

## RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS

---

KLUGER, V. (compiladora). *Análisis económico del Derecho*. Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2006, 302 pp.

La obra colectiva compilada por Viviana Kluger, cuyos autores se encuentran especialmente inspirados por una misma corriente de estudio interdisciplinaria. Está formada por el valioso aporte de prestigiosos académicos de diferente formación universitaria (ciencia jurídica tradicional, ciencias económicas y análisis económico del derecho –en adelante también AED). El lógico resultado de esta obra colectiva, es la obtención de un producto enriquecido por la óptica de investigadores especializados de modo heterogéneo al que los une un interés común: el análisis económico del derecho. Como consecuencia de lo anterior, el libro es de interés para un público con formación disímil (jurídica tradicional, económica clásica y del análisis económico del derecho). En concreto, los capítulos son, con excepción de la introducción, independientes y autónomos entre sí. Lo expuesto, tiene la ventaja de posibilitar que algunos capítulos se escriban utilizando AED con cierto grado de complejidad (dirigido a entendidos del AED o con formación económica convencional), otros con un nivel intermedio de dificultad (para entendidos del AED o formación económica tradicional y quienes se inician en el AED) y –asimismo- capítulos que presentan un nivel inicial, introductorio o utilizan el AED de manera más tangencial (especialmente dirigido para quienes se inician en la lectura del AED o que consideran relevante el tema del derecho analizado).

Consecuentemente con lo expuesto, la presente reseña se realiza respetando la misma estructura de desarrollo del libro. Se analiza cada capítulo de forma aislada permitiéndose así, la lectura selectiva y con mayor profundidad de aquellos temas que sean de especial interés -según la formación e inquietud- de cada lector.

En el capítulo I introductorio Viviana Kluger, argumenta que el libro está dirigido a lectores con formación jurídica tradicional de la Europa Continental y Latinoamérica, de modo accesible, lenguaje sencillo, pero –al mismo- tiempo brindando herramientas para profundizar sobre el AED para aquellos entendidos sobre la temática. Asimismo, la autora destaca que el AED es una materia interdisciplinaria

trascendente para resolver problemas complejos donde la monodisciplina no es suficiente para realizar un análisis exhaustivo. Kluger menciona el concepto, origen y aplicación del AED. Sucintamente, se refiere también a la eficiencia, al Teorema de Coase, a las externalidades y a las consecuencias de la aplicación del AED a la responsabilidad civil. Asimismo, la autora trata el AED en otros países (EE. UU., Alemania, Italia y España) y en Argentina. Explica que el estudio del AED en Argentina es incipiente y que la situación comienza a revertirse, destacándose, como pioneras en este proceso de cambio, las siguientes universidades: Universidad de Buenos Aires, Universidad Nacional del Sur, Universidad Nacional de Cuyo, Universidad de San Andrés y Universidad Torcuato Di Tella.

El capítulo II, *El análisis económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos*, está escrito por Guillermo Cabanellas, quien analiza el concepto del análisis económico del Derecho, considerando que “es la aplicación de los instrumentos analíticos de la ciencia económica a los fenómenos jurídicos.” El autor, interpreta al AED de forma novedosa y original. Considera que el AED es aplicable a todas las ramas del Derecho debido a que en general “tendrán efectos económicos”. En consecuencia, se podría interpretar la postura del autor, considerando que todo aquél investigador que analice normas y sus efectos económicos, estaría enrolado en el análisis económico del derecho. Bajo este razonamiento, Cabanellas considera que el AED comienza en épocas muy anteriores a las que –en sentido divergente- estima la teoría tradicional del AED. Así, Cabanellas se remonta a publicaciones del siglo XVIII como ser *La Riqueza de las Naciones (An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776)* de Adam Smith, donde según el autor es llamativa “la presencia del análisis económico del Derecho”. Concordantemente con su postura, en Argentina, entiende –de forma también novedosa- que el inicio de esta temática interdisciplinaria comienza con Alberti (1810-1884) con *Las Bases* y con *La Organización Económica y Rentística*. Finalmente, el autor define algunos conceptos provenientes de la ciencia económica convencional utilizados también por el AED.

