Observemos lo que ocurría en las sociedades primitivas, donde no existía un sistema de propiedad socialmente sancionado⁽⁶⁶⁾. El criterio utilizado para la asignación de los

(60) En general, las instituciones legales -y sus modificaciones- pueden explicarse como respuestas humanas a los problemas sociales derivados de la escasez y de la interacción existente entre los derechos de propiedad prevalecientes y la búsqueda de mayor utilidad por parte de los individuos.

(61) Cfr. PEJOVICH, Svetozar. Op.cit.

(62) Sin embargo, uno de los aspectos más sorprendentes que descubre North es la lentitud de las sociedades para mejorar sus instituciones. Se esperaría que sociedades relativamente atrasadas copien modelos institucionales de sociedades más avanzadas para lograr impulsar su desarrollo. No obstante, las sociedades atrasadas parecen mostrar una suerte de inercia institucional y una resistencia al cambio que limitan su potencial de desarrollo.

(63) Esto puede aplicarse a cualquier reforma legal: por ejemplo al caso de la regulación sobre propiedad intelectual y piratería informática. Es probable que el desarrollo informático permita nuevas e infinitas formas de piratería (basta pensar en lo que significa acceder al Internet) que las leyes podrían no contemplar previamente, por lo que es necesario diseñar nuevas reglas legales para proteger adecuadamente al inventor.

(64) Esta fue probablemente la situación prevaleciente en los albores de la civilización humana.

(65) Cfr. DEMSETZ, Harold. Op.cit; PEJOVICH, Svetozar. Op.cit, etc.

(66) Cfr. POSNER, Richard. A Theory of Primitive Law. En: The Economics of Justice, 1983. Cfr. DEMSETZ, H. Op.cit.

bienes era el de la primera ocupación o el de la violencia (o ambos): cualquiera podía coger de la naturaleza el bien que le parecía o usar la violencia para obligar a otro a que le entregara el bien deseado. A consecuencia de ello, aquel individuo que posponga el uso inmediato de un bien escaso se verá, inevitablemente, privado de su posesión por algún otro. Ello conduce a una sobreexplotación del bien, pues cualquier individuo sabe que el mayor beneficio que puede obtener de un bien es aprovecharlo al máximo mientras esté en su poder, pues luego otra persona lo despojará de él y, peor aún, tendrá la misma actitud. El deterioro (desgaste o depredación) del bien que este comportamiento generalizado provoque no es tomado en cuenta por el individuo, pues este costo será asumido por los usuarios posteriores. Ningún individuo tendrá incentivos suficientes para conservarlo ni explotarlo racionalmente, pues no es seguro que pueda aprovechar los beneficios futuros de esta «inversión».

Este análisis simple puede explicar, por ejemplo, la desaparición de muchas especies animales a lo largo de la historia. Pejovich⁽⁶⁷⁾ sostiene que la desaparición de los búfalos en los Estados Unidos de Norteamérica es consecuencia de la inexistencia de derechos de propiedad socialmente sancionados: «La causa real de la desaparición de los búfalos no fue la codicia humana, como afirman algunos observadores; más bien fue la ausencia de relaciones sancionadas entre los hombres acerca de su uso».

Este análisis también puede ayudar a explicar el caso de las playas de Lima. La mayor parte de las playas de la costa de Lima, a excepción de la de un club privado, se encuentran en mal estado. ¿Por qué ocurre esto? El libre acceso de las personas a las playas implica no sólo un alto costo en congestión, sino un proceso acelerado de contaminación de las mismas. Las personas generalmente arrojan sus desperdicios en la playa, desde cigarrillos hasta restos de fruta o comida, en general, sin asumir el costo que esto implica. Nadie tiene incentivos fuertes para pre-

servar la playa, pues cada individuo presume que los demás usuarios tampoco lo van a hacer: más vale disfrutar de la playa mientras se pueda, pues de todas maneras se va a contaminar. A consecuencia de ello, el deterioro de las playas del litoral limeño se acelera sustancialmente.

En el caso de las playas privadas, por el contrario, los socios del club asumen el costo de contaminación de la playa y, por lo tanto, tienen incentivos para cuidarla e, incluso, para establecer sistemas de limpieza y control del arrojado de desperdicios en ella. Una vez definidas las relaciones de propiedad sobre un bien, el interés del hombre conduce a su preservación⁽⁶⁸⁾.

