

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA



TESIS DOCTORAL

**Impacto de las externalidades en la infraestructura
estratégica desde la perspectiva del análisis económico del
derecho: el caso de la línea 12 del metro de la Ciudad de
México**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Kimberley Herrera García

Director

Armando Jiménez San Vicente

Madrid, 2018



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID



FUNDACIÓN
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
JOSÉ ORTEGA Y GASSET

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIOLOGÍA
INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACIÓN
ORTEGA Y GASSET

GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tesis Doctoral

**IMPACTO DE LAS EXTERNALIDADES EN LA INFRAESTRUCTURA
ESTRATÉGICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL
DERECHO: EL CASO DE LA LÍNEA 12 DEL METRO DE LA CIUDAD DE
MÉXICO**

KIMBERLEY HERRERA GARCÍA

Director de la Tesis

**DOCTOR A. JIMÉNEZ S.V.
CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS (CIDE)**

Madrid, Octubre 2016

Agradecimientos

A Nino, ya que sin tu apoyo no hubiese alcanzado uno de los retos más importantes de mi vida. Eres mi gran inspiración y la razón por la que me esfuerzo día a día por ser una mejor persona. Gracias por tu generosidad y por anteponer mis necesidades a las tuyas. Este logro es por ti y para ti.

Un especial agradecimiento a mi director de tesis, Dr. Jiménez, su amplio conocimiento sobre el tema y tutoría fueron invaluable para lograr los objetivos planteados.

ÍNDICE

Executive Summary	i
Resumen Ejecutivo.....	vii

INTRODUCCIÓN

Objetivo de la Tesis	1
El problema	5
La contribución de esta tesis al derecho y la economía	6
El reto.....	6
Trascendencia y Límites de la tesis	7
Estructura de la tesis.....	8
La determinación sobre la propuesta teórica para abordar los casos de resolución de externalidades	9
Desde la Perspectiva Legal.....	9
Desde la Perspectiva Económica.....	12
La definición del AED y su función como metodología de análisis jurídico	14
Definiciones	14
La Utilidad del AED.....	16
Críticas desde la perspectiva jurídica	18
Críticas desde la perspectiva económica	18
¿Es aplicable la teoría de AED al caso en cuestión?	19
Evolución de teorías sobre Derecho y Economía, hasta llegar al AED	23
La Evolución del AED	25
Los antecedentes del caso	29

CAPÍTULO I. MARCO TEÓRICO

1.1. Teoría de Externalidades	31
1.1.1. El modelo neoclásico de la economía.....	32
1.2. Teoría de Coase	34
1.2.1. El teorema de Coase y su interpretación.....	37
1.2.2. La eficiencia económica y la resolución social óptima.....	40
1.2.3. Crítica a la intervención del Estado y a los fallos judiciales en la resolución de externalidades	41
a. Crítica las decisiones de los tribunales	42
b. Crítica a la Intervención del Estado.....	42
c. La disputa Coase vs Pigou.....	43
1.2.4. La negociación	46
1.2.5. La reasignación judicial de derechos.....	47
1.2.6. Requisitos previos a la intervención del Juez	47
a. Falta de Claridad en la norma	48
b. Fracaso de la negociación.....	48
c. Si falla la norma, así como la negociación es el Juez quién realiza una reasignación de derechos a través del fallo judicial	48
1.2.7. Criterios para dictar el fallo judicial en las resoluciones de controversias por externalidades.....	49
1.2.8. Ventajas de la resolución judicial frente a la abstracción de la ley.....	50
a. Sabe más el juzgador que el legislador	50
b. La aplicación de la norma la da el juez.....	51
c. La decisión de los jueces genera incentivos para una conducta futura y certidumbre jurídica	51
1.2.9. La teoría de costes de Coase.....	53
1.3. Teoría de Shavell	56
1.3.1. Requerimientos de la negociación para lograr acuerdos de mutuo beneficio (hipótesis).....	57
1.3.2. Impedimentos para lograr una negociación exitosa (hipótesis)	58
1.3.3. Razones que pueden llevar al fracaso de la negociación (hipótesis).....	59
1.4. Teoría de Posner	59

1.4.1. Las reglas claras para el óptimo desarrollo del capitalismo.....	61
1.4.2. La Función del derecho	63
1.4.3. Crítica a las decisiones de los tribunales	64
1.4.4. La teoría de Posner se aparta de los preceptos legales tradicionales aludiendo al pragmatismo económico	65
1.4.5. La Eficiencia Económica y la Maximización de la Riqueza.....	67
1.4.6. La teoría no se enfoca en las implicaciones morales de la maximización de la riqueza	70
1.4.7. La Negociación: la asignación de derechos, la voluntad y capacidad de transferir derechos de propiedad.....	73
1.4.8. La Reasignación de Derechos siguiendo a la Teoría de Coase.....	73
1.4.9. La aplicabilidad del AED a los sistemas legales germánicos-romanos	76
1.4.10. El sistema legal y su relevancia en el desarrollo económico	78
1.4.11. El poder de los jueces y su importancia en el desarrollo de los mercados.....	80
1.4.12. El AED como mecanismo óptimo para la resolución de externalidades y su utilidad en el marco del derecho	83

CAPITULO II. RESOLUCIÓN DE EXTERNALIDADES MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN

2.0. Introducción.....	87
2.0.1. Aplicabilidad del AED y su metodología al caso de estudio.....	88
2.0.2. Externalidades presentadas en el caso de estudio	89
2.0.3. Estructura del capítulo.....	91
<i>(Primera Parte)</i>	
2.1. Marco Teórico aplicable a la Resolución de Externalidades mediante Negociación.....	92
2.1.1. Teorema de Coase	93
a. La resolución óptima de externalidades.....	94
b. Negociación sin fricción.....	94
2.1.2. Teoría de Shavell sobre resolución de externalidades mediante negociación.....	94
i. Los actos óptimos.....	95
ii. Minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes	96
iii. Reasignación de derechos para lograr la maximización del bienestar social.....	96
iv. Negociación sin fricción.....	97
v. Incremento del tamaño del pastel	98
vi. Asimilación de la pérdida.....	98
vii. La negociación sin fricción no siempre conduce a la maximización del bienestar social.....	99
viii. La negociación sin fricción siempre incrementa el bienestar social.....	100
ix. Términos establecidos en una relación contractual para resolver externalidades	100
x. Factores que impiden la negociación.....	100
xi. Factores que pueden tener un peso significativo para que se cristalicen las negociaciones.....	101
xii. Fracaso de las negociaciones por la asimetría de información	102
2.1.3. Teorías Complementarias.....	103
a. Teoría de los problemas del principal y del agente.....	103
b. Teoría de la aversión al riesgo de los funcionarios públicos.....	106
c. Teoría de limitación de la discrecionalidad de los funcionarios públicos	107
d. Teoría que explica el fracaso de la negociación en virtud de elevados costes de transacción	107
<i>(Segunda Parte)</i>	
2.2. Antecedentes	114
2.2.1. Las partes negociantes	114
2.2.2. Contrato de obra pública y leyes aplicables	116
a. Naturaleza jurídica del contrato de obra pública.....	116
b. Obligaciones de las partes	118
c. Modificación del proyecto de construcción	120
d. Terminación anticipada del contrato de obra pública	121
e. Conciliación en caso de controversia entre las partes	123
2.2.3. Externalidades.....	127
a. Reclamo del Consorcio: aumento de costos y obras adicionales	128
b. Reclamo del GFD: obras faltantes y pago de servicios.....	130
2.2.4. Resumen de las tres negociaciones	131
<i>(Tercera Parte)</i>	
2.3. Negociación privada durante la construcción de la obra	134
2.3.1. Objetivo de la negociación	134
2.3.2. Externalidades a resolver.....	134
2.3.3. Motivación de las partes para negociar.....	134
2.3.4. Proceso de la negociación y análisis.....	135
a. Resolución de externalidades que no impedian los trabajos de construcción	135

b. Resolución de externalidades que impedían la continuación de los trabajos de construcción conforme al proyecto original.....	138
2.3.5. Resultado de la negociación	145
2.3.6. Aplicación de los supuestos de la teoría	145
2.4. Negociación privada previa a la terminación y entrega de la obra	147
2.4.1. Objetivo de la negociación	148
2.4.2. Externalidades a resolver.....	148
2.4.3. Motivación de las partes para negociar.....	148
2.4.4. Proceso de la negociación y análisis.....	150
2.4.5. Resultado de la negociación	156
2.4.6. Aplicación de los supuestos de la teoría	157
2.5. Negociación ante la autoridad administrativa	157
2.5.1. Objetivo de la negociación	158
2.5.2. Externalidades a resolver.....	158
2.5.3. Motivación de las partes para negociar.....	160
2.5.4. Proceso de la negociación y análisis.....	160
2.5.5. Resultado de la negociación	171
2.5.6. Aplicación de los supuestos de la teoría	178

CAPÍTULO III. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL COMO MÉTODO ECONÓMICAMENTE EFICIENTE PARA RESOLVER EXTERNALIDADES

3.0. Introducción.....	179
<i>(Primera Parte)</i>	
3.1. Marco Teórico	183
3.1.1. La Resolución Eficiente de Externalidades a través de los fallos judiciales.....	183
a. Facilitar la operación de los mercados y el desarrollo económico	184
b. Minimizar costes de transacción.....	185
c. Generar certidumbre al mercado.....	189
d. Protección de los derechos de propiedad y la libertad contractual.....	191
3.1.2. Supuestos previos a la intervención del Juez.....	196
a. Existencia de una externalidad y falta de claridad de la ley respecto la asignación de derechos	196
b. No intervención del Estado mediante regulación, sanciones por daños o impuestos.....	198
c. La Negociación para resolver externalidades: la transacción de derechos de propiedad	198
d. Fallando la norma y la negociación, es el juez quién debe resolver la externalidad	201
3.1.3. El sistema legal y la función de los jueces desde la perspectiva del AED	201
a. Sabe más el juzgador que el legislador	204
b. La aplicación de la norma la da el juez.....	205
c. La decisión de los jueces genera incentivos para una conducta futura y certidumbre jurídica	206
3.1.4. La función principal del Juez: reasignación de derechos.....	207
3.1.5. Criterios para dictar sentencias judiciales	209
a. En la decisión judicial, no imperan los preceptos generales jurídicos, sino los razonamientos económicos	211
b. El Juez buscará la eficiencia económica y la maximización de la riqueza en sus resoluciones.....	212
c. El AED no tiene un sentido resarcitorio o compensatorio, ni busca determinar la responsabilidad. Su objetivo es la reasignación de derechos, favoreciendo aquella opción que minimice los costes de la resolución del conflicto	214
d. La reasignación de derechos debe realizarse en favor de quien los valore más.....	215
e. La resolución del Juez debe mirar hacia delante, hacia el futuro (ex post vs ex ante)	217
f. El objetivo final de la resolución judicial es minimizar los costes para la actividad productiva	218
3.1.6. La aplicabilidad del AED a los sistemas legales germánicos-romanos.....	219
a. Diferencias entre los sistemas legales.....	220
b. Sistemas convergentes.....	221
3.1.7. Sistemas legales ineficientes y el abuso del sistema judicial	222
a. Simplificación de la ley	224
b. Independencia del Juez.....	225
c. Simplificación de Procedimientos	228
<i>(Segunda Parte)</i>	
3.2. Antecedentes	233
3.2.1. Las partes litigantes.....	233

