



**Universidad de San Carlos de Guatemala**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Derecho Mercantil III**

**Sección G**

**Lic. Ovidio David Parra Vela**



**ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO  
ANALISIS ECONOMICO DE LA CONTRATACION MERCANTIL**

**Rocío Renee De Paz Carrillo 200716711**

**Oscar Giovanni Diaz Rivera 200716765**

**Jennifer Magdanetti Lapola Pérez 200912171**

**Álvaro Emanuel Romero García 20091239**

**Guatemala Julio de 2013**

## INTRODUCCION

En la actualidad existe una rama, la cual según tratadistas ha surgido de la economía, denominada Análisis Económico del Derecho. Esta rama o teoría es de índole internacional, sin embargo en nuestro país no es de mucho conocimiento, sin embargo ha tenido mayor auge en países del derecho anglosajón

El análisis económico del Derecho nace como una de las aplicaciones de la economía a otras ciencias, como la psicología o la sociología. Sin embargo, creo que en ninguno de estos campos ha tenido tanto éxito como en las Ciencias Jurídicas. En el área del Derecho la economía se ha transformado en una poderosa herramienta de trabajo, que estudia el comportamiento humano de acuerdo a nociones como el propio interés de la persona, que no siempre es meramente económico, excedente de productor o consumidor, beneficio social, máximo paretiano o teoría de los riesgos otras elaboraciones. Pero sin lugar a dudas, el concepto fundamental, como veremos es el principio de la eficiencia.

El Análisis Económico Del Derecho abarca en su estudio las diversas ramas del derecho. El objeto de este trabajo es la relación existente entre el Análisis Económico del Derecho y la contratación mercantil, en virtud que la contratación mercantil es objeto de estudio del derecho mercantil o comercial, y este es de suma importancia en la economía de un país. De igual forma se efectuará el estudio de los riesgos que los sujetos deben prever al momento de realizar un contrato, y las diversas teorías que ansían proteger a los intereses económicos de estos.

# **ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO EN LA CONTRATACION MERCANTIL**

## **Análisis Económico del Derecho**

Para entrar de lleno en lo que es el análisis económico del derecho, es indispensable hacer mención a que es economía, cuales sus principios y aspectos considerables a destacar.

Muchas personas creen que la economía es el estudio de la inflación, el desempleo, los ciclos económicos y otros fenómenos macroeconómicos misteriosos, alejados de los intereses cotidianos del sistema legal. En realidad, el campo de la economía es mucho más amplio.

Debemos iniciar diciendo que la economía es la ciencia social que estudia la extracción, producción, intercambio, distribución y consumo de bienes y servicios, la forma o medios de satisfacer las necesidades humanas y la forma en que individuos y colectividades sobreviven, prosperan y funcionan. Pero en realidad, el campo de la economía es mucho más amplio. La economía es la ciencia de la elección racional en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas.

Así definida la economía, su tarea consiste en explorar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones. No debe confundirse la maximización racional con el cálculo consciente. La economía no es una teoría de lo consciente y el comportamiento es racional cuando se ajusta al modelo de la elección racional, cualquiera que sea el estado mental de quien elige. Y el interés propio no debe confundirse con el egoísmo, la felicidad (o la miseria) de otras personas puede formar parte de nuestras satisfacciones.

## **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ECONOMÍA**

### **1. Principio de eficiencia.**

En virtud de este principio se trata de asignar los recursos productivos o asignar responsabilidades de forma de alcanzar el máximo de productividad o satisfacción. Pero, ¿qué debemos entender por satisfacción o productividad?. Al respecto existen varias teorías que estudian esta materia, pero creo que la teoría del máximo beneficio social (Social Welfare) llena de contenido normativo de una mejor forma el principio de la eficiencia. De esta manera, el bienestar social comprenderá el conjunto de beneficios que logran el consumidor y el productor. La aplicación de esta teoría se estudia en el incumplimiento del contrato.

**Dicho criterio responde a la pregunta ¿cómo hubiesen regulado las partes el contrato antes de su celebración? Este criterio es**

**fundamental, ya que incentiva a soluciones eficientes con relación a todos los nuevos casos que se encuentren en igual situación.**

## 2. Principio de Utilitarismo

Dicho principio ha sido abordado por varios economistas, tal es el caso de Rawls quien señala un principio de utilitarismo restringido, apoya su teoría en dos principios:

- a. el principio de libertad
- b. el principio de igualdad restringido

Esta teoría acepta el utilitarismo como principio general, y a la igualdad como un principio restrictivo de aquél.

## 3. Los costes de transacción

El estudio de los costes de transacción en el análisis económico se le atribuyen a Coase<sup>1</sup>, (estudio en el cual se dio a conocer el llamado *teorema de Coase*) en el cual distinguió entre dos formas de producir un bien o servicio, el primero es el mercado y el segundo es la empresa, las cuales presenta como alternativas en el sentido que se puede optar por uno u otro sistema, es decir que si el coste marginal de producir en forma individual y acceder directamente al mercado es menor que el de producir a través de una empresa, se preferirá la producción individual con acceso directo al mercado.

