

# “¡Al fondo hay sitio!”

## ¿Puede el Teorema de Coase explicarnos el problema del Transporte Público?

**Alfredo Bullard González**

Abogado. Profesor de Derecho Civil de la PUC.

### 1. INTRODUCCION

El Decreto Legislativo 651 publicado el día 25 de julio de 1991 en el Diario Oficial “El Peruano” estableció la liberalización del transporte público. Esto quiere decir que, en términos generales, una actividad sometida a un estricto control estatal ha pasado a ser regulada por las leyes del mercado. La entrada y salida de rutas preestablecidas será libre, y las tarifas serán determinadas por el libre juego de la oferta y demanda entre transportistas y pasajeros.

El problema del transporte público ha sido una constante por años en el país. Unidades de transporte destartaladas, que no brindan la más mínima garantía, un parque automotor escaso para las necesidades del país, estándares de manejo temerarios por parte de los choferes y descortesías constantes por parte de los cobradores, continuos accidentes de tránsito, huelgas y conflictos entre los transportistas y las entidades encargadas de regular las tarifas, son sólo algunas de las expresiones de un problema que todos buscan solucionar pero que nadie parece arreglar.

La última medida aparece como una decisión radical, quizás revolucionaria en el sentido de romper con los patrones establecidos. Aparentemente impulsados por la idea que el esquema controlista anterior está agotado y que dentro de él nada se puede lograr, el Gobierno decide lanzarse a la aventura de probar otro sistema, otro universo con sus propias leyes y principios. No es tan importante en la decisión el convencimiento que el nuevo sistema va a resolver el problema, sino el convencimiento que el anterior jamás lo iba a hacer.

No es mi intención entrar al análisis de la conveniencia o no de la medida adoptada. De hecho al momento en que se escribe este artículo es imposible apreciar y predecir los efectos que la medida generará. El ejemplo es sólo una excusa (por lo demás bastante buena) para hacer una introducción a lo que se conoce como Análisis Económico del Derecho<sup>1</sup>. Así, la idea es usar el caso para ver cómo esta disciplina puede ayudarnos a entender la racionalidad que se oculta tras la decisión adoptada, por un lado, y para intentar predecir qué efectos puede generar por el otro. En pocas palabras la intención es tomar conciencia de las limitaciones del análisis jurídico tradicional, y descubrir cómo el carácter instrumental del Análisis Económico del Derecho puede ayudarnos a ver las cosas desde otro punto de vista.

Quizás la mejor forma de definir el Análisis Económico del Derecho es diciendo que se trata de la aplicación del método de razonamiento económico al Derecho. Debe destacarse, sin embargo, que no se pretende reemplazar el razonamiento jurídico. Sólo se pretende complementarlo a través del uso de una perspectiva diferente.

La forma más ilustrativa de ver qué puede aportar el Análisis Económico al Derecho reside quizás en el ejemplo usado por Richard Posner: si un cazador desprevenido dispara su arma y como consecuencia deja tuerto a un tercero, el abogado se preguntará cómo resolver el problema concreto del cazador y de la víctima. ¿Debe el cazador reparar el daño causado?, ¿Es justo dejar las cosas como quedaron o debemos hacer pagar al cazador por su negligencia?. Para el economista el accidente es un capítulo cerrado. La pérdida del ojo ya se consumó y con ello la

\* Master Yale Law School

1. El Análisis Económico del Derecho ha tenido un desarrollo extraordinario en los Estados Unidos, donde es conocido como “Law & Economics” o “Economics of Law”. Si bien es difícil encontrar su partida de nacimiento, quizás lo más justo sea considerar el aporte de Ronald Coase como la primera expresión sistemática del uso de esta disciplina.

pérdida social resulta, en sentido estricto, irreparable. Las preguntas no se dirigen a resolver el problema entre este cazador y esta víctima. El problema real es cómo resolver el caso para evitar que más ojos se pierdan en el futuro<sup>2</sup>. Trasladando el ejemplo a nuestro caso, el accidente de tránsito que causa víctimas por la volcadura de un microbús es un asunto acabado. Al Análisis Económico del Derecho le interesa principalmente la regla que evite que los accidentes se produzcan en el futuro, por un lado, pero que no desincentive la actividad de los microbuseros a niveles tales que no exista el transporte que nuestra sociedad necesita.

Como dijimos, el análisis económico no busca reemplazar al razonamiento jurídico. No se pretende que los abogados dejemos de analizar la situación concreta entre el cazador y la víctima. Sólo busca que ampliemos nuestra perspectiva para que, al decidir una controversia jurídica, tomemos en cuenta no sólo los efectos privados que la decisión puede tener, sino también los efectos económicos y sociales.