Sin embargo, existe aún otro aspecto fundamental del sistema de propiedad privada que promueve un uso racional de los recursos: el sistema de propiedad privada incorpora la transferencia de propiedad *mortis causa* (hereditariamente). La maximización del valor presente de una propiedad implica la selección entre distintas tasas de explotación del bien, actuales y futuras, de aquella que maximice el valor presente de los flujos de ingresos generados por la propiedad. La transmisión hereditaria de la propiedad aumenta el horizonte temporal de elección del individuo, permitiendo una asignación intertemporal eficiente de los recursos.

Por ejemplo, el propietario de US\$200,000 puede optar entre disfrutar el dinero mientras esté vivo o invertir para asegurar un mínimo nivel de comodidades a sus hijos o puede optar por una combinación de ambas a la vez. La decisión de cuánto ahorra y cuánto gasta hoy dependerá de cuánta satisfacción puede comprar el propietario en uno u otro caso. Puede esperarse que opte finalmente por aquella combinación en la cual el último dólar ahorrado le reporte la misma utilidad que el último dólar que gasta⁽⁶⁹⁾. De hecho, podría argumentarse hipotéticamente, que las futuras generaciones estarían dispuestas a pagar a los actuales propietarios una cantidad suficiente para desincentivar la

(67) PEJOVICH, Svetozar. Op.cit.

(68) En el extremo, cuando no es posible apropiarse de los beneficios o, en otras palabras, impedir que terceros se apropien de ellos, el costo es infinitamente elevado por lo que no se producirá nada del bien, a pesar de ser socialmente valorado. La sobreexplotación no es el único problema de los bienes sin dueño. La ausencia de reglas de propiedad también genera inseguridad, ocasionando que la cantidad producida del bien sea, además, insuficiente. El inversionista debe proteger su inversión y, ante la inexistencia de derechos de propiedad socialmente sancionados, ésto podría ser muy costoso y difícil. Quizás tendría que entrenarse para defender por la fuerza el bien que explota o contratar un grupo de mercenarios para que lo proteja. Sin embargo, aun en ese caso, no tendría la seguridad de su derecho, pues siempre cabe la posibilidad de que existan otros individuos más fuertes y poderosos que le arrebaten el recurso. La producción será insuficiente, por lo tanto, porque el costo de proteger la apropiabilidad de los beneficios es muy elevado.

(69) Este es un análisis de maximización muy similar al que realiza cualquier consumidor racional.

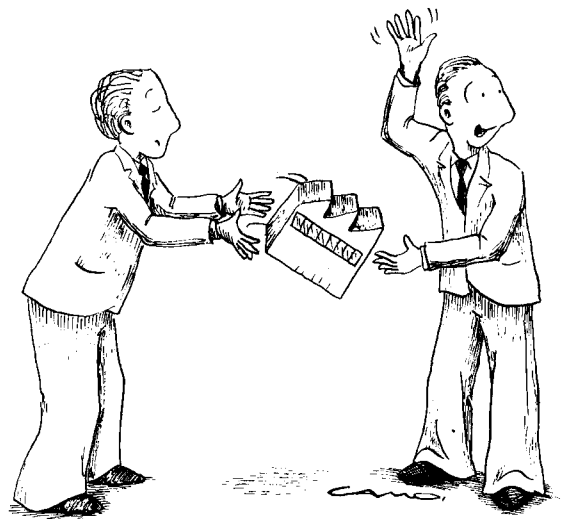
utilización del recurso hasta alcanzar su nivel óptimo, en cuyo caso los actuales propietarios, bajo un sistema de propiedad privada, actuarían como intermediarios para permitir alcanzar el nivel socialmente óptimo de explotación del recurso⁽⁷⁰⁾. La tasa de explotación del bien dependerá finalmente de la tasa de sustitución intertemporal que maximice el bienestar del propietario, de acuerdo a sus propios gustos y preferencias, tomando en cuenta el número de hijos que tenga y la posición económica que les quiera dejar.

Ahora bien, ¿qué hubiera ocurrido si se hubiese establecido un sistema de propiedad pública, en vez de uno de propiedad privada? Probablemente no gran cosa. Bajo el sistema de propiedad pública, el acceso a los recursos sociales es libre para todos los miembros de una comunidad, no muy diferente al caso de la inexistencia de derechos de propiedad. Por ejemplo, el derecho a cazar en un determinado territorio o a asistir a las playas son, por lo general, derechos libremente ejercidos por todos los miembros de la comunidad. La propiedad pública significa que la sociedad no otorga ningún derecho a un individuo particular para interferir con el uso de un recurso social por parte de cualquier otro individuo⁽⁷¹⁾.