**Para simplificar puedo señalar un ejemplo, si en el proceso de producción de un bien “x” existen seis etapas, en las que operan individualmente una serie de fabricantes, si ese producto se obtiene a un costo inferior al que se obtendría produciendo dicho producto a través de una empresa –que reuniría las seis etapas y seguramente obtendría economías de escala– el producto se producirá por el mercado y no por la empresa.**

### 3.1 Teorema De Coase

Para entender la esencia del Teorema de Coase, es obligado conocer previamente el sencillo concepto de "externalidad", que Coase prefiere llamar "efecto externo". Definiremos externalidad como el beneficio o perjuicio que recibe un agente económico (ya sea consumidor o empresa) como consecuencia del acto de producción o consumo de un segundo agente económico. Así el receptor de la externalidad puede ser un consumidor o productor, y el emisor de la misma también, por lo que podemos tener cuatro tipos de externalidad:

---

<sup>1</sup> Coase, R.H., "The Federal Communications Commission", The Journal of Law and Economics, october, 1959, pages 1-40.

- De productor a consumidor: Ejemplo: La vacuna desarrollada por una compañía farmacéutica que previene de enfermedades a muchas personas.
- De productor a productor: Ejemplo: la empresa papelera que contamina un río, que también es usado por una piscifactoría.
- De consumidor a productor: Ejemplo: el cambio de moda en el consumo de un nuevo tipo de coche, que incorpora una mejor tecnología, lo que obliga a las empresas automovilísticas a modificar sus esquemas productivos.
- De consumidor a consumidor: Ejemplo: un señor, saltándose la norma, fuma en un lugar público. Ese acto causará un perjuicio físico a otras personas.

Según el efecto que reciba el receptor de la externalidad (beneficioso o dañino), se habla de externalidades positivas y negativas, siendo éstas últimas las más habituales. El Teorema de Coase va a servir de aplicación para ambas. De entre los ejemplos anteriormente comentados, externalidad positiva sería el caso de la vacuna y negativa la de fumar en presencia de no fumadores.

De acuerdo con el teorema de Coase son relevantes en la resolución de conflictos los costes de transacción y la correcta definición y asignación del derecho de propiedad.

En la actualidad podemos decir que la idea básica del Análisis Económico del Derecho se origina del “*Teorema de Coase*” expuesto por Ronald Coase. La expansión de este tema siguió con Gary Becker en 1968 con su publicación sobre la teoría económica del delito y el castigo, el cual fue base para que diferentes analistas publicaran sus análisis sobre la teoría económica con derecho penal, civil, de familia, sin embargo no tuvieron mayor relevancia.

## **RELACIÓN DE LA ECONOMÍA CON EL DERECHO**

La ciencia económica es un desprendimiento del derecho y el derecho de la filosofía. Las primeras reflexiones sobre temas económicos estuvieron relacionadas con temas de justicia. Así, por ejemplo, los filósofos griegos se preguntaban cuál era el “precio justo” de los bienes, pero no se preguntaban cómo se determinaba un precio. También se preguntaban si era justo cobrar interés por los préstamos u obtener ganancias en el comercio, pero no se preguntaban cómo se determinaba la tasa de interés o las ganancias. Para dar respuesta a estos temas incursionaron en el tema de la moneda reflexionando acerca de su naturaleza y funciones.

De todos los filósofos de la Antigua Grecia Aristóteles fue el que determinó la evolución del pensamiento durante muchos siglos. Estemos de acuerdo o no con sus conclusiones ellas dieron pie para un largo proceso de evolución del pensamiento económico por casi 2.000 años.

## **RELACIÓN DE LA ECONOMÍA CON EL DERECHO MERCANTIL**

El jurista que ignore cómo funciona el mercado no tiene idea de la manera en que repercute la legislación sobre el bienestar económico de la población. Como el economista que ignore los principios fundamentales del derecho no tiene idea del marco jurídico implícito en su teoría.

## **ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

### **Antecedentes**

Aristóteles había dejado muchas dudas sin responder en el tema de la justicia en el intercambio. Santo Tomás y los escolásticos que le siguieron comenzaron a profundizar el tema de la justicia en los cambios. Esa profundización, para dar respuesta a qué es un precio justo, obligó a los escolásticos a preguntarse qué es, cómo se determina y por qué varía el precio de un bien. Lo mismo tuvieron que hacer con respecto a la tasa de interés y el comercio.

De esa manera para dar una respuesta al tema de justicia comienza a surgir lentamente la teoría económica. Comienzan a aparecer lentamente los conceptos de oferta y demanda para explicar cómo se determinaban los precios y por qué subían o bajaban. Por ejemplo, siguiéndola tradición de San Alberto Magno y Santo Tomás, los primeros escolásticos sostenían que el precio justo estaba determinado por el costo de producción de los bienes. En cambio los escolásticos tardíos, en especial los de la Escuela de Salamanca, sostenían que el precio estaba determinado por la necesidad y la escasez.

De esta forma los primeros sugerían a los gobernantes fijar el precio justo de los bienes teniendo en cuenta el costo de producción y los segundos sugerían considerar la escasez o la necesidad.

De la necesidad de resolver esta controversia surgieron las primeras teorías económicas la cuales crearon las condiciones para el futuro nacimiento de la ciencia económica. Podemos decir que durante toda la edad media la teoría económica estaba subordinada a un problema de justicia o de moral.