*Justicia y bienestar desde una perspectiva del derecho comprado*, capítulo III, está realizado por Horacio Spector. El autor estudia la influencia y utilidad del análisis económico del derecho y la filosofía moral en el derecho comparado: tanto en el *common law* como en el derecho romanista o codificado. Spector realiza un profundo y valioso estudio sobre los principales exponentes de ambas corrientes científicas, sus influencias en el derecho (ejemplificando casos de responsabilidad contractual y extracontractual) y efectúa un particular análisis sobre el sistema de responsabilidad basado en la culpa o de la responsabilidad objetiva en el derecho comprado y nacional. Asimismo, destaca que debido, principalmente, a que las

sentencias de derecho civil en los países continentales están basadas en razones formales y que sólo en casos difíciles se recurre a razonamientos consecuencialistas y económicos, aquel derecho se ve fuertemente influido por razonamientos de la filosofía moral, en los que imperan el valor justicia y de la autonomía de la voluntad. Por el contrario, en los países del *common law* (en particular en EE.UU., antes que el derecho inglés) donde los juzgadores se sienten libres para resolver conforme a razonamientos consecuencialistas e instrumentales, el AED efectúa aportes destacables. Sin embargo, el autor concluye que más allá de los fundamentos, principalmente, filosóficos y valores de justicia y autonomía de la voluntad imperantes en el derecho romanista o codificado, el AED, tendiente a identificar y proponer normas que maximicen el bienestar, es también de gran utilidad para aquel derecho (en el cual lógicamente el sistema jurídico argentino se encuentra incluido).

En el capítulo IV, *Coase: Un teorema para el derecho. Su aplicación a la responsabilidad civil, los derechos patrimoniales, al derecho de los contratos y al derecho de familia*, la autora explica dicho teorema, resaltando la importancia que el mismo posee: desmitificación de ciertos dogmas legales; diferenciación de situaciones de negociación y de no negociación (revalorizando la autonomía de la voluntad como forma de resolver conflictos); trascendencia de la relación estrecha entre Economía y Derecho (especial influencia del Derecho –a través de las leyes y sentencias- en la actividad económica); demostración de la posibilidad de realizar cambios en situaciones dadas (verbigracia, reformas legislativas). La autora estima que el Teorema de Coase es un instrumento válido para releer el Derecho en su integridad. Consecuentemente, en la segunda parte del capítulo, Tavano aplica –de forma enunciativa e ilustrativa- el Teorema de Coase a distintas ramas del Derecho. Primero, en el estudio del Derecho de daños, analizando el valor de desmitificar ciertos dogmas. Segundo, en la investigación de los derechos patrimoniales, teniendo en consideración casos donde es posible negociar (sin costos de transacción) y donde no lo es (con costos de transacción muy elevados o prohibitivos). Tercero, en el Derecho de contratos, haciendo hincapié en la trascendencia que posee la autonomía de la voluntad. Por último, en el derecho de familia, destacando la conveniencia de llevar a cabo una reforma legislativa sobre el régimen patrimonial matrimonial.

En el capítulo V, *El análisis económico del derecho y los límites cuantitativos de la reparación de daños*, realizado por Eduardo A. Zannoni, se tratan los límites cuantitativos de la reparación de daños. El autor considera que “la idea de reparación integral de daños, que preside en materia civil y que se inspira en principios de justicia conmutativa, no resiste, en principio, límites cuantitativos *a priori* que impidan, en cada caso, el resarcimiento pleno de los perjuicios