Es probable que un sistema de propiedad de este tipo genere también la sobreexplotación del bien, al igual que en el caso de inexistencia de reglas de propiedad, aunque probablemente a una tasa menor. La razón es que el sistema de propiedad pública no permite concentrar en una sola persona el costo total asociado al ejercicio del derecho de esa persona, aunque sí en el grupo propietario. Si el individuo busca maximizar el valor de sus derechos comunales, tenderá a sobreexplotar el recurso porque parte del costo que esto genera será asumido por el resto de los integrantes de la comunidad. En otras palabras, el incentivo para sacar «de inmediato» el mayor provecho posible del recurso comunal, antes que los demás lo hagan, subsiste. En consecuencia, la cantidad y la calidad del recurso disminuirán a una tasa mayor a la socialmente deseable.

Es ilustrativo el ejemplo que cita Demsetz⁽⁷²⁾ al respecto: «en un sistema de propiedad pública de la

tierra, un ingeniero se encuentra construyendo en un sector de una parcela un dique que va a detener el flujo de agua hacia el resto de la parcela. Un granjero perjudicado por esta construcción se acerca al ingeniero y le pide que detenga la construcción. El ingeniero le dice que acepta parar la obra si el granjero le paga lo suficiente, a lo cual el granjero replica: estoy dispuesto a pagarte, pero ¿qué garantías puedes darme? El ingeniero le responde que puede comprometerse a no intentar construir el dique, pero no puede garantizar que otro ingeniero lo haga, porque el sistema de propiedad es público: nadie puede impedirle que lo haga».



Ahora bien, es posible argumentar que todos los miembros de la comunidad pueden ponerse de acuerdo en fijar una tasa razonable de explotación del recurso público⁽⁷³⁾. Sin embargo, el costo de llegar a un acuerdo que sea recíprocamente satisfactorio para todas las partes involucradas y de hacerlos respetar sería, presumiblemente, muy alto, especialmente considerando que cualquiera que se abstenga del acuerdo mantendría, en principio, el derecho a explotar el recurso a la tasa que maximice su propio beneficio⁽⁷⁴⁾.

(70) Cfr. COOTER y ULEN. Op.cit. Cfr. DEMSETZ, H. Op.cit.

(71) El uso del recurso es fundamentalmente libre, no obstante lo cual el Estado podría establecer ciertas restricciones, en uso de su *ius imperium*.

(72) DEMSETZ, Harold. Op.cit.

(73) Esto podría ser factible en el caso de que el grupo sea limitado, como en el caso de cooperativas por ejemplo, pero bastante más difícil cuando se trata de naciones.

(74) En principio porque llegado este caso, puede ser socialmente beneficioso cambiar las reglas de propiedad y establecer un sistema en el cual la sociedad pueda obligar a todos sus miembros a respetar las reglas. Ciertamente, esto significaría modificar el régimen de propiedad comunal.

Pero existe aún una segunda razón para la sobreexplotación. Aun cuando se pongan de acuerdo, la tasa de explotación a la que las partes acuerden explotar el recurso no será eficiente, pues **bajo este sistema no es posible incorporar la transmisión de propiedad *mortis causa*** y, por lo tanto, incluir los beneficios y costos totales esperados sobre las futuras generaciones en el cálculo de los actuales usuarios, como sucede en el caso de la propiedad privada. El horizonte de tiempo relevante para el individuo es su propia vida. En consecuencia, se sobreestima la importancia de las necesidades presentes respecto de los requerimientos futuros, produciéndose una utilización ineficiente del recurso, desde el punto de vista social.

5.1. Una racionalidad para la propiedad pública: el caso de los bienes públicos.

¿Esto significa que todos los bienes deben ser de propiedad privada? ¿Porqué, entonces, las carreteras, los parques e, incluso, el medio ambiente, no son de propiedad privada? ¿Existe alguna razón económica que justifique la propiedad pública en estos casos?