Dentro de esta línea el Análisis Económico del Derecho es en principio ajeno a especulaciones jurídicas sin sentido. No se aproxima a las instituciones jurídicas desde perspectivas meramente abstractas y doctrinarias. Por el contrario, trata de explicar las instituciones jurídicas desde la perspectiva de la función económica y social que desarrollan. En otras palabras, es una aproximación funcionalista.

Para lograr facilitar el análisis los economistas acuden al uso de modelos. En ellos la realidad se simplifica para hacerla comprensible. Esto nos permite establecer las relaciones de causa y efecto que se producen entre las distintas variables en la realidad, aunque luego tengamos que aceptar que el modelo no es la realidad misma.

## 2. EL AREA COMÚN ENTRE DERECHO Y ECONOMÍA.

Como Posner nos dice, muchos abogados piensan que la Economía se vincula al estudio de la inflación, el desempleo y otros misteriosos fenómenos macroeconómicos, lejos de las preocupaciones diarias del sistema jurídico. Actualmente, sin embargo, el campo de acción de la Economía es mucho más

amplio. La Economía es una ciencia que estudia las decisiones racionales en un mundo -como el nuestro- en el que los recursos son escasos frente a las necesidades humanas que tiene que satisfacer<sup>3</sup>. Dentro de esta línea la idea es determinar cómo tomar decisiones racionales que permitan un mejor aprovechamiento de los recursos existentes o, dicho de otra manera, alcanzar decisiones eficientes. Así un punto central es la idea de eficiencia. Siendo que el Derecho incumbe a una serie de decisiones que afectan la asignación y uso de los recursos, la Economía tiene algo que decir respecto a cómo deben tomarse las decisiones legales y cómo deben diseñarse las instituciones jurídicas. En tal sentido la Economía puede ayudarnos a crear un Derecho eficiente.

Esta idea de un sistema orientado por una meta como la eficiencia, ha generado duras críticas que acusan al análisis económico como deshumanizante y ajeno a valores morales, en especial ajeno a la idea de justicia. Creo que la crítica es injustificada. En primer lugar estas críticas olvidan que el análisis económico no pretende reemplazar el análisis jurídico ni excluir a otras disciplinas de poder vincularse con el Derecho. La idea es complementar todo otro elemento de análisis con aquél vinculado con el no desperdicio de los recursos escasos.

En segundo lugar, incluso el propio concepto de eficiencia contiene una serie de valores humanos y morales que no pueden ser dejados de lado. Como Calabresi ha señalado, se ha criticado al Análisis Económico del Derecho por reemplazar la idea de justicia por la de eficiencia. Dentro de ciertos alcances esto es cierto. Pero en un mundo en el que los recursos son escasos, desperdiciar es injusto<sup>4</sup>.

En su base el Derecho enfrenta el mismo problema que la Economía: cómo asignar los recursos escasos. Así encontramos el problema común que requiere del uso del estudio interdisciplinario. Es difícil entender cualquier controversia jurídica entre dos partes si no es a través de la escasez que se encuentra en la base del problema. Una acción reivindicatoria busca determinar cuál de dos personas debe poseer un bien. Este bien es un recurso escaso en el sentido que dos quieren usarlo exclusivamente de una determinada manera a pesar que esto es

2. POSNER, Richard. "Economic Analysis of Law." Little, Brown & Company. 1986. pp 21-22. En realidad el asunto es más complejo que el simple hecho de evitar la pérdida de más ojos. Por ejemplo una regla de responsabilidad demasiado estricta puede desincentivar la actividad de los cazadores. Ello puede no ser deseable. Si los cazadores no salen a cazar podemos pasar hambre todos. Por tanto el economista no sólo piensa en cuántos ojos salva, sino en cuántos venados son socialmente necesarios y establecerá la regla de responsabilidad a la luz de ambos conceptos a fin de maximizar la utilidad social.

3. POSNER, op cit, p. 3.

4. CALABRESI, Guido. "First Party, Third Party, and Product Liability Systems: Can Economic Analysis of Law Tell Us Anything About Them?" en Iowa Law Review. Vol. 69, p. 834.

materialmente imposible. Una acción exigiendo el cumplimiento de un contrato se dá porque el bien o servicio materia del acuerdo entre las partes no puede ser sometido a dos usos que simultáneamente satisfagan los intereses de las partes involucradas. Una acción reclamando los daños y perjuicios producidos por un accidente tiene en su base el problema de si vamos a permitir que el dinero del causante se use para reparar los daños ocasionados. Si el mismo dinero permitiera indemnizar a la víctima y realizar el viaje que el causante tenía planeado hacer por sus vacaciones, carecería de sentido toda discusión. En cambio nadie iniciará una acción contra su vecino para evitar que éste respire el aire de la atmósfera. La abundancia del aire hace que éste no se considere un recurso escaso. Por tanto su uso no necesariamente implica excluir a los demás<sup>5</sup>.