3.2.2. Principales juicios y procedimientos emprendidos por las partes	234
a. Juicio mediante el que se solicita el pago de obras extraordinarias resultado de las externalidades	235
b. Juicio mediante el que solicita el estricto cumplimiento del Contrato de Obra Pública conforme a su naturaleza jurídica administrativa.....	236
c. Liquidación y finiquito del Contrato de Obra Pública, mediante el que se exige el pago de trabajos no ejecutados o mal ejecutados resultado de las externalidades	237
d. Juicio contra la Liquidación y Finiquito del Contrato, reclamando su falta de legalidad y solicitando la estricta aplicación de la ley administrativa	238
<i>(Tercera Parte)</i>	
3.3. Aplicación de las teorías del AED al caso concreto	241
3.3.1. Debilidad de la ley: alegatos de falta de claridad en la norma y en el Contrato de Obra Pública	241
a. Resolución judicial que determinó la competencia del Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias, en virtud de debilidad de la ley	244
3.3.2. Fracaso en la negociación	250
3.3.3. Reasignación de derechos frente a aplicación estricta de la ley	255
3.3.4. Aplicabilidad del AED al sistema germánico-romano (civilista)	263
3.3.5. La búsqueda de la eficiencia económica y la maximización de la riqueza frente a la justicia y a la asignación de derechos	278
3.3.6. Sistema judicial ineficiente	280

CONCLUSIONES

4.1. El teorema	287
4.2. El uso del lenguaje (Eufemismos)	287
4.3. La fórmula matemática utilizada	291
4.4. La metodología.....	293
4.5. La Negociación	296
4.6. La Reasignación de Derechos vía judicial.....	297
4.7. El Sistema Judicial y el rol de los jueces	301
4.8. Críticas al AED desde la perspectiva jurídica y económica	304
4.9. El modelo beneficia a los ricos y carece de sentido social	307
4.10. La utilidad del AED	309
4.11. ¿Sirve la metodología del AED para resolver las externalidades de una manera coherente con el derecho?	310
4.12. ¿Es aplicable la teoría de resolución de externalidades del AED al sistema jurídico mexicano?	312
5. BIBLIOGRAFÍA	319

IMPACT OF EXTERNALITIES IN STRATEGIC INFRASTRUCTURE FROM THE PERSPECTIVE OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: THE CASE OF MEXICO'S CITY 12 METRO LINE

Executive Summary

This thesis tries to advance our understanding of the relationship between law and economics, by critically examining the currently dominant theories on *law and economics*, as a valid methodology to resolve externalities. First, it explores the main theories in this discipline, then the two following chapters analyse the case of Mexico's city 12 metro line, in the framework of the two instruments used by the methodology of *law and economics* to resolve externalities: frictionless bargaining and the judicial reallocation of rights.

The theory of AED is based on what is currently known as the "Coase Theorem", published by Roland Coase, an economist Nobel laureate, in his famous article published in 1960, under the name "The Problem of Social Cost".¹ The methodology used by the theory focuses on two mechanisms: frictionless bargaining and/or judicial intervention to reallocate property rights; the aim in both instruments is to resolve the externalities at the lowest possible cost. In order to achieve the "lowest possible cost", the solution of the externality does not necessarily include the compensation for the damages to the party affected; a relative improvement in the party's who suffered the damage is sufficient to consider it mutually beneficial. This is a differentiating approach to traditional methods used by the justice's principles.

Richard Posner is another important figure in this theory, proposing three functions for the *law and economics* method: (i) Heuristic (a method to increase knowledge) seeks to show underlying consistencies between doctrines and legal institutions, (ii) Descriptive searches to identify the economic logic, economic causes of legal change and the effects of the doctrines and institutions on the market, (iii) Normative advise judges and other policymakers regarding the most efficient methods of regulating behaviour through law.²

¹ Coase, Ronald. "The problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*. No. 3, October 1960: 1-44. Printed.

² Posner, Richard, et al. *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011. 18-141. Impreso.

The structure of the thesis is divided into three main sections, plus an introduction and general conclusions. The introduction includes objectives for the thesis; the methodology used to analyse the case; criticisms to the theory; thesis limitations and potential utility, as well as the challenge of implementing the law and economics theory to the Mexican legal system. In the theoretical framework, the theories proposed by the most representative figures of law and economics are analysed (Coase, Posner and Shavell). The next two chapters bargaining and judicial reallocation of rights as mechanisms for resolving externalities are analysed using the *law and economics* doctrine.

Introduction

At the introduction the objective of the thesis is clearly explained, and so the strategy to study the particular case. The case for the analysis from the perspective of *law and economics*, refer to the externalities caused by the construction of line 12 of Mexico City's Metro system. The two mechanisms used by this methodology (bargaining and judicial reallocation of rights) are studied in reference to the case in question, exploring its applicability to the Mexican legal system. It also includes an academic analysis of the theory of *law and economics*, its critics, constraints, challenges and potential usefulness, especially for legal systems with a civil law tradition as the Mexican case.

The problem

Line 12 of the Mexico City Metro was announced in 2008, as one of the most important public works contracts in Mexico. The project includes the construction of 25 kilometres of passage under ground, in one of the most populated and crowded cities in the world. The cost estimated at \$ 1,200, 000, 000 dollars, would serve 500,000 users daily in the southern part of the city. The consortium that built this infrastructure, it is one of the largest construction companies in Latin America ICA, together with CARSO belonging to then richest man in the world (Carlos Slim), and Alstom a French multinational company specialized in electrical systems for underground transportation. During the years of construction several externalities appeared, which endangered the continuation and conclusion of the public works, specially related to land disposition and increasing costs. The parties negotiated at least in three occasions, seeking to resolve these externalities, which apparently were solved. But in 2014, after four years of operation line 12 of Mexico's city underground was suspended. As result, the parties began a very complex negotiating and litigious process, involving at least a dozen trials and administrative procedures. Because of its significance, size and complexity, this case is an

excellent option to test the applicability of the methodology of law and economics to civil countries, both in reference to the bargaining mechanism and the judicial reallocation of rights.

The two questions this thesis aims to answer are: is the law and economics methodology used to solve externalities consistent in manner with legal principles? And is it the law and economics theory applicable to the Mexican legal system for solving externalities?

Bargaining as the best mechanism for resolving externalities.

To answer these questions it is necessary to analyse the methodology in its two versions: bargaining and judicial reallocation of rights. *Law and Economic* theories argue that for the sake of economic efficiency, both parties should always seek mutually beneficial bargaining, for the resolution of externalities. This option should always be served first before having to go to court. This solution ends up as a simple sale of rights of others, and it is used as a strategy to avoid reparations imposed by the courts.

Reallocating property rights at the courts.

When transaction costs are high and prevent the parties to achieve agreement, the parties must appear before the judge, who will then assess the case, but not under the legal principles of damage repair, but under economic principles. The basic premise of this theory is that the judge should imitate market operations, aimed at cost reduction. However, this view of reallocating rights based on cost departs from the main principles of law. For the *Law and Economics* theory, judges should settle disputes by externalities not based on the traditional principles of law and justice, such as compensation or reparation of damages, but based on the lowest possible cost of resolving the externality.

Law and Economics Reviews, Constraints and Challenges.

The *Law and Economic* theory has been criticized for using misleading concepts, incomplete formulas and heterogeneous examples, but mostly contradicting the basic principles of law. This doctrine has been criticized both from the legal and economic perspective. A deep analysis of the theory shows serious problems in the terminology used by *Law and Economics*. The cornerstone of this theory known as the "Coase theorem", it is a good example, since it tries to imply the characteristics of an infallible mathematical models. A theorem is a "mathematical proposition provable from axioms or propositions already proven",³ which is not simply the

³ Definition of theorem by Oxford Dictionary.

case. The thesis argues that *Law and Economics* use vague terms or euphemisms that confuse the reader on the true intention of arguments used. Examples of misleading expressions analysed are: the problem of social cost, optimal social resolution, negotiation and reciprocity mutually beneficial resolution. In addition, the mathematical formula intentionally does not include important variables such as utility and damages; which when include can produce quite different results. The two methodologies used by *Law and Economics* for the resolution of the externality are: frictionless bargaining and judicial reallocation of property rights, which both serve as mechanisms for the correction of market failures. The ultimate goal of these methodologies is the maximum reduction of transaction costs as possible, an aim that is not compatible with those of the legal principles. Coase's economic efficiency or Posner's maximizing wealth theories aim at minimizing costs, should not represent the ultimate goal of the model, much less the ultimate goal of the society or the law.

The challenge

The ultimate objective of this thesis is to evaluate the possibilities of resolving externalities, through bargaining and reallocation of property rights through the courts in the Mexican case. The application of theory to the Mexican case represents an important academic challenge, due to the academic debate on the effectiveness and applicability of the *Law and Economic* model on civilian legal traditions, like the Mexican legal system.