La respuesta es sí. La característica común de los bienes o servicios mencionados anteriormente es que son **bienes públicos**, en los cuales el mercado no se organiza adecuadamente para asegurar su provisión, a pesar de ser socialmente deseables. La definición económica de bienes públicos es un tanto diferente a la definición legal⁽⁷⁵⁾: **son aquellos en los cuales no existe rivalidad en el consumo y la posibilidad de excluir a terceros es imposible o muy costosa de realizar**, condiciones bajo las cuales ningún productor privado está dispuesto a proveer el servicio.

La no rivalidad en el consumo significa que el bien puede ser «usado» o «consumido» simultáneamente por dos o más individuos sin deteriorarlo ni disminuir la calidad del mismo. El alumbrado público constituye un ejemplo típico: un poste de luz brinda la misma cantidad de luz a una persona o a dos, o a cien. La intensidad de la luz no disminuye, ni el poste se consume, por este hecho⁽⁷⁶⁾.

La no exclusión significa que es difícil impedir que una persona que no pague el costo de la prestación del servicio no acceda al mismo. Por ejemplo, siguiendo con nuestro ejemplo del alumbrado público, resulta muy difícil impedir a un ciudadano que no haya pagado sus tributos gozar de la luz pública. Simplemente tiene que salir a la calle de noche y gozará de ello. Sería ocioso pensar en alguna manera de evitar que aquel que no pague no acceda al servicio; probablemente, cualquier alternativa para esto implique un costo mayor al beneficio esperado de impedirle el acceso⁽⁷⁷⁾. Más aún, sería ineficiente hacerlo toda vez que, por lo general, el costo marginal de brindar un bien público a un individuo más es cero, o cercano a cero: una vez instalados los postes de luz ¿cuánto le cuesta al Estado brindar alumbrado público a un ciudadano adicional?

Estas personas (*free riders*) no pagan por su consumo precisamente porque no se les puede excluir del uso del bien, una vez que éste ha sido producido. Por la misma razón, los *free riders* no tienen incentivos para revelar sus verdaderas preferencias respecto de si desean o no el bien. Observemos el caso -más frecuente de lo que uno podría pensar inicialmente- de un servicio de vigilancia particular contratado por los vecinos de una zona residencial víctimas de una ola de asaltos. En principio, cada vecino debiera asumir una parte del costo del servicio, siguiendo un criterio determinado de distribución. Sin embargo, asumamos que algunos vecinos no desean pagar por el servicio, aun a pesar de que sí les es útil. Los restantes pagadores del servicio pueden instruir al vigilante para que no proteja a los que no pagan, pero aun así la sola presencia del vigilante puede prevenir a los asaltantes de ingresar a cualquier domicilio, sobre todo considerando que los asaltantes no tienen, en principio, cómo saber quiénes han pagado y quiénes no. La zona se vuelve más segura para todos los vecinos, hayan pagado o no al vigilante. En estas condiciones, el *free rider* puede decidir racionalmente no revelar cuánto valora realmente el bien, esperando que el resto de los vecinos asuma el costo de proveer el servicio de vigilancia. Poco pueden hacer éstos por compeler a los *free riders* a pagar.

(75) Legalmente, bienes públicos son aquellos de propiedad del Estado.

(76) En cambio ¿qué pasa en el caso de una manzana? Si un individuo consume o usa una manzana, nadie más puede hacerlo: el consumo es rival. Los bienes privados son aquellos que tienen la característica de que el uso por parte de una persona excluye la posibilidad de que otro lo consuma simultáneamente. La mayor parte de los bienes que existen en la sociedad son privados: camisas, manzanas, carros, etc. Para una ampliación sobre este tema, cfr. ALVAREZ RODRICH, Augusto. Principios de Empresas Estatales y Privatización. Universidad del Pacífico, 1992; cfr. MUSGRAVE y MUSGRAVE. Hacienda Pública: Teoría y Práctica. McMillan, 1988.

(77) Es también el caso de la defensa nacional: brindar seguridad a un ciudadano no implica reducir la seguridad brindada al resto de ciudadanos.

Más aun, puede suceder en comunidades o grupos suficientemente pequeños que la negativa a pagar de algunos vecinos, confiando en que «los demás tienen que pagarlo de todas maneras», desanime al resto a asumir el mayor costo que ello les ocasiona y deciden no contratar el servicio de vigilancia. Esto implicaría que no se va a producir el bien, aun a pesar de que, desde el punto de vista social, sí sería conveniente hacerlo. Peor aún, ello podría conducir a cada vecino a buscar protección individualmente (por ejemplo, comprando cada uno un arma o instalando sistemas individuales de alarma para cada casa) con lo cual el costo social⁽⁷⁸⁾ de proveer vigilancia a los vecinos es mayor que si se contratara un solo vigilante común.