Sólo a título de ejemplo, hagamos un breve análisis de las tres instituciones básicas del Derecho Civil Patrimonial para ver cómo su diseño atañe directamente al problema de escasez de los recursos.

El primer caso es la propiedad. Por ella se concede a su titular la facultad de usar y disfrutar un bien excluyendo a los demás. Esta facultad de exclusión absoluta, universalmente aceptada, no es otra cosa que el reconocimiento de la escasez de los bienes, de la mano con la necesidad de asignar los recursos a alguien a fin que éstos sean utilizados de manera eficiente. Si no asignamos los bienes de manera exclusiva a un titular no habrá auténticos incentivos para conservar y explotar los bienes. Así, el campesino en un mundo sin propiedad no sembrará y mejorará la tierra pues sabe que al final de la

cosecha los demás, a los que no puede excluir, se llevarán el producto de su esfuerzo e inversión. Así nos dirigimos a un mundo que desperdicia los recursos o, lo que es lo mismo, no los aprovecha.

El segundo caso es el derecho contractual. Permitir que las partes intercambien recursos (titularidades) a través de un acuerdo voluntario es crear una tendencia para que los bienes escasos se asignen a sus usos más valiosos. Si el vendedor acepta transferir una casa al comprador es porque éste último valoriza la casa más que el primero. De lo contrario jamás llegarían a un acuerdo. Así termina con la casa aquél que puede darle un uso más valioso<sup>6</sup>, lo que permite maximizar el beneficio social de un recurso considerado escaso.

El tercer caso es el sistema de responsabilidad civil extracontractual. Si se produjo un accidente compete a la decisión jurídica cómo usar mejor los recursos. Por ejemplo, usar las indemnizaciones como un mecanismo para desincentivar accidentes es razonable si las actividades que se desincentivan generan costos a la sociedad superiores a sus beneficios<sup>7</sup>. Ello llevará a un uso racional de los recursos escasos. Por el lado de la compensación a la víctima, puede ser que aquél que causó el daño esté en mejor situación que la víctima para compensarlo, minimizando el sufrimiento social que el accidente produce<sup>8</sup>.

### 3. EL TEOREMA DE COASE

Como mencionamos antes, el primer estudioso que realmente sistematizó los alcances del Análisis Económico del Derecho es Ronald Coase, a quien se

5. Esto sin embargo viene cambiando. Gran parte del desarrollo del Derecho Ambiental se basa en el hecho que la evolución tecnológica viene tomando en escasos, recursos que ordinariamente hemos venido considerando abundantes. Así, es posible encontrar en algunas ciudades de Japón casetas donde depositando algunas monedas se puede tomar unas bocanadas de aire puro.
6. Esto se puede apreciar más claramente con el uso del concepto de "precio de reserva". El precio de reserva del vendedor es la cantidad mínima que estaría dispuesta a recibir para desprenderse de su casa, y que refleja obviamente en qué nivel la valoriza (y que a su vez es consecuencia de los costos de producción del bien). Imaginemos en el caso que es S/. 100,000. El precio de reserva del comprador es lo máximo que estaría dispuesto a pagar por la casa, y que también refleje su valorización (y que está determinada por el rendimiento esperado del bien para quien lo adquiere). Imaginemos que es S/. 150,000. En este contexto el precio que acuerden las partes en un valor que se encuentra necesariamente entre el precio de reserva del vendedor y el del comprador, que puede ser, por ejemplo, S/. 125,000. Si hay contrato el mercado nos está indicando que un bien se transfirió de un uso menos valioso a un uso más valioso.
7. Así, no quiere evitarse todo accidente. Si admitimos que los automóviles circulen a 60 kph es porque aceptamos que el costo que los automóviles generan por la vía de los accidentes producidos a esa velocidad es el "precio" que la sociedad tiene que pagar por gozar de los beneficios de la existencia de automóviles. De lo contrario prohibiríamos la existencia de automóviles, o los obligaríamos a circular a velocidades inofensivas (como 5 kph). En sí, el ejemplo es el mismo que citamos antes respecto al cazador que le vuela un ojo a un tercero. No se trata de evitar siempre estos accidentes pues ello llevaría a prohibir la caza, lo que podría llevar a la sociedad al hambre. Se trata de crear los incentivos para que la actividad de los cazadores, sin perjuicio de seguir ocasionando accidentes, genere costos inferiores a los beneficios involucrados.
8. Esto se puede lograr, por ejemplo, trasladando el costo del accidente al que más tiene, o distribuyendo socialmente el costo del accidente a través del sistema de seguros o del sistema de precios. Esto implica que el más rico sufre menos pagando 1,000 que lo que sufre el más pobre pagando lo mismo, por un lado, o que estamos asumiendo que se minimiza el sufrimiento social si 1000 pagan 1, antes que 1 pague 1,000.