Durante mucho tiempo se afirmó que Adam Smith fue el padre de la ciencia económica, queriendo relacionar esto con que el hizo cobrar conciencia sobre la importancia de estas teorías para explicar cómo funcionan los mercados independientemente de la justicia.

Las obras de Adam Smith *Theory of Moral Sentiments* y *Lectures on Jurisprudence* muestran que provenía de una rama del conocimiento dedicada a problemas de moral y justicia al igual que Aristóteles; diferenciando por su visión global del mecanismo de mercado que tiene naturalmente una normativa jurídica.

Por otra parte John S. Mill llevó a la economía clásica a su punto máximo de popularidad. El pensamiento de Mill, igual que el de Smith, complementaba la teoría económica con principios generales de una sociedad libre, o tal vez sea mejor decir complementaba los principios de una sociedad libre con los de una teoría económica acorde a ellos. Es decir explicar con mayor precisión los efectos económicos de los cambios en una normativa jurídica.

Hasta hace 30 años, el análisis económico del derecho era casi sinónimo del análisis económico del derecho contra los monopolios, aunque había algunos trabajos económicos sobre el derecho fiscal (de Henry Simons), el derecho corporativo (de Henry Manne) y la regulación de los servicios públicos y los transportes colectivos (de Ronald Coase).

Los archivos de los casos antimonopólicos eran una rica mina de información acerca de las prácticas empresariales; y los economistas, que en esa época estaban preocupados por la cuestión del monopolio, trataron de descubrir las justificaciones y consecuencias para la política legal, por supuesto, pero básicamente lo que estaban haciendo no era diferente de lo que los economistas han hecho tradicionalmente: tratar de explicar el comportamiento de los mercados económicos explícitos.

Sin embargo, el sello distintivo del “nuevo” derecho y economía es la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes: a campos del derecho común tales como los daños, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y la práctica del castigo; al procedimiento civil, penal y administrativo; a la teoría de la legislación y la regulación; a la imposición de la ley y la administración judicial; e incluso al derecho constitucional, el derecho primitivo, el derecho naviero, el derecho familiar y la jurisprudencia.

El nuevo derecho y economía surgió con el primer artículo de Guido Calabresi sobre los daños y con el artículo de Ronald Coase sobre el costo social. El teorema de Coase en términos generales creó un marco para analizar la asignación de los derechos de propiedad y la responsabilidad en términos económicos, abriendo así un vasto campo de doctrina legal al análisis económico fructífero.

## **Objeto Del Análisis Económico Del Derecho**

El Análisis Económico del Derecho se configura como la aplicación de la Teoría Económica y de los métodos econométricos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas.

La idea principal de esta teoría es aplicar los conceptos económicos para examinar los efectos que las leyes e instituciones jurídicas tendrán en la sociedad al momento de entrar en vigencia y regir un territorio determinado, pudiendo prever así el impacto económico social que esta ocasionará a la sociedad y su efectividad económica.

Esta es una teoría que resulta ser un híbrido de ambas ciencias, el derecho y la economía, puesto que no puede subsistir o sostenerse sin los fundamentos de ambas. Es decir que no puede encasillarse en una sola de estas ciencias por ser producto de ambas y por encontrarse vinculada íntimamente por ambas.

## **Crítica A El Análisis Económico Del Derecho**

El análisis económico del derecho ha provocado un antagonismo considerable, en especial, pero no exclusivamente, entre los abogados académicos a quienes disgusta la idea de que la lógica del derecho pueda ser económica. Algunas de las críticas se enfocan en que la economía es reduccionista y que los abogados y los jueces no hablan su idioma.

Otra crítica común es que, dado que el derecho refleja y aplica normas sociales fundamentales, ¿cómo podrían ser tales normas incongruentes con el sistema ético de la sociedad? A condición sólo de que este concepto sea un componente de nuestro sistema ético, aunque no necesariamente el único, podría ser el que domine el derecho tal como lo administran los tribunales, dada la incapacidad de éstos para promover otras metas con eficacia. Y siempre que la eficiencia sea cualquier especie de valor en nuestro sistema ético, el debate filosófico no se ocupa de dos usos normativos de la economía mencionados antes: la aclaración de los conflictos de valores y el señalamiento del camino que se debe seguir para alcanzar ciertos fines sociales dados del modo más eficiente.

Además, no debemos rechazar todo el análisis económico del derecho solo porque no nos convenza la versión más agresiva de tal análisis. La versión mas agresiva sostiene que la economía no solo explica las reglas e instituciones del sistema legal, sino que también provee la guía mas sensata desde el punto de vista ético para el mejoramiento del sistema.

Podríamos creer que la economía explica sólo unas cuantas reglas e instituciones legales, pero que puede utilizarse para mejorar muchas de ellas; o que explica muchas de ellas, pero esto es lamentable porque la economía es una guía inmoral para la política legal; o incluso que el análisis económico del derecho tiene escasa importancia para explicar o suscitar mejoras, pero resulta intelectualmente fascinante.