Conclusions

Law and Economics theoretical principles are useful for both the development of law and for application of reasoning principles through the judicial process. Allowing players to set parameters to apply and understand the law, this methodology offers the ability to make projections of legal outcomes with scientific rigor, using the methodology of economic sciences. On the other hand, it allows an economic assessment of laws and principles, especially those of an economic nature. In order to evaluate whether they will have a real positive impact on economic development and the wellbeing of the society. It is important to notice, that while the criteria of *Law and Economics* is useful in terms of reallocation of rights, only can be use if it respects and comply with law principles. The thesis concludes that the relationship between law and economics must be symbiotic, stressing that Economics should also learn from the principles of fairness and justice provide by law, so to create a more balanced and harmonious society, where all members are treated as equals and protected by the law, presumptions which are not always present in economic reasoning.

The thesis also argues that the model of *Law and economics* is heuristic in essence, since it allows the study of laws and the main legal institutions, and their impact on the economy, plus identifying the economic logic behind judicial decisions. However, the theory offers great potential for the legal field, by identifying in laws and judicial proceedings reasoning of economic logic. Finally, *Law and Economics* reasoning departs from traditional reasoning of the law. The thesis argues in favour of using some economic principles of *law and Economics*, but always in tandem with those of the legal tradition, always using economic principles that complement those legal ones, but never replacing them, as some proponents of *Law and Economics* have intended.

The thesis questions the role of judges as legislators, which clearly violates the democratic principle of Rousseau's separation of powers. Free markets require an efficient legal system, with a strong protection of property rights that promotes sustainable economic development. *Law and Economics* is a theory in evolution that requires further analysis and adaptation to reality, and this thesis contributes to the academic debate on the applicability of the theory in countries like Mexico, with a legal tradition based on civil law. The legal system contributes to determine the economic development of countries, and facilitates optimal market performance. Among economists and jurists there is concern of the abusive use of the courts, for those seeking the reassignment of property rights. It involves a high cost for the State and the society, and causes greater uncertainty to economic transactions.

Law and Economics methodology is a useful instrument for the law and its institutions, but in complementary way, not as replacement of legal principles. This methodology represents a renewed contribution to the traditionalist view of law, where the notion of justice is understood as blind obedience to the norm.

IMPACTO DE LAS EXTERNALIDADES EN LA INFRAESTRUCTURA ESTRATÉGICA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: EL CASO DE LA LÍNEA 12 DEL METRO DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Resumen Ejecutivo

El objetivo de esta tesis doctoral es analizar el modelo de resolución de externalidades de la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, partiendo de la perspectiva del análisis económico del derecho (en lo sucesivo “AED”), como una metodología de investigación novedosa y de creciente utilización en los sistemas judiciales con orígenes en la tradición germánico-romana (civil).

La teoría del AED se basa en lo que se conoce como el “teorema de Coase”, publicado por el premio nobel de economía, Roland Coase en el artículo publicado bajo el nombre de “*The Problem of Social Cost*”, en 1960.⁴ La metodología se centra en proponer una solución a las externalidades que implique un menor coste posible para la actividad productiva, a partir de dos mecanismos: la negociación y/o la intervención judicial para reasignar derechos de propiedad. Para que se alcance el objetivo del “mínimo coste posible”, la resolución de externalidades no contemplará necesariamente el resarcimiento del daño, sino una mejora relativa de la parte que sufrió el daño, diferenciándose los métodos tradicionales del derecho sobre justicia distributiva.

Otro de los ponentes importantes de esta teoría es Richard Posner, quién afirma que el AED puede tener tres funciones: (i) Heurístico (método para aumentar el conocimiento) busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales, (ii) Descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones así como las causas económicas del cambio legal, (iii) Normativo, asesora a los jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho.⁵

La estructura de la tesis se divide en tres grandes secciones además de la introducción y las conclusiones. En la introducción se presenta el objetivo, la metodología a utilizar para analizar

⁴ Coase, Ronald. “The problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*. No. 3, October 1960: 1-44. Printed.

⁵ Posner, Richard, et al. *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011. 18–141. Impreso.

el caso concreto, sus críticas, limitantes y potencial utilidad, así como el reto de su aplicación al sistema legal mexicano. En el marco teórico se analizan las teorías propuestas por las figuras más representativas del AED como Coase, Posner y Shavell. Los siguientes dos capítulos analizan la teoría en el marco del caso concreto, en los dos mecanismos para la resolución de externalidades del AED: la negociación y la resolución judicial de externalidades.

Introducción

En la introducción se define el objetivo, y la estrategia para estudiar al caso de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México desde la disciplina del AED. Se plantean los dos mecanismos utilizados por la metodología aplicable (la negociación y la resolución judicial) que se estudian en referencia al caso en cuestión, explorando su aplicabilidad. Se realiza un análisis académico de la teoría del AED, sus críticas, limitantes, retos y utilidad potencial, sobre todo para los sistemas legales con una tradición civil como el mexicano.

El problema

La Línea 12 del Metro de la Ciudad de México en el año 2008, fue el contrato más importante de obra pública en México, una obra compleja de 25 kilómetros bajo una de las ciudades más pobladas y hacinadas del mundo, una obra de aproximadamente \$1,200,000,000 de dólares, que daría servicio a 500 000 usuarios diarios de la zona metropolitana sur. El consorcio que construyó la obra, estaba integrado una de las empresas más grandes de construcción de América Latina, otra de infraestructura del entonces hombre más rico del mundo, y una transnacional francesa especializada en la infraestructura electromecánica del sistema del Metro. En los años de construcción aparecieron varias externalidades que pusieron en riesgo la continuación y la conclusión de la obra pública relacionadas con los terrenos y el incremento de costes. Las partes negociaron hasta en tres ocasiones para resolver estas externalidades que aparentemente se solucionaron, hasta que en el 2014 la obra ya operación desde el 2010 se suspendió y las partes comenzaron un proceso litigioso muy complejo que ha involucrado por lo menos una docena de juicios y procedimientos administrativos. El caso concreto por su extensión y complejidad permite de igual forma utilizar un caso insignia por su trascendencia en el país para tomar consciencia y examinar la aplicabilidad de la metodología del AED, tanto en la fase de negociación como en la de la de resolución judicial.

Las dos preguntas que se busca responder en esta tesis son: ¿sirve la metodología del AED para resolver las externalidades de una manera coherente con el derecho? y ¿es aplicable la teoría de resolución de externalidades del AED al sistema jurídico mexicano?

La negociación como el mecanismo óptimo para la resolución de las externalidades.

Para poder responder estas preguntas se requiere analizar la metodología en su versión de la negociación y de la resolución judicial. Las teorías del AED sostienen que en aras de la eficiencia económica siempre deberá buscarse una negociación entre las partes para que la resolución de las externalidades sea beneficiosa para ambas, antes de tener que acudir ante un tribunal. La metodología de la negociación en el AED termina siendo una simple compraventa de los derechos del otro, para evitar la reparación del daño impuesta por vía judicial. En los casos de condiciones de desigualdad de las partes constituye una venta de derechos muchas veces forzada,

La reasignación de derechos de propiedad vía judicial.

Cuando los costes de transacción sean altos e impidan que las partes se pongan de acuerdo, las partes deberán acudir ante el juez, quién deberá evaluar el caso bajo los principios económicos y no bajo la máxima jurídica de la reparación del daño. La premisa básica de la teoría es que el juez debe imitar a las operaciones del mercado, donde gobierna la utilidad y la reducción de costes. Sin embargo, esta visión de la intervención del poder judicial en la resolución de la externalidad se aparta de las máximas del derecho. Para la teoría del AED, los jueces deben resolver las controversias por externalidades no en base a los principios tradicionales del derecho como la justicia, compensación o reparación del daño, sino en el mínimo coste posible para resolverla en el futuro, lo que no incluye fallar sobre el pasado y reparar el daño causado.

Críticas, Limitantes y Retos.

La teoría del AED ha sido criticada por utilizar conceptos engañosos, fórmulas incompletas y ejemplos heterogéneos, pero sobre todo de contradecir las máximas del derecho. Ha sido criticada la teoría desde la perspectiva jurídica como de la económica. Del profundo análisis de la teoría, esta tesis encuentra serios problemas en la teoría del AED. Entre ellos que el pilar fundamental de dicha teoría conocido como el “teorema de Coase”, no puede tener ese calificativo por no tener el carácter infalible de los modelos matemáticos. Un teorema es una “proposición matemática demostrable a partir de axiomas o de proposiciones ya demostradas”.⁶ Asimismo, argumenta que el AED está repleto de términos imprecisos o eufemismos que confunden al lector, sobre la verdadera intención de los argumentos, con expresiones como: el problema del coste social, resolución social óptima, negociación mutuamente beneficiosa y reciprocidad en la resolución. Se cuestiona la fórmula matemática utilizada por no incluir

⁶ Definición de teorema de acuerdo al Diccionario de Oxford, programa informático.

variables importantes, que pueden producir un resultado diferente a los propuestos por la teoría. Las dos metodologías que utiliza el AED para la resolución de las externalidades son: la negociación y la resolución judicial, y sirven como mecanismos para la rectificación de las fallas de mercados. El objetivo último de estas metodologías es la reducción máxima de costes, lo que no es compatible con las máximas jurídicas. La eficiencia económica de Coase, o la maximización de la riqueza de Posner, ambas reducciones de costes, no deben representar el fin último del modelo, mucho menos de la sociedad y del derecho.

El reto

El objeto último de esta tesis, es evaluar las posibilidades de la resolución de las externalidades, a través de la negociación y del proceso de reasignación de derechos por la vía judicial. Representa un reto académico importante la aplicación de la teoría al caso mexicano, no solo por encontrar un caso concreto donde se pueda comprobar su aplicabilidad, sino también porque existe un gran debate académico sobre la efectividad del modelo económico en términos de justicia y eficiencia económica, así como la aplicabilidad del modelo en la tradición legal civilista, que muchos teóricos del derecho consideran incompatible.

Conclusiones

Los principios teóricos del AED son útiles tanto para la elaboración de la ley, así como para su aplicación a través del proceso judicial. Lo que permitiría fijar parámetros a los actores que aplican o interpretan la norma, ofreciendo la posibilidad de hacer proyecciones con rigor científico, utilizando la metodología de las ciencias económicas. Por otro lado, permite someter a una evaluación económica las normas y las leyes, sobre todo las de carácter económico, para saber si tendrán un verdadero impacto positivo en el desarrollo económico y el bienestar de la sociedad. Es importante resaltar que en esta tesis se defiende el argumento de que los criterios judiciales del AED, aunque útiles, no son los criterios únicos en la resolución judicial, sino complementarios a las máximas jurídicas. Concluyendo que la relación entre Derecho y Economía debe ser simbiótica, subrayando que la economía también debía aprender de los principios de equidad y justicia del derecho, que permiten crear sociedades más equilibradas y armoniosas, en donde todos sus miembros se sientan en igualdad de circunstancias y protegidos por la norma, condiciones no siempre presentes en el razonamiento económico.