le atribuye el Teorema que lleva su nombre<sup>9</sup>. La obra de la que se desprende el Teorema, nunca formulado por él en esos términos, es "El Problema del Costo Social"<sup>10</sup>. Este famoso Teorema tiene dos formulaciones. La primera de ellas puede ser resumida como sigue:

"Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes, a través de acuerdos voluntarios entre ellas, llegarán a la solución más eficiente."

¿Qué cosa son los "costos de transacción"? Pues son el concepto medular en la concepción de Coase. Como él dice, no es posible entender las transacciones que se producen en el mercado sin tomar en consideración que en orden a llevarlas a cabo es necesario "descubrir con quién desea uno tratar, informarse acerca de qué se desea intercambiar, establecer los términos en que habrán de llevarse a cabo, proceder a las negociaciones que llevarán al acuerdo, preparar los términos del contrato y comprometer la inspección necesaria para asegurar que sus términos están siendo observados", todo lo que puede llevar a que existan costos importantes para celebrar un contrato, y que, en ciertos casos, pueden llevar a que no se culmine una transacción por más que su realización podría ser eficiente<sup>11</sup>.

En términos sencillos los costos de transacción son los costos de celebrar un contrato, y que en ciertas circunstancias son tan altos que pueden evitar que se perfeccione el acuerdo, o llevar a que éste se perfeccione en términos ineficientes.

Dentro de la primera formulación del Teorema se asume que estos costos no existen. Cabe hacer la analogía entre el mundo de Coase en el que las transacciones se desarrollan sin costos y el mundo de los físicos donde los cuerpos se mueven sin tener la resistencia de la fricción del aire. Obviamente, la primera formulación no puede interpretarse en el sentido que sólo funciona cuando los costos de transacción son iguales a cero (situación absolutamente ficticia e imposible de alcanzar) sino en el sentido que los costos de transacción son razonables como para

no interferir de manera significativa en la transacción y en general en el funcionamiento del sistema de mercado.

Un segundo concepto que es importante definir para entender el Teorema de Coase es el de externalidad o costo externo. Una externalidad puede ser definida como un costo no contratado. Por ejemplo, si un microbús no revisa sus frenos incrementa las posibilidades de causar un accidente. Si el accidente ocurre y el microbusero no responde por él, está externalizando parte del costo de su actividad a la eventual víctima. Como el microbusero no asume los costos que genera, no hará las reparaciones adecuadas a sus frenos. Imaginemos que el microbusero obtiene una utilidad de S/.1,000 por el uso de su vehículo. El hecho de no reparar los frenos hace que los potenciales daños a las víctimas se eleven en, digamos, S/. 2,000<sup>12</sup>. Resulta que reparar los frenos sólo tiene un costo de S/.200. Los S/. 2000 son una externalidad. Son parte del costo social de la actividad de los microbuseros, pero no del costo privado de los mismos. Esto crea una divergencia entre el costo social, que es el verdadero costo que una actividad genera a la sociedad, y el costo privado, que es el que toman en cuenta los individuos para decidir cómo comportarse, y que se identifica con el costo de producción de un recurso. La reparación de los frenos es socialmente deseable. Con una inversión de S/.200 se evita una pérdida de S/.2,000 en daños. Se da pues un ahorro de S/.1,800. Pero si el microbusero no tiene que pagar los daños que genera no encontrará razón lógica para gastar S/.200 que reducen un costo que él nunca asume.

Si cambiamos la regla de no responsabilidad por una de responsabilidad las cosas son diferentes. Si el microbusero tiene que pagar los daños que ocasiona, su utilidad de S/.1,000 se convierte en pérdida de S/.1,000. Recibe beneficios por S/. 1,000, pero al tener que pagar indemnizaciones por S/.2,000 sufre una pérdida. Sus opciones son dos. O se retira del negocio, pues no es razonable trabajar a pérdida, o arregla sus frenos. Retirarse del negocio no genera ganancias pero tampoco pérdidas. Deja de ganar S/.1,000, pero también deja de causar daños por S/.2,000 que tendría que indemnizar.