Otra crítica recurrente del enfoque económico del derecho señala que desde el punto de vista positivo es un fracaso porque no ha podido explicar todas las reglas, doctrinas, instituciones y resultados importantes del sistema legal. Es cierto que todavía no lo ha hecho. Pero al tratarse de un campo de investigación tan joven, aún puede ser justificado y aún con estos baches en su estructura ha resultado bastante fructífero. También se olvida que, en el progreso científico, a menos que esté totalmente errada, una teoría no se destruye señalando sus defectos o limitaciones, sino proponiendo otra teoría más incluyente, más poderosa, sobre todo más útil.

La teoría económica del derecho es la teoría positiva del derecho y de la economía más prometedoras que existen. Los antropólogos, sociólogos, psicólogos, politólogos y otros científicos sociales que no son economistas también elaboran análisis positivos del sistema legal, pero su trabajo tiene un contenido teórico o empírico insuficiente para generar una competencia seria frente a los economistas.

Y una crítica más del nuevo derecho y economía señala que este enfoque tiene un sesgo político conservador. Veremos que sus practicantes han descubierto que la pena capital disuade, que la legislación destinada a proteger a los consumidores acaba con frecuencia por perjudicarlos, que el seguro automotriz suele ser ineficiente, que la regulación de los valores puede ser una pérdida de tiempo, etc. Hallazgos como éstos proveen armas para los partidarios de la pena capital y los enemigos de las otras políticas mencionadas. Sin embargo, la investigación económica que apoya a las posiciones liberales rara vez es acusada de exhibir un sesgo político.

Se critica el enfoque económico del derecho porque olvida la "justicia". Debemos distinguir entre los diferentes significados de esta palabra. A veces significa justicia distributiva, el grado adecuado de igualdad económica. Aunque los economistas no pueden decir a la sociedad cuál es ese grado, tienen muchas cosas relevantes que decir acerca de las magnitudes reales de la desigualdad en diferentes sociedades y períodos, acerca de la diferencia entre la desigualdad en diferentes sociedades o períodos, acerca de la diferencia entre la desigualdad económica real y las desigualdades del ingreso pecuniario que sólo contrarrestan las diferencias de costos o reflejan posiciones diferentes en el ciclo de la vida, y acerca de los costos de lograr una igualdad mayor.

## **Enfoque Del Análisis Económico**

Se acostumbra a dividir al análisis económico del derecho en dos enfoques o dimensiones:

### **a. Enfoque Positivo**

Este enfoque utiliza el análisis económico para predecir el efecto de las normas jurídicas. Así por ejemplo, un análisis económico-positivo sobre la responsabilidad extracontractual podría predecir los efectos de régimen de responsabilidad objetiva o estricta, frente a uno de responsabilidad subjetiva.

### **b. Enfoque Normativo**

El enfoque normativo del análisis económico del derecho va más allá, y establece recomendaciones de carácter político basadas en las consecuencias económicas que derivan de la aplicación de un determinado curso de acción política. El concepto central en esta materia es el de eficiencia y en particular, el de eficiencia en la distribución.

Un concepto común de eficiencia utilizado por el análisis económico del derecho es que una norma jurídica es eficiente si no puede ser modificada para mejorar la situación de una persona, sin perjudicar a otra. Un concepto más débil de eficiencia es el que dice que una norma jurídica es eficiente si las personas o grupos de personas que mejoran pueden compensar a aquellos que empeoran.

## ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

Como ya vimos, la teoría del análisis económico del derecho busca prever el impacto económico que tendría la aplicación de ciertas normas para la sociedad.

Esta corriente puede ser también aplicada a la contratación mercantil. Pudiendo así determinar cómo su objeto el estudio del impacto económico que tendría, para las partes, la aplicación de ciertas cláusulas o la realización de ciertos contratos.

### Principios Filosóficos De La Contratación Mercantil

- **Principio de Consensualidad:** ciertamente el principio de consensualidad no solo esta presente en los contratos civiles, también se encuentra extensamente aplicado a los contratos mercantiles puesto que es un lineamiento general de todos los contratos. Como afirma Gaviria Ruano, la consensualidad es la simple manifestación inequívoca de la intención de contratar efectuada por una de las partes cuando es concordada por la otra parte, genera el consentimiento y de él, nace el contrato.
- **Principio de la Autonomía de la voluntad privada:** toda persona es libre de contratar o no. Se conoce como el principio de la libertad contractual. En la práctica este principio no es absoluto porque muchas actividades como las de las empresas de servicios públicos, actividades aseguradora y la bancaria no dejan mucho espacio para decidir si se contrata o no. Si se desea acceder a uno de estos servicios esenciales para la vida cotidiana, es necesario celebrar los contratos predeterminados por ellas.
- **Principio de la economicidad:** los contratos mercantiles como los civiles tiene implícito el carácter económico en las relaciones contractuales entre las partes. En los contratos mercantiles la onerosidad es una característica común, inseparable de su naturaleza jurídica pues convergen los patrimonios de ambas partes. Si bien el costo y el dinero se encuentra en la contra prestación, también puede que se utilice como sanción de la omisión de una obligación o una multa por efectuar la prohibición en una obligación de no hacer.
- **Principio de Abuso del Derecho:** el abuso del derecho es uno de los principios más importantes en materia de contratos y obligaciones. Su desarrollo ha sido primordialmente doctrinal y jurisprudencial. La evolución de esta teoría se puede resumir en Quienes señalan que esta teoría se presenta cuando el titular del derecho lo ejercita con el único propósito de causar daño a otro. Posteriormente la que sostiene que ocurre cuando el titular del

derecho desvía la finalidad normal del mismo, económica o social, y por último los que sostienen que simplemente es una contradicción de derechos. Y en general se dice que ha oscilado entre el criterio subjetivo y psicológico y el objeto o económico social.