La tesis defiende que el modelo del AED es en esencia heurístico, pues permite el estudio de las leyes y las principales instituciones legales, y su impacto en la economía, identificando la lógica económica en las decisiones judiciales. Sin embargo, tiene un gran potencial en el campo

jurídico al identificar la lógica económica en las leyes y los procesos judiciales. Por último, crítica la función normativa que proponen los ponentes del AED pues los criterios se encuentran muy distante de las máximas jurídicas, y requiere la teoría de propuestas metodológicas y fórmulas más acorde con los preceptos legales universales, que los complementen no que los sustituyan.

La lógica económica que excluye a la jurídica, empleada en las resoluciones judiciales no es justa en términos legales, pues complementa al razonamiento jurídico, sino que contradice muchas de sus máximas jurídicas como la justicia, la certidumbre jurídica, la protección del derecho de propiedad, así como el principio fundamental derecho de resarcir al que ha sufrido un daño.

Los libres mercados requieren de una decidida protección de los derechos de propiedad, así como un sistema legal eficiente que promueva el desarrollo económico sostenible. El AED es una teoría en evolución que requiere de un mayor análisis y adecuación, y esta tesis contribuye al debate académico sobre la aplicabilidad de la teoría en países como México, con una tradición legal basada en el derecho civil.

La tesis cuestiona cuando la función de los jueces se convierte en remodelar derechos como propone la teoría del AED y no la de aplicar la ley, el juez se convierte en legislador atentando contra el principio democrático de la división de poderes de Rousseau.

El sistema legal, contribuye a determinar el desarrollo económico de un pueblo, pues favorece el óptimo desempeño del mercado. Pero entre los economistas y juristas existe una crítica reiterada por el abuso de recurrir a los tribunales para buscar la reasignación de derechos de propiedad, puesto que implica un alto coste para el Estado, y al mismo tiempo para la sociedad. Así como una mayor incertidumbre para las transacciones económicas.

Conclusión. existen importantes argumentos para considerar a la metodología del AED como un instrumento útil para el análisis de la ley, el derecho y sus instituciones. Destacando de manera importante que es un instrumento útil, pero de forma complementaria, no sustitutiva a las máximas jurídicas. Esta metodología representa una aportación renovada a la visión tradicionalista del derecho, donde la noción de justicia se entiende como la ciega obediencia a la norma en el contexto social, apartándose de la utilidad social de las normas, la conveniencia

de su aplicación y su impacto para un mayor bienestar de la comunidad en términos económicos y sociales.

Ante la pregunta de si ¿Sirve la metodología del AED para resolver las externalidades de una manera coherente con el derecho? La tesis concluye que la metodología del AED es útil para prevenir externalidades, y relativamente eficiente para resolverlas, pero usando los criterios económicos de forma complementaria a los principios y criterios jurídicos, no sustituyéndolos. Por otro lado, a la pregunta si ¿Es aplicable la teoría de resolución de externalidades del AED al sistema jurídico mexicano? La tesis argumenta que es aplicable la metodología del AED del modelo anglosajón a los sistemas civilistas, si se utiliza como una metodología complementaria no sustitutiva y excluyente de las máximas de derecho germánico-romano. La teoría del AED es aplicable en cualquier país, pero requiere de adecuarse al sistema legal donde se busque implementar, particularmente en los países de tradición civilista. La decisión judicial podrá incluir los razonamientos de eficiencia económica, pero siempre dentro de los límites y parámetros que marca la ley. Por otro lado, la metodología sobre la negociación, es poco útil mientras exista la posibilidad de que las partes acudan a los tribunales no solo a resarcir el daño, sino a incrementar su utilidad potencial a un bajo coste.

Después de analizar en profundidad el caso concreto en esta tesis, y algunas otras disputas legales similares del consorcio, podría decirse que algo muy similar a lo ocurrido en Estados Unidos ha estado sucediendo en México, en donde los jueces están aplicando los criterios del AED tal vez de manera intuitiva. El caso en estudio, es un caso inmejorable en términos académicos para interpretar y estudiar el derecho en México desde la perspectiva económica; y que la realidad está demostrando que estos postulados del AED avanzan rápidamente entre los juriconsultos y académicos mexicanos. Cada vez más sentencias judiciales miran hacia los supuestos del AED para resolver conflictos de externalidades; una tendencia que parece estar consolidándose.

El caso de externalidades del metro de la Ciudad de México, tanto en su versión de negociación como resolución judicial arroja premisas básicas que se pueden utilizar en el análisis de otros casos similares, permitiendo la teorización que es propia de la ciencia económica. La tesis sostiene que el AED ofrece bases teóricas y metodológicas que lo convierten en una herramienta útil para la comprensión, evaluación y desarrollo de los instrumentos jurídicos e instituciones legales.

Aunque la tesis defiende la importancia del modelo capitalista para el desarrollo de las sociedades, recomienda que las teorías del AED deben adecuarse para no generar abusos y fallos mayores en el mercado. El derecho debe facilitar la operación de los mercados y el desarrollo económico, por ello la importancia de resoluciones judiciales apegadas a derecho. La tesis concluye que no se pueden sustituir los principios del derecho por los principios económicos de “minimización de costes”, en las resoluciones judiciales. Ya que esto de alguna forma puede atentar contra los dos pilares fundamentales del capitalismo: los derechos de propiedad y la libertad contractual.

INTRODUCCIÓN

Objetivo de la Tesis

El objetivo de esta tesis doctoral es realizar un análisis minucioso a la teoría económica de resolución de externalidades en los contratos de obra pública, partiendo de la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), como una metodología de investigación novedosa y de creciente utilización en los sistemas judiciales con orígenes en la tradición germánico-romana, conocido como civilista.⁷ El AED se fundamenta en la búsqueda de un ideal de justicia que no se base solamente en la interpretación formalista de la ley, sino en la protección de los derechos del individuo y de la sociedad, donde se pondere la eficiencia económica tanto en las normas como en las resoluciones judiciales.

Las teorías del AED, sostienen que en aras de la eficiencia económica siempre deberá buscarse una negociación entre las partes para que la resolución de las externalidades sea beneficiosa para éstas, antes de tener que acudir ante un tribunal. Cuando los costes de transacción sean tan elevados que impidan que las partes se pongan de acuerdo, estas pueden acudir ante el juez, quién deberá evaluar el caso bajo los principios económicos y no solo la máxima jurídica de la reparación del daño.

La teoría se basa principalmente en el llamado “teorema de Coase”, el cual se centra en buscar una solución a la externalidad que implique un menor coste posible para la parte productiva, ya sea a través de la negociación o de la intervención judicial para reasignar derechos de propiedad. Para que el objetivo del “mínimo coste posible” se cumpla, la resolución de externalidades no contemplará necesariamente el resarcimiento del daño, sino una mejora relativa de la parte que lo sufrió, diferenciándose de los principios tradicionales del derecho sobre justicia distributiva.

El AED ofrece bases teóricas y metodológicas que lo convierten en una herramienta útil para la comprensión, evaluación y desarrollo de los instrumentos jurídicos e instituciones legales a fin de que consideren los principios de eficacia económica. Los principios teóricos son útiles tanto para la elaboración de la ley, así como para su aplicación a través del proceso judicial, lo que permitiría fijar parámetros a los actores que aplican o interpretan la norma, ofreciendo la posibilidad de hacer proyecciones con rigor científico, utilizando la metodología de las ciencias económicas. Por otro lado, permite someter a una evaluación económica las normas y las leyes,

⁷ En lo sucesivo se utilizará la palabra civil o civilista.

sobre todo las de carácter económico, para saber si tendrán un verdadero impacto positivo en el desarrollo económico y el bienestar de la sociedad. Es importante resaltar que en esta tesis se defiende el argumento de que, en la resolución judicial, los criterios del AED son complementarios y no sustitutivos de las máximas jurídicas.

Basados en lo anterior, las preguntas a responder en esta tesis son: ¿Sirve la metodología del AED para resolver las externalidades de una manera coherente con el derecho? y ¿es aplicable la teoría de resolución de externalidades del AED al sistema jurídico mexicano?

El AED, conocido en el mundo anglosajón bajo la denominación de *law and economics*; constituye una de las escuelas del pensamiento económico y jurídico que más rápido ha evolucionado en el último medio siglo. Esta disciplina ha sido recibida con cierto escepticismo, sobre todo en el mundo jurídico del derecho conocido como *civil law*, por considerar que se aparta de los objetivos y la naturaleza de justicia y equidad, que deben guardar las normas y su aplicación; sustituyéndola por las de la eficacia económica y maximización de la riqueza.

El AED se ha visto como una metodología útil para medir el impacto de la ley en la economía, evaluando las consecuencias que ésta tiene dentro de los mercados, así como en el comportamiento de los agentes económicos, y su repercusión en variables económicas como costes, precios o la oferta y la demanda. Otros ven una función normativa en el AED, definiendo una serie de criterios y razonamientos de carácter económico para la elaboración, interpretación y aplicación de la norma. Criterios que los actores legales, desde funcionarios públicos, abogados litigantes, deben aplicar en sus acciones legales, destacando principalmente la labor de los jueces en las resoluciones judiciales, dónde deberán buscar la eficiencia económica y la maximización de la riqueza.

En lo referente a la ley, la metodología de investigación del AED abarca el estudio de los objetivos y funciones de las disposiciones normativas, incluyendo la estructuración de sus preceptos, así como la operación eficiente de las instituciones y los procedimientos para su implementación. En años recientes se han utilizado un gran número de metodologías y herramientas de la microeconomía para sustentar la llamada economía de la regulación, que gobierna las instituciones que regulan actividades económicas y productivas; y que busca regirse con los principios de oferta-demanda, mercados de producto, precios, eficiencia, minimización de costes y optimización entre otras teorías económicas. Siendo la del AED una de las más populares.