9. Mientras se terminaba de revisar el presente artículo se dio la noticia que Ronald Coase había sido galardonado con el Premio Nobel de Economía correspondiente al año 1991, precisamente por el desarrollo de las ideas que se exponen en el presente artículo. Sin duda, como veremos más adelante, su principal aporte radica en el descubrimiento de la importancia de los llamados "costos de transacción" en el desarrollo de las instituciones económicas, y en lo que nos atañe directamente, en el diseño de las instituciones jurídicas. Esto puede darnos una idea de la importancia de sus teorías y de la trascendencia que está tomando el Análisis Económico del Derecho.

10. COASE, Ronald. "The Problem of the Social Cost" en *Journal of Law and Economics*, No. 3, p. 1.

11. *Ibid*, p. 18.

12. Esto no quiere decir que un accidente concreto genere un costo de S/.2,000. Esto quiere decir que, por ejemplo, por no tener frenos, se incrementa en un 20% las posibilidades de generar un daño de S/.10,000. Así,  $0.2 \times 10,000 = 2,000$ .

La segunda opción, reparar los frenos, resulta más razonable. Asumirá un costo de S/.200, con lo que su utilidad se reduce a S/.800. Pero elimina un costo en indemnizaciones de S/.2,000. Como ganar S/.800 es mejor que no ganar nada, y si no existe otra actividad en la que puedan utilizarse los mismos recursos a un rendimiento mayor, el microbusero decidirá arreglar sus frenos.

¿Cómo entender la primera formulación del Teorema de Coase a la luz de los dos conceptos señalados?. Si los costos de transacción son lo suficientemente bajos como para hacer viable una solución contractual, la existencia de una regla legal es inocua para alcanzar el resultado final. Imaginemos que los peatones, potenciales víctimas de los accidentes, pueden llegar a celebrar un acuerdo con los microbuseros. Esto implica que reunirlos a todos es posible, que la información entre las partes es perfecta, y que ningún costo es lo suficientemente alto como para impedir que este supuesto contrato se perfeccione.

Dentro de este mundo ideal, si se establece una regla que asegure la irresponsabilidad de los microbuseros, existe un incentivo en los peatones para cambiar la situación. Ellos sufren daños por S/.2,000 y los causantes de ese daño reciben beneficios por S/.1,000. Obviamente es posible, si los costos de transacción son iguales a cero o son razonablemente bajos, que los microbuseros y los peatones se sienten en una mesa a negociar y que lleguen a un acuerdo. En dicha negociación los peatones están dispuestos a pagar hasta S/.1,999 para evitarse el daño por S/.2,000. Por el contrario los microbuseros estarán dispuestos a recibir más de S/.1,001 a fin de detener su actividad. Podrán guardar su microbús en un garage y dedicarse a recibir una renta superior a la que producían antes. En tal sentido, por un pago de S/. 1,500 los microbuseros estarán dispuestos a detener su actividad y los peatones se sentirán más seguros, recibiendo un beneficio de S/.500 (los S/. 2,000 de daños que sufrían menos los S/.1,500 que tienen que pagar a los microbuseros por el mérito del contrato). Pero obviamente esa no es la mejor solución. Si la información es perfecta y los peatones identifican que a un costo de S/.200 el problema queda solucionado, ofrecerán a los microbuseros pagarles la reparación de sus frenos. Se eliminará la pérdida de S/.2,000 a un costo de S/.200 para los peatones y los microbuseros seguirán recibiendo una utilidad de S/.1,000.

Invirtamos la regla. Si hacemos a los microbuseros responsables por los potenciales daños que generan, internalizarán los costos de los accidentes que ocasionen. Como tienen que asumir un costo de S/.2,000, que puede ser evitado con una inversión de

S/.200, los microbuseros elegirán hacer esto, a pesar que verán reducida su utilidad a S/.800.

En uno y otro caso se llega a la solución más eficiente: la instalación de los frenos. Debemos destacar, sin embargo, que si bien el resultado en materia de eficiencia es indiferente a la regla legal que se adopte, no sucede lo mismo en términos de distribución del ingreso. Mientras en el primer caso son los peatones los que pagan de su propio bolsillo la reparación de los frenos, en el segundo, este costo es asumido por los microbuseros. Pero el Teorema de Coase no va dirigido a destacar el efecto en términos de distribución, sino de eficiencia.