- **Principio del enriquecimiento sin causa:** se refiere a la situación de resultar un patrimonio enriquecido a costa de otro empobrecido y a los efectos que de ahí pueden derivarse.
- **Principio de la buena fe:** se refiere a un concepto creador, integrador y hermenéutico. A la hora de aplicar sus disposiciones a el ámbito jurídico, esta ha sido de gran importancia ya que mas que regular normas básicas de conducta entre los contratantes, logra sintetizar la intención del mismo contrato al promover la lealtad a lo pactado comprendiendo el cumplimiento de las obligaciones.
- **Principio de verdad sabida:** Este principio hace referencia a la obligación que tienen ambas partes de estar plenamente enterados de lo que se está contratando, es decir, el objeto, los plazos, consecuencias, efectos, etc. Esto con el fin de preservar la buena fe y evitar posibles trampas o engaños.

## **Contratos Atípicos**

Debemos entender por estos a los contratos que no se ajustan a ninguno de los tipos establecidos, caso en el cual se está ante un contrato innominado.

Estos contratos han ido adquiriendo su validez debido al uso mercantil que la sociedad les ha dado mundialmente.

Desde una óptica económica, la contratación atípica se fundamenta precisamente en la necesidad de adaptar los instrumentos jurídicos a las necesidades que imponen la vida moderna, los cambios y el desarrollo de la economía. El derecho debe ser permeable al cambio que se produce en la forma de vida humana y muy especialmente el derecho mercantil que surge en esas prácticas y costumbres que van estableciendo los hombres según sus diferentes necesidades.

## **Objeto De La Contratación Mercantil**

El objeto base o principal de los contratos comerciales o mercantiles es el lucro. Todo contrato mercantil tiene por objetivo la obtención de lucro, ventajas o mejoras económicas entre las partes que lo realizan. Es por esta misma razón que no existen contratos mercantiles gratuitos.

Se supone que en la contratación mercantil, las partes deberían verse favorecidas por igual, es decir que exista una justa repartición de los beneficios adquiridos como resultado del negocio. Sin embargo en la práctica esto se ha ido deteriorando con el paso del tiempo. El egoísmo y ambición de unos pocos ha afectado el beneficio de muchos, haciendo así que las palabras “Contratación mercantil” pasen a ser sinónimo de “Ganancia para pocos y pérdida para muchos”.

### **Adaptabilidad De Los Contratos Mercantiles A Situaciones Imprevistas**

Al ser las normas del derecho mercantil bastante permisivas en lo relacionado al juego de voluntades de las partes, lo hacen esencialmente flexible y elástico, permitiendo su adaptabilidad a circunstancias imprevistas.

Esto significa que al presentarse alguna circunstancia que altere lo convenido se debe aplicar supletoriamente las normas del derecho civil, así como también se podría entrar en una negociación.

El análisis económico de la contratación mercantil busca prever todo este tipo de conflictos, y si se presentara, busca la forma más equitativa de solucionar el conflicto, pues si se aplica de forma correcta, pueden verse beneficiadas ambas partes como lo estipula la doctrina y los principios de buena fe y verdad sabida que rigen la contratación mercantil.

### **La ley de la distribución del ingreso y la riqueza en la contratación mercantil**

Cuando se realiza un contrato mercantil, sea típico o atípico, lo que las partes pretenden es la obtención de un beneficio. El problema se presenta cuando los principios de buena fe se ven alterados por el sistema.

Es en este momento en el que el análisis económico resulta ser indispensable. Si se aplica esta teoría antes de realizar la negociación, podemos prever los daños que sufrirían ambas partes o los beneficios que estas obtendrían. En cierto modo, puede decirse que esta teoría puede y debe reforzar los principios de buena fe y verdad sabida que rigen la contratación mercantil y así evitar la distorsión de las figuras contractuales.

### **El Cuadrante Del Flujo Del Dinero**

Se trata de un diagrama manejado por el inversionista mundialmente conocido Robert Kiyosaki. En este diagrama el muestra como es que se mueve el dinero en el mundo.

Señala que hay cuatro tipos de personas que forman el mundo de los negocios:

- **Empleados:** En esta categoría se encuentran todas las personas que dependen de un salario para subsistir, es decir que trabajan para alguien más a cambio de una remuneración económica que les servirá para subsistir.
- **Auto empleados:** Son todas las personas que decidieron dejar de trabajar para alguien e iniciar su propio negocio. El problema de estos es que deben estar siempre presentes en el negocio para que este pueda funcionar o para que sus empleados realicen correctamente su trabajo.
- **Dueños de un negocio:** Son los propietarios de sus negocios, pero lo que los diferencia de los auto empleados es que estos ya no son necesarios en la empresa, es decir, que contratan a otras personas para que estos se encarguen del manejo y administración de su dinero y negocio, así ellos pueden dedicarse plenamente a disfrutar de las ganancias.
- **Inversionistas:** Son las personas que se dedican a financiar proyectos y negocios de otros para que en determinado tiempo estas les reintegren el dinero prestado junto con los intereses convenidos.