Particularmente esta tesis, se enfoca en la función normativa del AED, como una serie de criterios y razonamientos de carácter económico para la interpretación y aplicación de la norma. Criterios que guiarán la reasignación de derechos en los fallos judiciales que buscan resolver las externalidades económicas. La tesis estudiará no el conflicto expresado en las externalidades sino los intentos de resolverlas desde los dos métodos propuestos por la teoría del AED, la negociación y la reasignación judicial de derechos.

El objeto último de esta tesis, es evaluar las posibilidades de la resolución de las externalidades, a través de la negociación y del proceso de reasignación de derechos por la vía judicial. Es importante destacar que la tesis no busca analizar el contrato en sí mismo, ni tampoco el impacto de la ley subjetiva al caso concreto o los potenciales escenarios de la resolución judicial y su impacto en la economía. La tesis analiza la negociación entre las partes para resolver la externalidad, y la decisión judicial; que como veremos se centrará en determinar la responsabilidad extra contractual, no desde el derecho positivo (administrativo), sino desde la perspectiva del AED. Las razones para escoger la metodología del AED frente a otras teorías económicas, que vinculan el pensamiento económico y jurídico se debe precisamente a la sencillez de su metodología y fórmulas para aplicarlas al derecho. Sin embargo, representa un reto académico importante, no solo por encontrar un caso concreto donde se pueda comprobar su aplicabilidad, sino también porque existe un gran debate académico sobre la efectividad del modelo económico en términos de justicia y eficiencia económica, así como la aplicabilidad a la tradición legal civilista, que muchos teóricos del derecho consideran incompatible.

Uno de los grandes temas en la economía son las externalidades o fallos externos del mercado, sobre el cual se han desarrollado múltiples teorías para buscar su resolución, sin afectar la estabilidad y fluidez de las transacciones. Para corregir estas externalidades la teoría se ha dividido entre aquellos que promueven la intervención del Estado como corrector y aquellos que se oponen a ésta. En ambos casos el Derecho y las instituciones juegan un papel primordial en la solución de externalidades, y cada una de las posturas aporta su visión particular de cómo el derecho y las instituciones deben resolver las externalidades.

En nuestro caso partimos de las premisas de una teoría no intervencionista que propone dos mecanismos para la resolución de externalidades, llamada AED y propuesto inicialmente por Roland Coase en su obra *The Problem of Social Cost*, en la cual consideraba a la negociación como una resolución óptima y económicamente deseable, dado que ésta simula a la fuerza

correctora del mercado, cuando las partes logran un acuerdo, resultado de una negociación, que corrija en el futuro dicha externalidad, sin que sea relevante la asignación original de derechos, o el resarcimiento de la afectación causada por la externalidad en el pasado. Cuando la opción de la negociación es considerada costosa por alguna de las partes, éstas podrán acudir ante los tribunales para buscar reasignar los derechos originales de propiedad, y solicitar que el juez resuelva en términos de eficiencia económica y no conforme a los términos convencionales de la tradición jurídica de resarcimiento del daño y compensación, lo que se traduce en que el juez deberá tomar aquella decisión que resuelva la externalidad minimizando los costes, lo que puede implicar que la víctima sea hecha responsable de resolver manera recíproca (sic) la externalidad que le está afectando.

Esta teoría se confronta con la lógica jurídica tradicional, sobre todo con aquella de los países de tradición legal germánico-romana. Sin embargo, para los seguidores del AED, la doctrina legal tradicional no ofrece necesariamente soluciones óptimas en términos sociales y ni de eficiencia económica al momento de resolver las externalidades en los contratos, ya que ésta se limita a definir a quién le asiste el derecho de acuerdo a la norma, siendo aplicada al caso concreto por el juzgador, el cual determina en base a la norma quién tiene la responsabilidad de resolver la externalidad, lo que va acompañado comúnmente de un resarcimiento de los daños y una posible compensación. En dicha acción del juez no examina como esa decisión judicial afectará la eficiencia económica y la maximización de la riqueza. Es por ello, la importancia de utilizar la metodología del AED para evaluar las acciones de los actores del sistema legal en la economía, y cómo las teorías y métodos de la ciencia económica pueden contribuir a hacer más predecible la resolución de los conflictos sobre externalidades.

De tal forma que partiendo del “teorema de Coase” y de la metodología del AED que le ha seguido, se analizarán a lo largo del documento las externalidades, el proceso de negociación, así como la Litis en la resolución judicial, para el caso concreto de la resolución de externalidades que se presentaron durante la construcción de la línea 12 del Metro de la Ciudad de México. En defensa de la aplicabilidad de la teoría del AED al caso, se estudiará a uno de los principales exponentes del AED, el jurista Richard Posner que sostiene que tanto los principios del “*common law*”, así como los razonamientos del AED, son aplicables a la tradición del sistema legal germánico-romano (civil), y que su aplicación contribuye al eficiente desarrollo del sistema legal. Además, añade, que para que una nación alcance un nivel de desarrollo económico y prosperidad es necesario contar con un sistema legal eficiente que genere certidumbre a los mercados y facilite las transacciones económicas. Su teoría y

razonamientos se estudiarán en detalle tanto en el marco jurídico y como en el capítulo del análisis sobre las resoluciones judiciales, donde se buscará determinar la aplicabilidad de los preceptos de la doctrina al sistema legal mexicano.

Por lo antes expuesto, es fundamental primero entender el problema de externalidades, para luego estudiar el marco jurídico e institucional en el cual las partes buscan dirimir sus diferencias. Por lo que para la realización de esta tesis es importante analizar los derechos de propiedad, las instituciones de gobierno relacionadas con su tutela, las leyes aplicables, y particularmente el contrato, desde la perspectiva del AED.

El problema

La Línea 12 del Metro de la Ciudad de México en el año 2008, fue el contrato más importante de obra pública en México, una obra compleja de 25 kilómetros bajo una de las ciudades más pobladas y hacinadas del mundo, con costo aproximado de \$1,200'000,000.00 de dólares, que daría servicio a 500,000 usuarios diarios de la zona metropolitana sur de la Ciudad de México. El consorcio que construyó la obra, estaba integrado por una de las empresas más grandes de construcción de América Latina, otra de infraestructura del entonces hombre más rico del mundo, y una trasnacional francesa especializada en la infraestructura electromecánica del sistema del Metro. Durante los años de construcción aparecieron numerosas externalidades que pusieron en riesgo la continuación y la conclusión de la obra pública, las cuales estuvieron relacionadas con los terrenos en que se proyectó la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México y el incremento de costes. Se tiene conocimiento de que las partes negociaron hasta en tres ocasiones para resolver estas externalidades, las cuales aparentemente se solucionaron, sin embargo, en el año 2014 la obra, que había iniciado su operación desde el año 2010, fue suspendida y las partes comenzaron un proceso litigioso muy complejo que ha involucrado por lo menos una docena de juicios y procedimientos administrativos. Destacando que, en estos galimatías legales, pareciera que los razonamientos y métodos del AED se estuvieran empleando en los razonamientos de algunos de los jueces y tribunales que han conocido de la Litis.

Esta teoría es relevante para el caso de estudio por dos motivos:

(i) Entender la complejidad que suscita el aplicar los preceptos jurídicos del sistema de *rule of law*, en donde el Gobierno se somete al Derecho como un sujeto más, igual que los individuos y se aplica la ley ordinaria (*common law*), así como los tribunales ordinarios, frente al sistema

mexicano, donde el Estado se somete al Derecho pero en una relación diferente al particular, desde una posición de autoridad sujeta a normas y leyes administrativas y a tribunales especiales, creados para dirimir las controversias entre los particulares y el Estado.

(ii) Otro reto importante es tratar de aplicar el AED, que incorpora los preceptos legales (*common law*) al caso en concreto. Recordando que el *common law* es un sistema descentralizado y de pocas leyes, así como de formas propias de dictar el derecho a través de sus tribunales, en donde sus jueces gozan de gran libertad para reasignar derechos. Este modelo se confronta con el sistema mexicano, en el que la relación Estado-particular está regulada por el Derecho administrativo, y los derechos de las partes están previamente asignados en las normas, siendo que las facultades del juez para reasignar derechos son muy limitadas en comparación con el modelo anglosajón.

La contribución de esta tesis al derecho y la economía

En primera instancia permite contribuir al debate académico en la economía sobre la resolución de externalidades, con la intervención del Estado a través de la ley y las resoluciones judiciales. El caso concreto por su extensión y complejidad permite de igual forma utilizar un caso insignia por su trascendencia en el país para tomar consciencia y examinar la aplicabilidad de la metodología del AED, tanto en la fase de negociación como en la de la de resolución judicial. La evidencia empírica sorprenderá a muchos, pues el caso de estudio parece revelar que los tribunales mexicanos están aplicando de manera intuitiva los criterios de eficiencia económica, tal y como señala Posner que ocurre en el caso de los Estados Unidos, al ser los tribunales del orden común los que han conocido y pretenden resolver en última instancia las controversias de las partes. La evidencia y la aplicación de la teoría muestra claramente las posibilidades y las limitaciones propias de ésta, así como los incentivos perversos que puede generar en las partes como se discutirá ampliamente. Por último, constituye un excelente ejemplo para determinar la aplicabilidad de la metodología del AED al derecho mexicano, así como su aplicación en otros países de tradición civilista.

El reto

Aplicar a la legislación mexicana, en particular a un caso concreto de negociación y litigio judicial, la metodología de propia del sistema legal consuetudinario (*rule of law*) y los razonamientos del AED, representa sin lugar a dudas un reto.

Albert Venn Dicey, autor de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* y

considerado uno de los principales juristas especializado en el constitucionalismo británico, nos dice los preceptos del derecho administrativo son irreconciliables con aquellos del derecho inglés, (*rule of law*).⁸ Posner por el contrario afirma que son convergentes y aplicables a los países de tradición germánico-romana (civilista)

Esta tesis estudia el enfoque de uno los principales exponentes del AED, el jurista Richard Posner quien sostiene que tanto los principios del “*common law*”, así como los razonamientos del AED son aplicables a la tradición del sistema legal germánico-romano (civil), y que su aplicación contribuye al desarrollo eficiente del sistema legal. Su teoría y razonamientos se estudiarán en detalle en el marco jurídico y sobre todo en el análisis del capítulo de la resolución judicial donde se analiza la aplicabilidad de los preceptos al sistema legal mexicano.