Pero en el caso entre peatones y microbuseros es difícil imaginar la no existencia de costos de transacción que nos lleven a soluciones como las mencionadas. El gran número de peatones y microbuseros, los costos de información, la posibilidad de sentarlos a negociar y llegar a acuerdos a un costo razonable hacen el acuerdo impensable. Los costos de transacción hacen la solución de mercado inviable. Esto nos lleva a la segunda formulación del Teorema de Coase:

"Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí interesa la regla legal que se adopte para llegar a una solución más eficiente."

Como hemos dicho es impensable un sistema contractual que pueda solucionar el problema de las relaciones entre microbuseros y peatones. Vimos también que si no existe acuerdo, la regla de irresponsabilidad generaba una discrepancia entre el costo privado y el costo social (producido por las externalidades presentes) que llevaba a decisiones ineficientes que producen una inadecuada asignación de recursos. En cambio, el sistema de responsabilidad civil, al internalizar las externalidades, genera el incentivo en los choferes para que éstos reparen sus frenos a pesar del costo que esto les significa.

En pocas palabras los costos de transacción hacen la diferencia y justifican que en ciertos casos, en que los costos de transacción son elevados, el Derecho intervenga para identificar la solución más eficiente. Como señala Torres López, las funciones del Derecho bajo esta perspectiva son dos: reducir los costos de transacción que pudieran existir y proceder a una atribución de derechos que lleve consigo elecciones eficientes<sup>13</sup>. Dicho en otras palabras, se trata de facilitar el funcionamiento del mercado, y en los casos en que superar los impedimentos resulte demasiado difícil o imposible, el Derecho debe actuar,

13. TORRES LÓPEZ, Juan "Análisis Económico del Derecho". Tecnos, 1987, p. 53.

como señala el propio Torres López, como un auténtico "mercado simulado"<sup>14</sup>.

#### 4. EL PROBLEMA DEL TRANSPORTE PÚBLICO A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

No es mi intención hacer un análisis profundo y detallado utilizando el Análisis Económico del Derecho, y que nos permita encontrar cuál es la solución a adoptarse. Más bien es mi intención graficar muy superficialmente su utilidad y su función instrumental para comprender casos concretos y encontrar problemas que aparecen ocultos, cuando utilizamos el razonamiento jurídico tradicional.

En principio, desde una perspectiva liberal, sólo se necesitan tres instituciones básicas para el funcionamiento del sistema jurídico patrimonial privado:

a) Un sistema de derechos de propiedad (quizás sería mejor hablar de un sistema de titularidades) que garantice una distribución inicial de los recursos. Estas titularidades deben conceder la facultad de excluir a los demás para crear los adecuados incentivos para la explotación y conservación eficiente de los recursos escasos.

b) Un sistema de derecho de contratos que garantice el fluido intercambio de bienes entre los individuos a fin que éstos puedan ir asignándose a sus usos más valiosos. Si asumimos, como lo hace la perspectiva liberal, que la decisión individual es el mejor mecanismo de asignación de recursos, los contratos se convierten en la expresión jurídica del sistema de mercado. Obviamente el sistema contractual sólo nos llevará a las soluciones más eficientes ahí donde los costos de transacción, en términos coasianos, no sean significativos. Incluso es función del sistema contractual la reducción de estos costos precisamente para favorecer las soluciones de mercado<sup>15</sup>.

c) Un sistema de responsabilidad civil extracontractual que garantice la simulación del mercado en aquellas circunstancias en las que los costos de transacción impidan al mercado asignar los recursos de manera eficiente.

Cuando se habla de la privatización del transporte público de lo que se está hablando en realidad es de trasladar esta actividad dentro de un sistema de derecho patrimonial privado que se base en las tres instituciones que hemos descrito. Se requiere una asignación inicial de derechos de propiedad sobre las

unidades de transporte público y quizás la definición de titularidades sobre las rutas.

En segundo lugar se determina que la transferencia de estos recursos debe hacerse de acuerdo a un libre intercambio. Esto implica una libre tarifa, por un lado, y una libre entrada de microbuseros al uso de las rutas, por el otro. La libre tarifa generará inicialmente una elevación del precio del transporte, principalmente porque la oferta de microbuses el día de hoy es inferior a la demanda. De alguna manera habrá inicialmente un precio monopolístico, reforzado por la organización de "carteles" que fijarán precios entre sus miembros, como parece ser está sucediendo con la Federación de Choferes del Perú. Pero esta tarifa superior al precio de equilibrio en un mercado competitivo incentivará la entrada de nuevas unidades de transporte, elevando el nivel de viajes ofrecidos y, consecuentemente, reduciendo el precio del transporte.