El cuadrante funciona de la siguiente manera:

Se divide en dos lados: Lado izquierdo y lado derecho. Del lado izquierdo se encuentran los empleados y auto empleados, y del lado derecho los dueños de negocio y los inversionistas. Una misma gente puede ocupar, de acuerdo a la forma en que obtiene sus ingresos, más de un cuadrante e incluso los 4, pero de donde obtenga la mayoría de sus ingresos define su futuro. La gente del lado izquierdo no logrará su independencia económica, mientras que la gente del lado derecho si lo hará. La gente del lado izquierdo trabajará siempre para tener dinero, y la gente del lado derecho pondrá a trabajar su dinero.

La mayoría de la gente cae en el primer cuadrante, es decir, trabaja para que otro gane dinero.

Lo que este cuadrante demuestra es la desigualdad que existe en algunos campos de la economía.

Sin embargo, como ya lo hemos señalado, es muy factible poder corregir estas torceduras en el sistema si se aplica el análisis económico del derecho en la contratación mercantil. De este modo la igualdad será mucho más visible y los beneficios para los partícipes y la sociedad en general serán mayores.

### **Las Externalidades En Los Contratos Mercantiles**

Son los beneficios o perjuicios que afectan a las partes que concurren a la celebración del contrato o a los terceros, sin verse reflejados en los costes de negociación o el precio final. Además, dichas externalidades pueden ser positivas, crean un beneficio, o negativas, crean un perjuicio.

De esta manera, si los costes no se internalizan, sufriendo las partes todo el beneficio y los terceros todo el perjuicio, estaremos frente a una externalidad negativa. A su vez, la externalidad será positiva, si parte del beneficio lo obtienen los terceros, sin que las partes se vean compensadas por la creación de este beneficio.

Las externalidades alteran el proceso de toma de decisiones, de tal forma que la decisión no será óptima, llevando a cabo más producción que la deseada o viceversa.

También puede darse el caso que las externalidades sean creadas por el ordenamiento jurídico, por ejemplo, el código de comercio guatemalteco prohíbe las sociedades unipersonales, esto obligará a que los particulares inviertan recursos en crear una nueva figura o simplemente crearán un socio ficticio, poseedor de una minúscula parte del capital; en consecuencia, esta normativa sólo aumentará los costes de transacción como asesoramiento adecuado, conflictos con el socio minoritario, entre otros.

## **Los Riesgos En La Contratación Mercantil**

Para estudiar los riesgos dentro de la toma de decisiones que afectan a los contratos debemos hacer referencia a los contratos perfectos. Un contrato es perfecto, si prevé todos los posibles riesgos de incumplimiento que pueden afectarlo. Por ello, un contrato perfecto no requiere de normas supletorias. Pero, prever situaciones y asegurar responsabilidades a través de garantías personales o reales— puede generar menos beneficios, que los que se obtienen no teniendo toda la información o no previendo todos los riesgos. Esto se debe a que la información sólo será beneficiosa hasta el nivel que el coste marginal de producirla, sea igual al beneficio marginal que de ella se obtiene.

El riesgo que las partes asumen en el contrato se ve reflejado en las obligaciones que asumen. En la compraventa afectan principalmente al precio, así por ejemplo, si una persona adquiere un reloj en la calle, ante la inseguridad del origen del producto y la falta de garantía, estará dispuesta a pagar un precio que refleje estos riesgos o si una constructora que quiera adquirir un terreno en el cual existen varios dueños y que estos no estén de acuerdo en la venta, reflejará dicha inseguridad en el precio de compra. Pero tanto el precio, como los riesgos que estén dispuesto a adquirir una parte del contrato, dependerán de la propensión al riesgo que tenga cada contratante.

## **Cláusulas generales de garantía**

Desde hace varios años el tema de la responsabilidad de los fabricantes preocupa al Derecho y a la Economía. El análisis económico del derecho ha querido aplicar una teoría que explique la necesidad de regular sobre esta materia, por ello se han propuesto un gran número de teorías de las cuales haremos énfasis en las que a nuestro criterio son las más importantes:

## **Clausulas Abusivas En Los Contratos De Adhesion**

Friedrich Kessler desarrolló esta teoría a través de la teoría de los contratos de adhesión<sup>2</sup>. Conforme a Kessler el vendedor en un contrato de adhesión, es la parte dominante, ya que puede imponer las condiciones del contrato al comprador, y éste sólo podrá aceptar o rechazar. Es así como en los contratos de adhesión no existe libertad contractual. De esta forma, los productores tenderán a establecer causales de exención total de responsabilidad en los contratos y los compradores al ser la parte débil de la relación jurídica, se verán obligados a aceptar.

Esta teoría señala que el legislador debe regular las garantías en una forma directa y no supletoria para restablecer un equilibrio (el cual es inexistente) entre las partes.