Trascendencia y Límites de la tesis

Resulta fundamental para los funcionarios públicos y los contratistas involucrados en la obra pública, las premisas y teorización que puedan abstraerse de este caso de estudio. Las conclusiones pueden constituir parámetros para la actuación y análisis, en la negociación de externalidades en los contratos públicos en México. Asimismo, en la tesis se aplican criterios y herramientas útiles de razonamiento, provenientes de la metodología del AED, que contribuyen a garantizar una aplicación de derechos de propiedad más eficiente en términos económicos, sobre todo, en disputas sobre resolución de externalidades.

La evidencia muestra que las herramientas que ofrece la metodología del AED no son de manera alguna infalibles, ni excluyentes, sino que constituyen una serie de mecanismos y fórmulas que facilitan la resolución de las externalidades, tanto en la forma de negociación como en la de la resolución judicial.

Como en toda teoría se presentan límites estructurales y de análisis propios de la misma metodología. El estudio no pretende agotar, ni ahondar en las múltiples posibilidades de análisis que ofrece la perspectiva de la teoría económica, para el caso de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Simplemente se busca aplicar las hipótesis del AED sobre externalidades, costes y eficiencia económica al contrato, en sus dimensiones de negociación y proceso judicial. Se espera encontrar del análisis y disertación del caso en concreto, las hipótesis que contribuyan

⁸ Dicey fue el que popularizó la frase del imperio de la ley (*rule of law*), en Dicey A.V.: *Introduction Study to the Law of the Constitution*, Oxford, UK.: Oxford University, 1885. Impreso.

al debate sobre la aplicabilidad de las teorías del AED a los sistemas legales con tradición germánico-romana, como lo es el mexicano, descubriendo conclusiones generales e universales aplicables para los diferentes proyectos de obra pública en México, y posiblemente para proyectos similares en países con sistemas legales civilistas. Por otro lado, se pretende que las conclusiones sobre el caso ofrezcan a los administradores públicos, litigantes, jueces y a los juristas un campo de reflexión y guía para los temas de interrelación entre el derecho y la economía.

Concluyendo que la relación entre Derecho y Economía debe ser simbiótica, subrayando que la economía también debía aprender de los principios de equidad y justicia del derecho, que permiten crear sociedades más equilibradas y armoniosas, en donde todos sus miembros se sientan en igualdad de circunstancias y protegidos por la norma, condiciones no siempre presentes en el razonamiento económico.

Estructura de la tesis

En la tesis, en primer lugar, se expondrán las razones por las que conviene realizar el análisis de la resolución de externalidades fruto de un contrato desde la perspectiva del AED, su metodología y teorías, particularmente el conocido como “Teorema de Coase”, que da origen a esta nueva metodología de las ciencias económicas aplicada al derecho. Se analizan las teorías en el marco teórico de Coase, Shavell, Posner, Cooter y Ulen, así como Cabrillo y Fitzpatrick sobre el proceso que debe llevar la resolución de externalidades en los contratos; la metodología incluye una etapa de negociación, para eliminar o compensar a los agentes económicos por las externalidades y otra en que las partes buscan dirimir la controversia ante un tribunal. El caso de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México ha seguido estas etapas, por lo que la teoría se confrontará con los hechos, analizando las argumentaciones legales de las partes y sus estrategias económicas y jurídicas frente a la teoría del AED en cada una de las etapas antes mencionadas. Por último, la tesis termina con algunas conclusiones generales aplicables al caso, sin dejar de advertir las posibles limitaciones que han de tenerse en cuenta al utilizar los modelos y teorías del AED, así como el potencial que ofrece esta metodología y otras teorías económicas abordadas para convertirse en teorías universales y aplicables a casos similares de infraestructura. Las teorías del AED ofrecen un marco teórico que puede aportar de manera significativa al estudio del vínculo y simbiosis entre el derecho y la economía en la resolución de externalidades bajo la figura contractual analizada en esta tesis doctoral.

Basándonos en las teorías de Coase y Posner sobre el proceso para alcanzar una óptima resolución de externalidades, bajo los principios económicos de eficiencia económica y maximización de la riqueza, el análisis de esta tesis está dividido en dos grandes secciones: uno sobre la negociación y otro sobre la reasignación judicial de derechos. En la introducción se explica el objetivo y alcance de la tesis, así como sus limitaciones, definiendo la metodología, sus orígenes y posibilidades. Asimismo, incluye los antecedentes del caso de estudio en cuanto a las externalidades que se suscitaron con motivo de la obra de infraestructura. El primer capítulo se refiere al marco teórico general de las doctrinas principales del AED. El segundo capítulo muestra la teoría de resolución de externalidades mediante la negociación y su aplicabilidad a las negociaciones presentadas entre las partes en el caso de estudio. El tercer capítulo se refiere al marco teórico de las resoluciones judiciales como mecanismo de resolución de externalidades mediante la reasignación de derechos de propiedad y su aplicabilidad a la Litis presentada en el caso de estudio. Por último, se esbozan conclusiones generales sobre la teoría y su aplicabilidad al marco jurídico mexicano, tratando de contestar las preguntas que se presentaron al principio de esta tesis.

La determinación sobre la propuesta teórica para abordar los casos de resolución de externalidades

Confrontados con la complejidad de resolver el problema de las externalidades de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, se pueden plantear diferentes teorías y disciplinas jurídicas para su resolución. Tanto desde la perspectiva legal como desde la económica. El proceso para identificar la teoría más adecuada llevo un enriquecedor proceso de exploración teórico.

Desde la Perspectiva Legal

El objetivo fue encontrar una disciplina que analizara el derecho y la economía, y la interacción entre ambas, por lo que como se muestra en los siguientes párrafos, son metodologías que no permiten la comprensión y aplicabilidad de la compleja interacción entre el derecho y la economía. Si se parte de la perspectiva del derecho, el derecho administrativo ofrece una visión estrictamente legal para analizar un contrato público que dio origen a la relación contractual entre el Estado y las empresas constructoras de la Línea 12 del Metro de La Ciudad de México. Desde una perspectiva más amplia de las ciencias jurídicas, el caso de estudio podría ser analizado desde la óptica del derecho económico.

En el primer caso, el Derecho Administrativo permite analizar la naturaleza pública del contrato, para definir la responsabilidad de los actores a partir de una estricta aplicación de la normativa administrativa; sin contar con una visión económica del asunto. Mientras que, por otro lado, si se utiliza la perspectiva del Derecho Económico, en términos de gasto público, se obtendría una visión parcial del caso, pues solo atendería a los objetivos económicos del Estado. Los contratos de obra a precio alzado, como es el caso, están regulados por la Ley de Obras Públicas, que impone una serie de condiciones al ejercicio del gasto público a través de la construcción de infraestructura, y que no permiten otras consideraciones en su interpretación como la funcionalidad económica de los mismos.

El Derecho Administrativo se define como aquella parte del Derecho público que regula organización y funcionamiento del Poder Ejecutivo y sus relaciones con los administrados, así como la función administrativa de los diversos Poderes y Órganos Constitucionales del Estado.⁹

Un punto muy importante para la tesis es como el marco legal ha regulado al Estado cuando interactúa con los particulares. Determinar las teorías sobre el marco jurídico que gobierna la relación entre el Estado y los particulares, ya sea como iguales (coordinación) o el Gobierno como autoridad (supra-subordinación). Mientras la tradición anglosajona le da al Estado un trato de iguales frente a los particulares, regulado por los principios del derecho común “*common law*” para los sistemas conocidos como “*civil law*”, el Estado se somete al derecho pero no como iguales sino en una situación de prerrogativa de autoridad, lo que no necesariamente le beneficia, pues el Gobierno solo puede hacer aquello que le permite la norma, mientras que el particular puede hacer todo aquello que no le está expresamente prohibido por la ley, dándole una mayor capacidad de acción. Siendo que el derecho mexicano tiene una tradición jurídica de régimen administrativo, el estudiar el caso solamente desde la perspectiva del derecho administrativo, no permitiría analizarlo desde la función económica, limitándose simplemente a la estricta aplicación de la norma en la materia.

Por otro lado, podemos aplicar el marco conceptual de análisis del Derecho Económico. El Derecho Económico es la rama especializada del derecho que está conformada por el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio de la actividad económica entre el Estado y los particulares, orientada a objetivos de bienestar social.¹⁰ Es importante diferenciar

⁹ Gordillo, Agustín, “Teoría General del Derecho Administrativo,” *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, 1ª edición, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. Impreso.

¹⁰ Muñoz Fraga, Rafael “Conceptos Fundamentales del Derecho Económico,” *Derecho Económico*. México: Editorial Porrúa, 2011, 3-18. Impreso.

entre Derecho Privado de la economía que se refiere a las normas que reglamentan la empresa, y Derecho Económico, que regula la conducta de los agentes económicos en la economía.¹¹

El Derecho Económico se expresa a través de los instrumentos de política económica y que forman parte de las herramientas con que cuenta el Estado para equilibrar o armonizar las fuerzas que actúan en el mercado y conseguir el bienestar de la sociedad. Esto supone a una participación más activa del rol del Estado en la economía, que la expresada en la teoría económica del libre mercado y la no intervención estatal. Esta visión de intervención parcial del Estado se dio como resultado de la guerra fría, es decir el conflicto entre el modelo capitalista y socialista, que en América Latina quedó plasmado en los principios constitucionales que definen a varios países como economías mixtas, donde el Estado participa estratégicamente en la economía para promover el desarrollo económico y el bienestar social.¹²

El Derecho Económico, tiene como fin diseñar y mantener las relaciones que se establecen entre el Estado y los demás agentes económicos, a través de estudiar la intensidad y modalidades de la intervención del Estado en la economía; la propiedad de los medios de producción (pública, privada o mixta); la distribución de la riqueza y sus mecanismos para lograrlo.¹³ Esta visión económica choca con los postulados de la economía liberal, y la última variable de distribución no es considerada por los seguidores del AED, ya que el fin último de éste es la generación de riqueza sin preocuparse por su distribución.