En tercer lugar, no todos los problemas de la circulación de microbuses pueden ser resueltos por el sistema contractual. Los costos de transacción con terceros son elevados, y por tanto pensar que por ejemplo, los peatones "compre" seguridad a los microbuseros aparece como imposible. En tal virtud, el sistema de responsabilidad extracontractual puede internalizar las externalidades que el transporte público genera y con ello creará incentivos para un comportamiento eficiente, tal como señalamos antes.

Claro que algún lector suspicaz podrá cuestionar esta idea con el argumento que los microbuseros trasladarán este costo a sus pasajeros y por tanto no habrá incentivo a tomar las precauciones necesarias (como por ejemplo reparar los frenos). Pero si tenemos en cuenta que el mercado es competitivo, descubriremos que un microbusero descuidado tendrá que cobrar una tarifa superior a la que cobra un microbusero cuidadoso, pues el primero tendrá más accidentes. El segundo en cambio será más competitivo y estará en la posibilidad de desplazar al más ineficiente de su ruta pues los pasajeros preferirán pagar menos.

Pero quizás el problema más interesante en el transporte público no está por el lado de las externalidades que sufren los terceros, sino precisamente en las que sufren los pasajeros. Si tenemos una aproximación simplista al problema diremos que siendo los costos de transacción bajos entre el microbusero y sus pasajeros todos los problemas pueden solucionarse desde el punto de vista del sistema contractual.

14. *Ibid.*, p. 27.

15. Dos mecanismos que desarrollan la función de reducción de los costos de transacción son la existencia de normas supletorias a la voluntad de las partes que reducen la necesidad de prever todas las contingencias en el período de negociación y la existencia de cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión que reducen los costos de transacción al reducir la necesidad de negociación entre las partes.

La base para afirmar que los costos de transacción son bajos radica en que habiéndose celebrado un contrato de transporte, queda claro que ha sido posible que las partes negocien y lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambos. Así, el pasajero, consciente de los riesgos que asume al subir a un microbús determinado, negociará con el microbusero quien responderá por sus daños si sucede un accidente. Las posibles soluciones son dos. Puede ser que el pasajero acuerde asumir ese riesgo. Así conseguirá un pasaje más barato, pero implícitamente añadirá al precio que paga el costo esperado de los accidentes que pudiera sufrir, dado el estado de funcionamiento del microbús, pues de suceder el accidente el pasajero tendrá que pagar sus propios daños. Es en base a estos dos costos que él decidirá si viaja o no. Así los microbuseros no sólo tratarán de ofrecer tarifas atractivas sino unidades de transporte seguras y cómodas que hagan que el pasajero reduzca en su cálculo el monto esperado por los accidentes. Esta reducción implica que en términos reales el pasajero "paga" menos por viajar.

La segunda solución es que acuerden que sea el microbusero el que asuma el costo. Así el microbusero "asegurará" al pasajero contra todo accidente, incluyendo una cláusula en estos términos en el contrato de transporte correspondiente. Pero obviamente por hacer esto cobrará una tarifa más elevada que le sirva para cubrir los daños que sus pasajeros pudieran sufrir, o para contratar un seguro.

¿De qué dependerá que sea el pasajero o el microbusero el que asuma el costo?. Pues ello depende de quién puede neutralizar o reducir el monto del daño a menor costo. Normalmente el microbusero, principalmente por la información que dispone, puede reducir la cantidad y gravedad de los accidentes a menor costo que el pasajero. Si eso es así se logrará a través del sistema contractual una reducción de costos. En la negociación este hecho saldrá a relucir y entonces el microbusero asumirá el costo del accidente (o de las precauciones necesarias para evitarlo) beneficiando a ambas partes. El pasajero asumirá un menor costo (a pesar que le trasladen el costo de los accidentes o precauciones vía la tarifa, éste será menor a lo que él tendrá que pagar por accidentes o por tomar medidas de precaución) lo que a su vez determinará que hayan más pasajeros pues el microbusero será más competitivo. Si el costo de las precauciones es razonable, lograremos microbuses seguros y cómodos a tarifas competitivas. En otras palabras, igual como el mercado produce un "precio de equilibrio", produce también condiciones de equilibrio en la prestación de los servicios.