### **Critica a esta teoría**

No parece razonable que en los contratos de adhesión exista un monopolio del fabricante o comerciante, como parte dominante; ya que si bien los compradores sólo pueden aceptar o rechazar, los productores o vendedores deben competir entre sí. De esta manera, si existe competencia, los vendedores competirán en el contenido de sus contratos estándar, y los compradores elegirán el vendedor cuyo contrato sea conveniente a sus intereses.

La estandarización de los contratos a través de los contratos de adhesión, reduce los costes de negociación logrando importantes rebajas en los precios. En consecuencia, lejos de atentar contra la competencia o el consumidor estos contratos tienden a beneficiarlo.

### **Teoría de la inversión**

Esta teoría fue planteada por George Priest en 1981.<sup>3</sup> En virtud de ella, el productor efectuará una inversión en el producto, como en la calidad de éste que recuperará en el precio. Pero las partes podrán acordar, cuál de ellas asume la responsabilidad por los daños de acuerdo a su propensión al riesgo y a los costes de evitar fallas por la calidad del producto o mal uso. En palabras de Priest: "... nosotros tendremos una expectativa de asegurar las cualidades de un producto, sólo en el caso que la expectativa de pérdida y los costes del seguro en el mercado sean menores que la suma de las pérdidas previstas y los costes de transacción de asegurarse el propio comprador."<sup>4</sup> Además, la estandarización de los contratos indudablemente reduce su costo.

---

<sup>2</sup> Contracts Then And Now: An Appreciation Of Friedrich Kessler. The Yale Law Journal, vol 14, 1995.

<sup>3</sup> Priest, G.L., "A theory of consumer product warranty", The Yale Law Journal, volume 90, number 6, may 1981, pages 1297-1352.

<sup>4</sup> Priest, G.L., Op. cit., page 1304.



## LOS SISTEMAS DE LA RESPONSABILIDAD

El análisis económico de los sistemas de responsabilidad ha sido muy estudiado en la responsabilidad por accidentes de vehículos, responsabilidad objetiva y de responsabilidad extracontractual. Pero muchas de las consideraciones efectuadas por el análisis económico del Derecho, respecto de la responsabilidad objetiva, son aplicables en materia contractual. Ello se debe a que la responsabilidad contractual opera de forma muy similar a la responsabilidad objetiva, ya que el incumplimiento de una obligación contractual se presume culpable.

### 1. La causación en la responsabilidad civil

Es la relación de causa efecto que exige la indemnización de perjuicio entre el hecho ilícito, culposo o doloso, y el daño. La causación reviste una mayor importancia en el análisis de la responsabilidad extracontractual y específicamente, en los accidentes de vehículos. Ello se debe a que en un análisis económico de esta responsabilidad inciden:

(a) El nivel de actividad que se realice; respecto de los vehículos es el número de horas que se manejan al día. A mayor número de horas, mayor probabilidad de tener un accidente.

(b) El nivel de cuidado que se desempeñe en la realización de una actividad.

Respecto de los vehículos será relevante el cuidado que tiene el conductor. Pues bien, si el victimario responde de todos los daños que se producen, tendrá un incentivo óptimo para ejercer un nivel óptimo de actividad y de cuidado. En cambio, si logra exonerarse de responsabilidad; entonces sus niveles de actividad y cuidado no serán óptimos. Pero justamente una de las formas de exonerarse es la falta de causalidad tanto respecto de la responsabilidad objetiva como subjetiva.

**Entender esta problemática no es fácil, pero tal vez a través de un ejemplo pueda esclarecerla. Si en el radio cercano a una central nuclear existe un 20% más de cáncer que en el resto de la ciudad y los avances técnicos permiten asegurar que ello se debe a la existencia de esta instalación. Pero, no es posible determinar qué personas de este porcentaje padecen cáncer, como consecuencia de vivir en las cercanías de la planta nuclear. Entonces, de acuerdo al requisito de la causalidad una acción de indemnización de perjuicios de los enfermos de cáncer contra la empresa contaminante no prosperará. Sin embargo, en este caso se produce una externalidad negativa y la empresa productora de esta energía, no internaliza los costes que su actividad genera en los vecinos, como compra de medicamentos, sufrimiento de los enfermos y su entorno, pérdida del trabajo, etcétera. Además, como consecuencia de ello, la empresa no tiene incentivos a cambiarse de barrio o comprar las casas de los vecinos, ubicados dentro del radio que afecta la planta para de esta forma disminuir sus costes por responsabilidad civil. Entonces, se afecta**

la toma de decisiones de la empresa, aumentando sus beneficios a costa de un aumento del coste social. Por esta razón estas externalidades negativas que produce la empresa, deben internalizarse y ello se puede lograr, si la empresa es obligada a pagar a prorrata a todos los enfermos de cáncer del sector una suma equivalente a las indemnizaciones correspondientes al 20% de cáncer que la empresa provoca en el sector. De esta manera, la empresa internaliza los costes que a hecho padecer a la sociedad –o sea, un 20% indefinido de enfermos de cáncer-.

En cuanto al caso fortuito o la fuerza mayor, la naturaleza recíproca del asunto debe hacernos analizar, en qué parte se deben hacer recaer los riesgos.

## **2. Teoría del incumplimiento eficiente del contrato**

Según la opinión de los especialistas, uno de los aportes más importantes del análisis económico del Derecho es el estudio de la no ejecución del contrato. En algunos casos, la no ejecución de un contrato no sólo debe ser posible, sino también eficiente.