En el caso de bienes públicos, en los cuales es muy costoso o imposible para un productor privado producir y vender tales bienes en el mercado pues no podría -o no sería económicamente eficiente- cargarle un precio a los usuarios, es el Estado el que debe proveer estos bienes⁽⁷⁹⁾ (no necesariamente producirlos directamente, sino encargarse de su provisión, subcontratando productores privados, por ejemplo). En estos casos, en los cuales el Estado es el proveedor más eficiente de los bienes o servicios demandados por la sociedad, es económicamente justificable la propiedad pública.

6. LA EXPROPIACION Y LOS COSTOS DE TRANSACCION.

La provisión de bienes públicos implica destinar bienes o recursos a ello, que pueden estar en manos privadas. En tales casos, podría ser necesario proceder a la expropiación de dichos bienes o recursos. Este es, por lo general, el caso de las carreteras, los aeropuertos y los parques públicos, por ejemplo.

Pero, ¿por qué se requiere la expropiación? De hecho, el Estado en el cumplimiento de sus funciones destina muchos recursos sociales a diversas actividades, sin recurrir para ello a una expropiación. Por ejemplo, si el Estado deseara utilizar una casa de propiedad privada para instalar allí las oficinas de la Comi-

sión de Protección al Consumidor ¿requiere una facultad expropiatoria? No. Basta que se comporte como cualquier comprador privado: si valora la casa⁽⁸⁰⁾ como sede de la comisión más de lo que el dueño la valora, entonces el Estado podría adquirirla libremente en el mercado, pagando un precio mutuamente pactado.

¿Cuál es la justificación entonces, si la hay, para que el Estado decida administrativamente asignar tal o cual inmueble a tal o cual uso? **En realidad, la expropiación se justifica cuando los costos de transacción en el mercado asociados con la consecución de los recursos necesarios para proveer el bien o servicio público son muy altos.** Por ejemplo, supongamos que la construcción de un aeropuerto implique la demolición de 500 casas. Si el Estado tuviera que negociar con cada uno de ellos su adquisición, es probable que gastaría muchísimo tiempo y una fuerte suma de dinero en abogados para lograr obtener la propiedad de las casas. Pero, más grave aún, existe una suerte de incentivo perverso en el proceso de compra a través de sucesivas transacciones de mercado: mientras más casas ha adquirido el Estado, más atado se encuentra a la transacción, lo que puede ser aprovechado oportunamente por los vendedores⁽⁸¹⁾. Si el Estado ha comprado por ejemplo 499 casas, el propietario de la última casa sabe que puede boicotear la construcción del aeropuerto si decide no vender y exigirá una cantidad sustancialmente mayor al valor de mercado de su casa. Sabe que el Estado está atado a su casa. En estas condiciones es probable que ninguna persona desee vender primero su casa, sino esperar al final. Si todos actúan de esa manera, sería imposible adquirir las casas a través del mercado. La expropiación ofrece una salida legal a un problema transaccional derivado de las propias características del bien a proveer a la sociedad.

Ahora bien, si la facultad expropiatoria se utiliza injustificadamente podría dar lugar a una asignación ineficiente de recursos: ello ocurre si el bien expropiado se destina a una actividad cuyo valor social es menor al que tenía originalmente. ¿Cómo minimizar este riesgo? Afortunadamente, el derecho ha establecido 2 requisitos que tienden a ello: a) el interés público y b) el justiprecio.

(78) Costo social entendido como la suma de los costos de vigilancia en que incurre cada uno de los vecinos.

(79) No entramos al análisis de los mecanismos de provisión de bienes públicos por el Estado, tema que escapa al alcance de este estudio.

(80) Aquí no estamos evaluando la calidad del proceso de toma de decisiones al interior del aparato estatal. Presumimos que la valoración del Estado es correcta, aunque ello puede ser una hipótesis arriesgada.

(81) Cfr. SALINAS, Sergio. Op.cit.