sufridos por el damnificado.” A partir de dicho postulado, Zannoni examina la socialización de los riesgos y la limitación cuantitativa del resarcimiento de los daños en la responsabilidad objetiva, reprobando el establecimiento *a priori* de topes indemnizatorios, lo cuales –según su entender- no son de índole jurídica sino sustancialmente políticos (o económicos). Luego de comentar el proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 que incluía en su articulado la limitación de la responsabilidad objetiva, manifiesta que no es razonable que se incorpore la limitación cuantitativa de la responsabilidad objetiva para cualquier supuesto del *derecho común*, la cual eventualmente podría (o no) justificarse, sólo por cuestiones políticas o económicas para favorecer, alentar o proteger actividades concretas. Seguidamente, el autor vuelve a criticar el límite a la responsabilidad objetiva que contemplaba el Proyecto de Código Civil de 1998, adhiriendo a los argumentos expuestos por Matilde Zavala de González quien considera que la reducción de costos y tarifas a partir del límite de las responsabilidades provocarían absolutas irresponsabilidades, incentivando el ahorro en medidas de prevención de potenciales daños. Por último, se comentan las disposiciones normativas posteriores a la llamada Ley de Convertibilidad del Austral de 1991 (decretos 13339/93, 1312/93 y ley 24.283 de 1993) y –en apartado siguiente- hace una breve referencia sobre los llamados daños punitivos.

El capítulo VI, *¿Quién debe pagar el coste de los accidentes de trabajo? La coordinación de la seguridad social y el derecho de daños desde una perspectiva económica*, escrito por Fernando Gómez y Mireia Artigot-Golobardes, es integralmente valioso y –atento a la existencia de cierta formalización matemática- es especialmente recomendable para los lectores con algún conocimiento previo sobre AED (o con formación económica). El capítulo comprende una minuciosa investigación –desde el AED- sobre los incentivos creados e implicaciones económicas derivadas de las alternativas jurídicas existentes para la indemnización de accidentes laborales, en particular del sistema de responsabilidad objetiva llamado *Workers’ Compensation* de los Estados Unidos de América (que tiene aspectos similares a otros sistemas jurídicos utilizados en Europa y América). El estudio se basa en el análisis económico de la coordinación óptima del sistema *Workers’ Compensation* y la responsabilidad civil objetiva por daños del *derecho común* (verbigracia, a raíz de un accidente laboral causado –de forma total o parcial- por un producto defectuoso). La coordinación óptima se obtiene con un balance adecuado entre las compensaciones laborales (que no deben ser excesivas al adicionarse la compensación por *Workers’ Compensation* y la del *derecho común* por daños por el bien viciado) y la creación de incentivos óptimos para que el empleador y el fabricante –de productos viciosos- inviertan en el nivel de precaución deseable. Para dicha investigación, los autores analizan diversos sistemas de coordinación

existentes en distintas jurisdicciones estadounidenses (contribución total, no contribución, contribución limitada, reducción dólar-por-dólar y separación de los sistemas) utilizando modelos económicos estándar de accidentes y responsabilidad e introduciendo, también, ciertos elementos adicionales para obtener un modelo más ajustado a la realidad: se examina la cobertura limitada en *Workers' Compensation*, los potenciales sesgos de los tribunales en la valoración de los daños y en la determinación de la responsabilidad de cada parte y, por último, los costos administrativos de las distintas alternativas de coordinación. El capítulo cumple sobradamente con los objetivos propuestos por sus autores, siendo un trascendente aporte como “punto de partida en el análisis económico del complejo funcionamiento de estos sistemas de coordinación, que hasta ahora han sido en gran parte olvidados en la literatura de Análisis Económico del Derecho”.

*La negociación contractual y el análisis económico*, presenta reflexiones sobre la relación entre el Derecho y la Economía y entre la eficiencia y la equidad. Asimismo, analiza diversos conceptos de la teoría contractual relacionados con el llamado contrato perfecto y el proceso de negociación. Como colofón, la autora considera que el análisis económico es valioso para el examen de la jurisprudencia y para la toma de decisiones de las partes de los contratos, sin perder de vista los fines éticos y de utilidad social que presentan aquellas transacciones.