Esta materia se trata dentro del cumplimiento forzado de la obligación, pero lo que realmente se trata de conseguir es restringir los derechos del acreedor contra el deudor a una indemnización de perjuicios – evitando el cumplimiento forzado, en virtud del principio de la eficiencia-. El incumplimiento eficiente de un contrato se produce, cuando el valor obtenido por las expectativas de incumplimiento, menos los costes del incumplimiento, es mayor que los beneficios de cumplir el contrato. Si ello es de esta forma, el deudor puede compensar al acreedor, con una suma igual a lo que hubiese reportado el cumplimiento y aún así, la parte que incumple obtendría beneficios. El factor determinante de los costes del incumplimiento es los recursos que invirtieren las partes en el cumplimiento del contrato, como por ejemplo la confianza. A mayor confianza, menos garantías reales y personales que aseguren el cumplimiento del contrato; y por ello, menores son los costes de no cumplirlo.

**Ejemplo, si una parte vende un bien a un precio “x” y posteriormente otro comprador le ofrece “x + 10”; entonces un incumplimiento eficiente se producirá, si los costes de incumplir son inferiores a 10. Ello se produciría, si en el primer contrato se hubiere pactado una cláusula penal por el simple retardo inferior a 10. Si ello es de este modo, el vendedor podría no cumplir el primer contrato, recibiendo “x” como pago y compensando de los 10 a su acreedor. Esto aumentaría la riqueza de todas las partes involucradas tanto del primitivo comprador y del primitivo vendedor, como el nuevo comprado**

### **Equidad De Los Contratantes En La Contratación Mercantil**

El análisis económico del derecho busca, como ya se ha mencionado, detectar las pérdidas en el camino hacia el fin estipulado en el contrato. Esta es una herramienta completamente útil para reforzar la equidad en la contratación mercantil y desechar la ley económica que dice que una de las partes siempre va a perder.

## **Búsqueda De Lo Justo En Lugar De La Justicia**

Muchas veces la ley es justa, pero eso no significa que se haga justicia. El análisis económico del derecho al ser aplicado en la contratación mercantil, puede hacer más humana la ley y no tan rígida como lo es hoy en día.

Esta teoría le da un enfoque social y previsor al campo en el que sea aplicado. Incluso puede llegar a humanizar la economía, si se le permite.

Podemos considerar esta disciplina como una herramienta para resolver la deshumanización que se ha hecho presente en el sector justicia y más en el ámbito económico-jurídico.

## CONCLUSION

- El derecho mercantil, por la naturaleza del comercio, es la actividad que ejerce cualquier persona física o jurídica, sea en forma individual o colectiva, intermediando directa o indirectamente entre productores y consumidores, con el objeto de facilitar la circulación de la riqueza y no puede estar limitada por rigorismos legales.
- Como parte de esa libertad de comercio, no sometida a rigorismos legales, y en ejercicio de la autonomía de voluntad, permite a los interesados prescindir en lo absoluto de los moldes legales, o modificarlos o crear nuevas figuras contractuales.
- La contratación mercantil ha adquirido mayor relevancia en los últimos años, debido a la diversa implementación de los contratos típicos y atípicos, así como el surgimiento de las nuevas formas de contratación, las cuales en la mayoría de ocasiones no se conoce por alguna de las partes las consecuencias de una contratación realizada de mala fe.
- Este análisis se encuentra como razón fundamental para conceder la protección de los intereses económicos de los contratantes, así como la necesidad de fomentar una ética contratación mercantil como un medio idóneo para evitar situaciones oportunistas.
- De igual forma es necesario el intercambio de información relevante entre los contratantes, el cual debe resultar de un equilibrio entre los costos y beneficios de obtener y proporcionar, respectivamente.

## BIBLIOGRAFIA

COASE, R.H., **The Federal Communications Commission**, The Journal of Law and Economics, October, 1959, pages 1-40.

ILLESCAS GARCIA, Stephany Marie. **Tesis, Análisis Económico Del Derecho Desde La Perspectiva De La Propiedad Intelectual**, 2008, UNIVERSIDAD FRANCISCO MARROQUÍN, FACULTAD DE DERECHO.

KESSLER Friedrich, **Contracts Then And Now: An Appreciation Of Friedrich Kessler**. The Yale Law Journal, vol 14, 1995.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. 37ava edición, Editorial Heliasta.

POSNER, Richard A., **El análisis económico del derecho**, Fondo de Cultura Económica de España, S.L., 2007

PRIEST, G.L., **A theory of consumer product warranty**, The Yale Law Journal, volume 90, number 6, May 1981, pages 1297–1352.

QUEVEDO CORONADO, Ignacio. **Derecho Mercantil**, Pearson Educación, 2004.

SANTIAGO DE LEON, Erick Gustavo. **Contratos Atípicos Modernos**, Editorial Estudiantil Fenix.

VARGAS VASSEROT, Carlos. **La evolución histórica del Derecho mercantil y su concepto**, Editorial electrónica, 2012.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco Tomo III**. Sexta Edición, de la Editorial Universitaria.

## LEGISLACION

Congreso de la República, **Código de Comercio**, Decreto 2-70, 1970.