El concepto de interés público plasmado en la doctrina jurídica, adecuadamente interpretado, generalmente se aplica a casos como los mencionados (carreteras o alumbrado público) en los cuales *a priori* puede presumirse⁽⁸²⁾ que el beneficio social derivado de la provisión del bien público es mayor al beneficio que obtienen los propietarios de las casas materia de la expropiación y, a la vez, la obtención de las propiedades a través del mercado es sumamente costosa o imposible. El pago del justiprecio, en términos económicos, también ayuda a desincentivar expropiaciones ineficientes, pues la autoridad pública sólo podría ejercer la facultad expropiatoria, teóricamente⁽⁸³⁾, en aquellos casos en los cuales el valor del bien o servicio público a proveer es mayor al precio de mercado de las casas.

Muchos autores norteamericanos en la tradición del análisis económico del derecho consideran que el sistema legal es, muchas veces inconscientemente, eficiente. El caso de la facultad otorgada al gobierno para expropiar propiedad privada parece consistente con esto: los límites a la facultad de expropiación (interés público y justiprecio) ayuda a limitar las expropiaciones a aquellas circunstancias en las cuales las transacciones de mercado no aseguran una reasignación eficiente de los recursos sociales hacia la producción de bienes públicos socialmente deseables, como carreteras o parques.

7. REFLEXIÓN FINAL.

No hemos pretendido agotar aquí la problemática asociada a los derechos de propiedad, sino sólo esbozar los conceptos centrales de la teoría económica predominante sobre la materia. El manejo de estos conceptos parece conveniente en momentos en que el país atraviesa por un proceso de reforma institucional severo y supuestamente conducente a un mayor bienestar de los ciudadanos; y, por lo demás, permite también advertir el error en el que muchas veces caemos los abogados de pretender subsanar con leyes las deficiencias o problemas sociales que nos afligen -otorgando derechos a cierto sector «desprotegido» de la sociedad,

simplemente en desmedro de otro- olvidando que el sistema legal es, básicamente, un instrumento social que debe estar técnicamente orientado a permitir a los integrantes de una comunidad organizarse para satisfacer de la mejor manera posible sus necesidades, pero no es *per se* una solución.

El estudio puede ayudar a entender, una vez más, las significativas implicancias económicas de las acciones y decisiones legales. De hecho, la definición, implementación y protección de cualquier norma legal es siempre costosa: genera costos para algunas partes y beneficios para otros. Un análisis sensato de política legal implica tomar en cuenta los probables costos y beneficios de la introducción de cualquier legislación, antes de su promulgación, **y promulgarla sólo si el resultado neto es positivo para la sociedad.** De otra manera simplemente estamos reduciendo el bienestar de los ciudadanos.

Ciertamente, el enfoque económico asigna al derecho un rol fundamental en el proceso de desarrollo de una sociedad: el Derecho puede y debe promover una utilización más eficiente de los recursos sociales, a través de políticas regulatorias que reduzcan las fallas del mercado y los costos de transacción asociados a cualquier intercambio beneficioso. El sistema legal debe diseñarse para facilitar la realización de mayores intercambios, a través de nuevas y cada vez menos costosas técnicas transaccionales que permitan el aprovechamiento pleno del capital físico y humano de la sociedad. Como sostiene Ronald Gilson⁽⁸⁴⁾: el abogado es cada vez más, una especie de ingeniero de costos de transacción. El mundo moderno exige un nuevo marco analítico del rol de las instituciones legales que sea a la vez sencillo, consistente, pragmático y fácil de interpretar por todos los agentes económicos, y que permita guiar y predecir la actividad legal (judicial y legislativa) y, de paso, la actividad económica en general. Seguridad, supletoriedad, sencillez y predictibilidad. Ese es el gran reto del Derecho y de los abogados para el próximo siglo. Por lo menos, en la óptica del análisis económico del derecho. \square

(82) Desde el punto de vista de política regulatoria, si la mayor parte de las ocurrencias de un evento determinado producen resultados sociales positivos, más vale permitir el evento y asumir el costo de los casos en los cuales el resultado neto es negativo para la sociedad.

(83) Aquí no estamos discutiendo la manera cómo el Estado valoriza el proyecto (existen técnicas económicas para la evaluación social de proyectos de inversión pública), ni otras posibles deficiencias en la acción del gobierno (corrupción). Asumimos, simplemente, que el cálculo del valor de la inversión es adecuado.

(84) GILSON, Ronald y BLACK, Bernard. *The Law and Finance of Corporate Acquisitions*. Foundation Press, 1995.