El capítulo VIII, *El análisis económico del derecho del consumidor: información, garantías y daños por productos elaborados*, escrito por Andrea Castellano es un valioso análisis económico del derecho del consumidor desde la teoría económica de la información. Huelga hacer mención sobre el desarrollo didáctico que posee este capítulo: sin sacrificarse profundidad en la exposición, el mismo es de fácil acceso para lectores que recién se inician en la temática. Por otra parte, el capítulo cumple ampliamente con el principal objetivo, propuesto por la autora: “poner de relieve un conjunto amplio de factores que merecen atención a la hora de comparar y decidir acerca del diseño y aplicación de instituciones orientadas a un mismo objetivo”. En particular, analiza las normas tendientes a lograr un “re-equilibrio” de la relación entre consumidores y proveedores de bienes y servicios, la cual es considerada *naturalmente desequilibrada*, principalmente, por encontrarse los primeros *en una situación de información asimétrica desfavorable* respecto de los segundos. Así, luego de explicar el fenómeno conocido como selección adversa (Akerlof, 1970), analiza distintas instituciones contenidas en la Ley Argentina de Defensa del Consumidor (Ley 24.240) encaminadas al “re-equilibrio” relacional mencionado. Se examina el deber de información exigido por la legislación, argumentando que si bien la normativa no resuelve todas las cuestiones disvaliosas derivadas del problema de información asimétrica estudiado, la misma no parece

ser distorsiva y posiblemente genera más beneficios que costos. Seguidamente, Castellano analiza la garantía legal obligatoria de la Ley 24.240. Entonces, considera que esta institución tampoco soluciona todos los efectos adversos en cuestión, pero posiblemente provoca una suba del “piso” de calidad de bienes intercambiados y –consecuentemente acerca la calidad real del producto con aquella esperada por el consumidor, reduciéndose también la probabilidad de daños que el consumidor experimenta. También se estudia la responsabilidad objetiva contemplada en la Ley 24.240, concluyendo que este factor objetivo de atribución de responsabilidad contribuye a que el precio de mercado refleje los riesgos reales de los productos y servicios ofrecidos (conocidos por sus proveedores). Esta circunstancia, implica que los consumidores comprarán la cantidad óptima de productos y servicios, con independencia a que posean eventuales sesgos en la apreciación de los riesgos reales de aquellos productos y servicios. Seguidamente, entre otras reflexiones finales, argumenta que los instrumentos normativos para la protección del consumidor compiten entre sí; es decir, para algunos supuestos -por ejemplo- las garantías legales constituirán el mecanismo deseable (supuestos de pequeños daños) y para otros, lo será la responsabilidad objetiva por daños (casos de daños personales). Por último, la autora destaca que las ventajas de un tratamiento interdisciplinario en este campo “posiblemente radique en los detalles que esa interacción pone de manifiesto”.

El capítulo IX, *Análisis económico de los derechos de propiedad*, está redactado por Germán Coloma. El autor realiza un destacado trabajo, logrando explicar exitosamente los principales aspectos de la literatura existente sobre el tema, de una forma clara y sencilla abocándose, luego, a una exposición con mayor complejidad utilizando gráficos y formulaciones matemáticas, especialmente recomendable para lectores con ciertos conocimientos previos sobre AED (o formación económica). Así, Coloma explica, citando a Posner, las funciones económicas de los derechos de propiedad: crear incentivos para que los individuos inviertan en el uso eficiente de los recursos y evitar costos a terceros debido al uso y goce de recursos sobre los cuales no se posee derecho de propiedad alguno. El autor explica la primera de las funciones a través del derecho de propiedad de bienes y el aprovechamiento de los beneficios que generan los mismos. La segunda función, es desarrollada a través de la exposición de las llamadas “tragedia de los comunes” y “tragedia de los anticomunes”. Seguidamente, Coloma examina las formas de ejercer derechos de propiedad común y las ventajas y desventajas –desde el AED- de aquellas alternativas: condominio, propiedad estatal y diversas formas asociativas privadas. Asimismo, el autor analiza el fundamento económico de la limitación temporal de los derechos de propiedad, con especial desarrollo de los derechos de propiedad intelectual y la prescripción adquisitiva. Con respecto a la propiedad intelectual, Coloma explica que el sentido económico difiere ya sea que se trate de