El Derecho Económico se entiende como la herramienta que promoverá y orientará a los diversos agentes en el desempeño de sus tareas para lograr el bienestar social. En este tenor las finanzas públicas, a través del gasto público¹⁴ se convierte en un importante instrumento para el equilibrio de la economía y el desarrollo. Entre las disposiciones que regulan la ejecución del gasto público se encuentran la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Así pues, desde el enfoque del Derecho Económico este caso podría examinarse desde la perspectiva de la

¹¹ *Ibidem.*

¹² Para entender el Derecho Económico véase Olivera, Julio H.G. *Derecho Económico; Conceptos y Problemas Fundamentales*. Argentina: Ediciones Macchi, 1981. Impreso. Véase también Witker V., Jorge: *Antología de Estudios sobre Derecho Económico*. México: Edemex S.A., 1978. Impreso.

¹³ Muñoz Fraga. 13. Op. Cit. nota al pie 4.

¹⁴ Las finanzas públicas exigen que el ejercicio del gasto público sea controlado y sujeto a un marco jurídico eficiente que garantice su transparencia, eficiencia, honradez y legalidad entre otros principios contenidos en los artículos 74 fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales.

eficiencia económica en la utilización del gasto público, limitando el análisis del caso a la visión del Estado y dejando fuera de la ecuación el impacto que sufre y ejerce la parte privada como agente económico.

La crítica de los liberales al Derecho Económico es que éste es considerado como el derecho que nace de la necesidad de intervención del Estado ante las guerras y crisis económicas.¹⁵

Estas dos disciplinas están limitadas pues solo analizan la compleja resolución de las externalidades desde el propio instrumento jurídico, así como del marco legal que lo regula. Como son disciplinas de la ciencia jurídica que requiere de estricta aplicación de la norma, no permiten evaluar las aportaciones de los modelos y los razonamientos detrás de las teorías económicas, ya que estos son inexistentes para el análisis jurídico, por encontrarse fuera de la norma. Con dichas disciplinas se puede analizar la naturaleza del instrumento, la intencionalidad de las partes y el nivel de responsabilidad ante las contingencias desde lo que dice la norma aplicable, pero no considera la posibilidad de que las partes puedan lograr una negociación que resuelva sus conflictos, desde una perspectiva de eficiencia económica tanto para las partes como para la sociedad. Más aún la repercusión que pudiera tener en la economía cuando la controversia es resuelta mediante la decisión jurisdiccional. Es por ello que hay que abordar este tema desde la perspectiva económica, mirando hacia el derecho.

Desde la Perspectiva Económica

Desde la perspectiva económica existen varias teorías o métodos aplicables para analizar este caso. Existen diferentes disciplinas que pueden estudiar el derecho desde la perspectiva económica. Se pueden aplicar para este caso diferentes escuelas económicas que estudian el vínculo entre la economía y el derecho. Algunos ejemplos son: *law and economics*,¹⁶ *economic*

¹⁵ El Derecho Económico nace de la crisis económica creada por la I Guerra Mundial, dando lugar a que se dictaran medidas legales de urgencia, en Alemania e Italia para ejercer el control estatal sobre las actividades económicas. La crisis de 1929-33 en los Estados Unidos y luego el estallido de la Segunda Guerra Mundial justifican la injerencia estatal, pues es el Estado el único ente dotado de recursos para atenuar los efectos más catastróficos de la crisis y para regular las inversiones y los procesos productivos, es el único capaz de responder a una actuación de urgencia con un carácter fundamentalmente coactivo en materias económicas ante las eminentes consecuencias de una guerra. En García Cuza, Juan Emigdio. *Fundamentos del Derecho Económico*. Tomo I. México: Editorial MES, 1987. Impreso.

¹⁶ Friedman, D. "Law and Economics". *The New Palgrave: A Dictionary in Economics*. London: Macmillan. 1998. Printed.

of contracts,¹⁷ political economy,¹⁸ behavioral economics,¹⁹ organizational economics,²⁰ y new institutional economics.²¹ Muchos de estos marcos teóricos pudieran ser adecuados para el análisis del presente caso, pero después de examinarlos se considera que el *Law and Economics*, traducido como AED es el modelo más útil para entender este complejo asunto donde se yuxtaponen Economía y Derecho itinerantemente y sus principios, razonamientos y teorías se enfrentan y a veces se contradicen.

La teoría que en primera instancia parecería ser de mayor utilidad es la Nueva Economía Institucional (en lo sucesivo “NEI”) que es una corriente de pensamiento basada en la idea de que las instituciones están condicionadas a los hechos económicos. El propósito de la NEI es estudiar los lazos contractuales (derecho) que se establecen dentro de las organizaciones (teoría organizacional) siguiendo un criterio de eficiencia (economía). La teoría sostiene que en toda actividad económica se establecen vínculos entre los agentes económicos, vínculos que vendrán representados por alguna clase de contrato, explícito o no.²²

La NEI es una teoría usada con mucha frecuencia para el análisis del comportamiento de los distintos agentes contratantes en diferentes tipos de contratos, particularmente los mercantiles. Aunque es una teoría fácilmente aplicable a los contratos, en el caso en cuestión, sería muy complejo tratar de aplicarla puesto que los contratos de obra a precio alzado, se caracterizan por ser contratos cerrados que no permiten renegociación alguna en su tiempo de ejecución y en el precio, una condición casi necesaria para esta metodología es la negociación de los términos contractuales para resolver las externalidades. Estos contratos prohíben explícitamente una renegociación futura, sin importar los cambios que se hayan presentado en las condiciones del contrato.

¹⁷ Para estudiar este asunto desde la perspectiva de “*Economics of Contracts*”, ver Brousseau, E. y J.M. Glachant. *The Economics of Contracts: Theories and Applications*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002. Printed.

¹⁸ Stuart Mill escribió: “La economía política no trata la totalidad de la naturaleza del hombre, modificada por el estado social, ni de toda la conducta del hombre en sociedad. Se refiere a él solo como un ser que desea poseer riqueza, y que es capaz de comparar la eficiencia de los medios para la obtención de este fin. Ver Mill, John Stuart. “On the Definition of Political Economy, and on the Method of Investigation Proper to It”. *London and Westminster Review*. Octubre 1836. Digital; y Mill, John Stuart. “Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy”. *Longmans, Green, Reader & Dyer*. 2a ed. 1874. Digital.

¹⁹ En su discurso del Premio Nobel 2001, Gorge Akerlof fue lejos al afirmar que la Teoría General de Keynes (1936) fue la mayor contribución a la economía conductual antes de nuestra era. Véase Akerlof, Georg. *Behavioral Macroeconomics and Macroeconomic Behavior. Prize Lecture*. Stockholm University: 2001. 16. Digital.

²⁰ Akerlof, Robert. *Essays in Organizational Economics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009. Printed.

²¹ Brousseau, E. y J.M. Glachant. *New Institutional Economics: a guidebook*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Impreso.

²² Ibidem.

Cebrián Salvat en su análisis sobre la aportación del análisis económico a las tesis doctorales sobre contratos señala que la NEI puede ayudar a entender y determinar las siguientes variables en los contratos:

- 1) La finalidad económica del contrato (que es un término jurídico), o la causa de los contratos (en términos económicos).
- 2) El por qué las partes han entrado en esa relación contractual (intención de los contratantes) y qué es lo más eficiente para las partes.
- 3) En la relación contractual, cuál es la parte débil de la relación, medir su peso en las relaciones de poder, así como su posición legal en la relación contractual.
- 4) El coste del “*enforcement*” o hacer cumplir un contrato, donde tiene que medirse el coste para las partes de negociar o ir a juicio.²³

Sin embargo, Cebrián Salvat advierte “ha de tenerse en cuenta que en ocasiones esta teoría (NEI) funciona como un “todo”, es decir, que el contrato en general sirva para maximizar la eficiencia de sus partes no significa que todas y cada una de sus cláusulas por separado sean la más eficiente para ambas (partes). En ocasiones, las partes de una negociación contractual ceden en algunas cuestiones para conseguir otras. De este modo, no todas las cláusulas son la solución más eficiente para las dos partes, pero sí puede que sea la “mejor solución” en relación con el resto del contrato”.²⁴ Aunque la teoría del NEI se presenta como un marco conceptual de análisis interesante para el caso concreto, se centra primordialmente en el contrato y la complejidad del caso en estudio requiere un ámbito de análisis mucho más amplio. Es por ello, que después de una profunda reflexión, la teoría del AED se presenta como el método científico más adecuado para alcanzar los objetivos de esta tesis.

La definición del AED y su función como metodología de análisis jurídico

Definiciones

Para Cooter y Ulen el AED “representa un esfuerzo interdisciplinario que se aboca a la identificación de aquellos cambios normativos (procesales y sustantivos), regulatorios y judiciales que, dentro de la tradición jurídica de cada país, tengan la capacidad de fomentar el desarrollo económico. Es por ello que el análisis económico del derecho utiliza metodologías

²³ Cebrián Salvat, María Asunción. “La aportación del análisis económico a las tesis doctorales sobre contratos”. Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos Actuales del Derecho. Coor. Ángel Valencia Sáiz. Málaga: Universidad de Málaga, 2014.

²⁴ *Ibidem*.

de investigación que concentran su atención en el impacto que el marco jurídico (entendido como sistema de premios y castigos) posee en el comportamiento individual, organizacional, y colectivo”.²⁵

Para la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (por sus siglas ALACDE): “El análisis económico del derecho es la aplicación del método científico, propio de la ciencia económica (incluyendo la estadística, teoría de precios, análisis costo-beneficio, costos de transacción, teoría de juegos, entre otras) al análisis y explicación del sistema jurídico. Lo que intenta el análisis económico del derecho es responder a dos preguntas básicas sobre el sistema y las reglas legales: cuál es el efecto que una determinada regla legal tiene sobre el comportamiento de los individuos, y si ese efecto de la regla es o no socialmente deseable”.²⁶

La metodología del AED busca predecir el efecto de las leyes, determinando si estas son económicamente eficientes y predecir los posibles efectos de una norma, buscando diseñar mejores estructuras legales y sistemas legales más eficientes que permitan el óptimo desarrollo de los mercados. El AED aporta nuevos parámetros económicos para el diseño y aplicación de la ley. Asimismo, debe incluir el estudio de las principales instituciones legales. Para Posner “también incluye el estudio de las principales instituciones legales, incluyendo juez y jurado, agencias reguladoras y legislaturas”,²⁷ y los criterios que los jueces deben seguir al dictar sus resoluciones.