El problema es que todos intuimos que tal mundo es difícil de alcanzar. Existe un costo de transacción importante: el costo de información. Estos costos son insuperables en muchos casos. Así es difícil imaginar que cada vez que suba un pasajero al microbús éste

pueda hacer una inspección de los frenos, por ejemplo, para negociar cuál es la tarifa razonable y quién debe asumir el riesgo dado el estado operativo de la unidad de transporte. Que exista un contrato no quiere decir que se hayan superado todos los costos de transacción. Incluso entre dos partes que han llegado a un acuerdo existen aspectos de su relación que no pueden ser solucionados por el sistema contractual dada la existencia de costos de transacción, pues una o ambas partes pueden enfrentar costos de información sustantivos.

Si como dijimos la diferencia entre el ámbito de acción de los contratos y el de la responsabilidad extracontractual radica en la existencia o no de costos de transacción que puedan evitar una eficiente asignación de los recursos, entenderemos que la diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual no radica en la existencia o no de un contrato entre las partes, sino en la posibilidad que ante una situación dada, en la que se considera necesaria una correcta asignación de los recursos y de los riesgos, el sistema de contratación pueda resolver el problema de manera idónea o esté impedido de hacerlo.

Imaginemos que sucede un accidente. Un microbús se sale de la pista, atropella a unos peatones y se vuelca, ocasionando daños a parte de sus pasajeros. No existe razón para considerar la responsabilidad respecto a los peatones extracontractual y respecto a los pasajeros contractual. En ambos casos el sistema contractual es incapaz de llegar a una adecuada solución. En el caso del peatón, porque los costos de identificar y reunir a todos los interesados (peatones y microbuseros), hacerlos negociar y llegar a un acuerdo antes del accidente son insuperables. En el caso de los pasajeros porque, sin perjuicio de la existencia de un contrato, éste no puede resolver el problema de la asignación de los riesgos por accidentes por los altos costos de información al pasajero respecto a la situación operativa del microbús y el costo esperado de los accidentes. En ambos casos se necesita una regla legal que simule la solución a la que hubiera llegado el mercado si los costos de transacción no existieran.

Obviamente el problema de las precauciones adecuadas puede ser solucionado mediante regulación administrativa. Así, por medio de revisiones técnicas y precauciones obligatorias cuyo incumplimiento implica sanciones, se podría, en teoría, llegar a que se desarrollen conductas adecuadas. Sabemos por experiencia que esto no ha funcionado hasta ahora, pero si se crea un mecanismo de control eficiente podríamos pensar en esta opción como una alternativa. En todo caso la liberalización de tarifas de manera paralela a una desregulación de la actividad (eliminación de controles y sanciones administrativas) implicaría creer, de alguna manera o que los

costos de transacción son reducidos o que el sistema de responsabilidad civil peruano es efectivo en simular las soluciones a las que llegaría el mercado. Creo que éste sería uno de los problemas principales en el caso de una desregulación total de la actividad, pero no es mi intención tratar ese problema en este trabajo.

Hemos explicado muy superficialmente, quizás simplistamente, el esquema que se encuentra bajo la liberalización del transporte. El análisis económico nos puede arrojar luces sobre cómo aprovechar mejor y no desperdiciar los recursos, y sobre qué soluciones pueden darse a cada uno de los problemas. Pero obviamente es un análisis incompleto. Otros valores y principios terminan influyendo en la decisión final. No he pretendido agotar el tema. Menos aún creo que de la forma como hemos desarrollado el análisis puedan extraerse auténticas conclusiones. Sólo he querido usar el caso del transporte público como una excusa para introducir al lector en algunos principios básicos del Análisis Económico del Derecho.

## 5. CONCLUSIÓN.

Los enfoques expuestos en este artículo tienen una perspectiva eminentemente liberal. En este sentido no se requiere mucho esfuerzo para convencer a los liberales de las bondades del Teorema de Coase, y del propio Análisis Económico del Derecho. Creo, sin embargo, que sin perjuicio del punto de partida ideológico, esta perspectiva puede ser dotada de un importante carácter instrumental, incluso para aquellos que ideológicamente no consideran el sistema liberal como el mejor. Nos puede servir para que los abogados tomemos conciencia que las decisiones legales generan y alivian una serie de costos y beneficios en la sociedad. Como sugirió Calabresi, si bien no podemos agotar la idea de justicia en el objetivo de evitar el desperdicio, tampoco podemos olvidar que desperdiciar es injusto. El Análisis Económico del Derecho nos hace recordar a los abogados que vivimos en un mundo donde los recursos son escasos, y que por tanto es parte de nuestra misión tratar que las necesidades humanas sean satisfechas de la mejor manera posible de cara a esta escasez.