patentes de invención (crear incentivos a la invención y moderar el poder monopólico del inventor), de autoría de obras científicas, literarias o artísticas (reducir costos de transacción para que los usuarios obtengan el correspondiente permiso) o de derechos de propiedad sobre las marcas y designaciones (brindar información sobre la calidad y respaldo del producto ofrecido y crear incentivos para que se mantengan las características del mismo). En cuanto a la prescripción adquisitiva, Coloma explica que según la justificación económica del instituto en estudio, el tiempo debe ser lo suficientemente largo como para que el dueño no invierta exageradamente para evitar despojos y –de forma simultánea- sea adecuadamente corto para incentivar al nuevo poseedor a tener interés en adueñarse y reincorporar la cosa a la vida económica. Por último, el autor explica las razones económicas para que existan limitaciones al ejercicio de los derechos de propiedad, basadas en general, en el principio económico de que deben asignarse los recursos a quien más los valore. Ejemplo de ello son las restricciones al dominio fundadas en el interés público (según Hirsch “zonificación divisoria” y “zonificación exclusiva”) y la expropiación. Con relación a esta última institución jurídica, el autor sigue a Miceli y desarrolla un modelo que maximiza la función de beneficios sociales buscándose el número óptimo de activos expropiables e incentivos adecuados que favorezcan la inversión privada óptima sobre activos expropiables.

En el capítulo X, *El análisis económico del derecho y la estructura societaria*, Paolantonio explica conceptos generales sobre la estructura de capital y desarrolla nociones típicas del AED, como el llamado problema de agencia (entendido por el autor como una perspectiva *ex ante*: conflictos de intereses) y la economía de los costos de transacción (considerada por Paolantonio como una perspectiva *ex post*: comportamiento oportunista, contratos incompletos y racionalidad limitada). El autor hace también una genérica descripción de la contratación financiera y analiza sus características y los medios existentes para mitigar los problemas que se plantean: 1) *Equity* en colaboración con oferta pública o mercados secundarios organizados, la existencia de normas legales de administración de las sociedades –deberes de diligencia y lealtad- y el control societario por el mercado; 2) Deuda con un acreedor único o un número limitado de acreedores: los *convenants* o compromisos contractuales no monetarios (obligaciones de hacer o de no hacer); 3) Deuda con un número potencialmente indeterminado de acreedores: los *incurrence covenants* para la emisión de títulos de deuda con colocación pública (o privada con un mercado secundario organizado) y la presencia del fiduciario que represente colectivamente a los acreedores; 4) Participación minoritaria vía *equity* en una sociedad cerrada: el *venture capitalist* con derechos políticos sobre el control de la administración societaria y la posibilidad de salida (horizonte limitado) de las inversiones del *venture capitalist*.

El capítulo XI, más bien breve, *Análisis económico de las sentencias Aquino y Bustos. La coherencia económica e ideológica. Corte Suprema de Justicia de la Nación*, es un aporte al debate existente sobre dos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: el llamado caso “Aquino” (CSJN - 21/09/2004: sobre el derecho del trabajo, el derecho de daños, la constitucionalización de los derechos civiles, la igualdad ante la ley y la reparación integral) y el caso “Bustos” (CSJN - 26/10/2004: sobre los depósitos bancarios en moneda extranjera, la constitucionalización de la pesificación y la emergencia económica). Ghersi manifiesta que, no obstante que los doctrinarios normalmente han encontrado en la fundamentación de aquellos fallos un trasfondo ideológico opuesto entre sí (“progresista” y “conservador” respectivamente), en verdad, existe entre ambos pronunciamientos, “una coherencia absoluta, desde el análisis económico del derecho, en lo socioeconómico, jurídico e ideológico”. El autor considera que en ambas resoluciones, el “peso socioeconómico” es soportado por la clase media, en sus tres magnitudes, siendo los consumidores o los ahorristas los últimos afectados, según que el análisis corresponda al caso “Aquino” o “Bustos”.

El capítulo XII, *Análisis económico de la justicia criminal*, está efectuado por Germán C. Garavano y Martín Gershanik. Los autores brindan información estadística descriptiva sobre la justicia en Argentina, en especial sobre la justicia criminal de nuestro país. Los datos proporcionados son valiosos para que el lector vea en cifras la realidad de la justicia argentina y advierta fácilmente la magnitud de los problemas existentes. En cuanto a la justicia argentina en general, los autores ofrecen datos sobre los recursos humanos (cantidad de jueces nacionales, provinciales y de la ciudad de Buenos Aires: años 1992, 1996, 2000 y 2003), los gastos (Poderes Judiciales de la nación, provinciales y de la ciudad de Buenos Aires: años 1992, 1996, 2000 y 2003), las cargas de trabajo (causas ingresadas en los juzgados de la nación, provinciales y de la ciudad de Buenos Aires -años 1992, 1996, 2000 y 2003- y comparaciones internacionales de la tasa de litigiosidad argentina). Asimismo, en cuanto a la justicia criminal argentina, incluyen información sobre la tasa de delincuencia (evolución de la tasa en forma aislada y comparada con la tasa de desempleo, desde el año 1990 al 2004), la carga de trabajo y la productividad del sistema penal; en concreto, se ofrecen datos sobre la cantidad de casos ingresados, tasa de resolución y tasa de elevaciones de causas a juicio correspondientes a los fueros penales del Poder Judicial de la Nación con detallada referencia a la Capital Federal. Finalmente, los autores consideran que el sistema judicial argentino no cumple adecuadamente con la función preventiva/disuasiva del delito, provoca una sensación de indefensión y anomia entre la población que descrea en la justicia y ocasiona una disminución de denuncias de hechos delictivos. Consecuentemente,

Garavano y Gershanik estiman que la crisis del sistema criminal argentino no se resuelve con simples cambios de la normativa punitiva, sino que es necesario formular reformas estructurales concretas, que aborden la problemática en su conjunto, fortaleciéndose las instituciones y lográndose su eficaz funcionamiento, para incrementar la disuasión del ilícito penal y el cambio de la inclinación de la balanza en detrimento de aquellos que deciden seguir el camino del delito.

El capítulo XIII, *El análisis económico del Derecho y la constitucionalidad de las privatizaciones en Argentina*, está escrito por Alberto Ricardo Dalla Vía. Consta de un estudio sobre el contexto histórico, el derecho aplicable y la constitucionalidad de las privatizaciones que tuvieron lugar en Argentina. El autor analiza las razones históricas que fundamentaron las privatizaciones en Argentina enfatizando su grado de constitucionalidad. Más concretamente, destaca que no existe concepto jurídico de privatización en nuestra constitución y que bajo el mismo cuerpo normativo constitucional se llevaron a cabo políticas de nacionalización y –en otros contextos históricos– políticas de privatizaciones. Según el autor, las razones de estas últimas responden principalmente a circunstancias y tendencias económicas correspondientes a los efectos de la globalización. Por otra parte, destaca que existen áreas que la constitución vedaría para que sean objeto de procesos privatizadores. Las mismas son aquellas que corresponden a las funciones del Estado o aquellas que la misma constitución asigna como obligaciones estatales (por ejemplo, la Justicia, la Seguridad o las Fuerzas Armadas, etc.). En otro orden de ideas, el autor examina el rol que el Estado ha tenido en la defensa de la competencia (por medio de la Constitución Nacional, del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del Poder Judicial): el contexto histórico analizado va desde los albores de nuestra primera constitución nacional de 1853, citándose la postura de Alberdi, hasta nuestra última reforma constitucional de 1994. Asimismo, desarrolla la regulación y control de las privatizaciones en Argentina, concluyendo que “las privatizaciones deben ir precedidas o acompañadas de las normas que regulan su actividad, para proteger los intereses de los usuarios y prevenir que los empresarios generen inseguridad sobre los consumidores”. Asimismo, Dalla Vía destaca la reforma constitucional de 1994, entre otros, el nuevo artículo 42, de donde surgen directrices hacia el futuro, sobre la defensa del consumidor, los mercados controlados y las políticas antimonopólicas. El autor, considera que este artículo constitucional incorporado por medio de la última reforma constitucional, crea un nuevo desafío, desde la óptica del Derecho Constitucional, debido a la fuerte concentración económica que las políticas de privatizaciones en Argentina han dado como resultado.

En suma, es interesante que exista una obra colectiva sobre AED que abarque temas tan variados, con diferente profundidad de análisis, transmitiendo

conocimientos, despertando el interés sobre estos contenidos -trascendentes en nuestra realidad jurídica- y sirviendo de base y fundamento para futuras investigaciones sobre el análisis económico del Derecho en Argentina.

*Matías Irigoyen Testa*