El AED como método tiene dos claras funciones: (i) es una forma de evaluar las reglas jurídicas, de decidir qué tanto ayudan a conseguir el objetivo para el cual fueron creadas; (ii) considerar a la ley o la resolución judicial como herramienta para lograr la eficiencia económica. A estos dos enfoques se les conoce en la literatura como análisis positivo y normativo.

Positivo: El AED sirve para estudiar las causas y predecir el efecto de las normas jurídicas en los mercados. El enfoque positivo busca explicar el efecto de las normas jurídicas sobre los distintos mercados y produce teorías que tratan de encontrar causas económicas de por qué ciertas sociedades adoptan ciertas normas jurídicas.

²⁵ Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Law and Economics*. 5ª ed. Boston: Ed. Pearson Addison Wesley, 2008. Printed.

²⁶ La Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE) es una organización no gubernamental que agrupa a los profesionales y estudiosos interesados en las interacciones entre el Derecho y la Economía. Véase Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía. 2014. Web. 25 agosto 2015 <<http://alacde2014.ufm.edu/alacde/>>

²⁷ Posner, Richard. “El análisis económico del derecho en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”. *Revista de Economía y Derecho*. Trad. Enrique Pasquel R. con la autorización del autor y de la revista Ratio Juris, donde fue publicado en su versión en inglés. Vol. 2, N° 7. 2005: 7-16. Impreso.

Normativo: El enfoque normativo, brinda prescripciones acerca de cuáles son las normas jurídicas más adecuadas en determinada situación, según el objetivo buscado por el legislador. Este enfoque establece recomendaciones de carácter político basadas en las consecuencias económicas que derivan de la aplicación de un determinado curso de acción política. El objetivo es establecer la eficiencia económica en la formulación y aplicación de la norma, así como en los criterios para su interpretación judicial.

Por su parte Posner considera que la metodología del AED puede tener tres funciones:

- 1.- Heurístico (método para aumentar el conocimiento) busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales.
- 2.-Descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal.
- 3.-Normativo, asesora a los jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho.²⁸

La Utilidad del AED

El AED aporta nuevos parámetros económicos para el diseño y aplicación de la ley. Cooter y Ulen se refiere a la falta de una teoría en el campo del derecho que permita hacer predicciones o explicaciones empíricas basadas en teorizaciones generales y abstractas, y como el AED está aportando ese valioso instrumento a la teoría legal. Por su parte, Ulen cree que el principal aporte del AED es la introducción del método científico de investigación en el derecho, un compromiso mayor con la teorización abstracta y la comprobación empírica de las teorías legales. Es muy poco frecuente que las teorías legales sean susceptibles a comprobación empírica.²⁹ En este sentido la economía tiene una clara ventaja sobre otras ciencias sociales por su metodología científica. La teoría económica permite hacer juicios con contenido empírico con hipótesis uniformes sobre las motivaciones de los operadores del sistema legal que permitan ofrecer predicciones, o explicaciones empíricas basadas en teorización abstracta y general. Para examinar las funciones y los efectos del sistema legal es imprescindible contar con alguna teoría de la acción, alguna descripción básica del modo en el cual las personas responden a cambios en las reglas legales.³⁰

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Ulen, Thomas. "The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship". *Chicago Kent-Law Review*. Vol. 79, 2004. Printed.

³⁰ Cooter y Ulen. 15. Op. Cit. nota al pie 19.

Según Posner el AED sirve para entender mejor la utilidad social del derecho, y la labor del economista. La metodología sirve para recordarles a los jueces y abogados, las consecuencias de sus acciones en la economía, sobre todo aquellas consecuencias adversas o costosas.³¹ Las aportaciones del AED son:

a) Hacer ver a los jueces y a los abogados los razonamientos económicos para el diseño y la aplicación de la ley, así como las consecuencias económicas (adversas o no) de sus acciones y resoluciones. Posner resalta que los que no son economistas (jueces, abogados, legisladores) no consideran los costes de sus acciones legales. Al respecto Posner escribió “Quienes no son economistas tienden a pasar por alto consecuencias, que generalmente –aunque no siempre– son adversas o, por lo menos, costosas”.³²

b) El AED es un instrumento muy útil para avanzar en el entendimiento del sistema legal y la utilidad social del Derecho. Esta metodología con su base pragmática les confiere a las visiones jurídicas un sesgo objetivo que complementa o mitiga la vigencia de los enfoques subjetivistas. Además, dice el jurista que la naturaleza empírica del AED ofrece la posibilidad de anticipar eventuales consecuencias de la interacción social. Justamente su pragmatismo permite la construcción y comprobación de “modelos de comportamiento humano para predecirlo y controlarlo.”³³

Jiménez San Vicente resalta la naturaleza propia de esta metodología como “heurística”,³⁴ pues ayuda a expandir el conocimiento en una rama o materia de estudio determinada. Este abogado y doctor en economía política considera al AED como una novedosa disciplina heurística, entendido este adjetivo como un “método para aumentar el conocimiento”,³⁵ por lo que continúa creciendo los ámbitos del derecho en donde pueden aplicarse sus teorías y métodos de investigación y análisis. Para este académico representa una metodología científica que abrevia de los instrumentos y teorías de la economía para expandir el conocimiento y el entendimiento del derecho tanto en la formación de sus preceptos como en su interpretación y aplicación.

³¹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

³² *Ibidem*. 11-12.

³³ *Ibidem*. 11-12.

³⁴ De acuerdo al Diccionario de Oxford, Disciplina es una rama del saber humano con objeto y método de estudio propios.

³⁵ Jiménez San Vicente es abogado de una universidad estatal en México (UAA), estudio una maestría en derecho del *common law* (L.LM) en la Universidad de Georgetown, y tiene el Doctorado en Economía Política por la *London School of Economics*.

Críticas desde la perspectiva jurídica

- a) La metodología no persigue los mismos fines que el derecho y estos pueden arrojar diferentes resultados. El fin último de la metodología es la maximización de la riqueza y eficiencia económica y no la justicia.
- b) Es una metodología egoísta y se presta a abusos, no reconoce el daño de la víctima. Evita la aplicación tradicional del derecho.
- c) Estrategia para evitar las responsabilidades civiles, el derecho al resarcimiento y la compensación.
- d) Las resoluciones no desincentivan a los agentes económicos a continuar con actividades económicas nocivas como el caso de la contaminación.
- e) Es un modelo inaplicable a México por que se basa en el derecho casuístico (*common law*) y no de tradición administrativa.
- f) En México este tipo de asuntos están regulados por el derecho administrativo, y no son regulados por los tribunales civiles ordinarios.
- g) Representa un reduccionismo de las máximas legales por razonamientos con un corte economicista.

Las teorías del AED han recibido una gran oposición entre los litigantes, estudiosos del derecho y abogados de los sistemas civilistas. Aunque existen algunos nombres que promueven su entendimiento y aplicación.

Críticas desde la perspectiva económica

Esta metodología también ha recibido importantes críticas desde dentro de la misma disciplina económica. Destacando las críticas de la conocida como escuela austriaca de Economía.

Críticas al Teorema de Coase

- a) Hipótesis básica es la del utilitarismo, el hombre egoísta buscando su interés personal solamente, lo que se conoce en la teoría como el “*reasonable egoist man*”.
- b) Promueve la autorregulación y confía en el equilibrio mágico de los mercados.
- c) Se basa en la teoría de la “competencia perfecta” que es un escenario puramente teórico, alejado de la realidad.
- d) Los derechos que protegen las normas se vuelve mercancías con valor que pueden ser intercambiadas en el mercado.
- e) La maximización de la riqueza a través de la eficiencia económica, no significa un mayor bienestar para la sociedad o inclusive para las partes, ya que se maximiza la riqueza solo en términos relativos a la situación donde ya se ha causado el daño.

Crítica en cuanto a la metodología

- a) La formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignarle sentido a un universo muy extenso de conductas.
- b) La progresiva formalización de los supuestos y de los medios para comprender las conductas.
- c) La fortaleza de esas disciplinas para la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas.
- d) Las variables incluidas en el modelo, y las que no lo han sido.
- e) El uso de supuestos no comprobables científicamente.
- f) El supuesto idealizado de los óptimos, como muy poco probables.

¿Es aplicable la teoría de AED al caso en cuestión?

Representa sin lugar a dudas un reto aplicar la metodología y los razonamientos de carácter económico del AED, a la legislación mexicana. En particular a un caso concreto de negociación y de resolución judicial, una metodología propia del sistema legal consuetudinario (*common law*). Parecería en primera instancia que no aplicarían las teorías básicas del AED a nuestro caso, ya que el derecho administrativo mexicano es de estricta aplicación frente a la flexibilidad que ofrece el derecho civil, que le permite al juzgador reasignar con mayor facilidad los derechos. De acuerdo a las teorías generales de Dicey y Heriou los dos sistemas son incompatibles.

¿Se pueden aplicar los preceptos del *rule of law* a un país que se han desarrollado en base al derecho administrativo?

Albert Venn Dicey, autor de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* y considerado uno de los principales juristas especializado en el constitucionalismo británico, nos dice los preceptos del derecho administrativo (sistemas de tradición civilista) son irreconciliables con aquellos del derecho inglés, (*rule of law*).³⁶ Dicey también se ocupó de las analogías y de las diferencias entre el régimen administrativo francés y el *rule of law* inglés.³⁷ Para Dicey el *rule of law* significa, entre otras cosas, la igualdad ante la ley o la igual sujeción de todas las clases a la ley ordinaria del país, administrada por los Tribunales ordinarios. El

³⁶ Dicey fue el que popularizó la frase del imperio de la ley (*rule of law*), en Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Oxford: Oxford University, 1885. Printed.

³⁷ *Ibidem*.

derecho administrativo (*droit administratif*) va a constituir la antítesis, ya que se basa en dos premisas totalmente distintas al *rule of law*. La primera es que el Gobierno en sus diferentes expresiones (incluye a los funcionarios) como representantes de la nación, reciben una serie de privilegios o prerrogativas respecto de los particulares, y que la extensión de tales derechos, prerrogativas o privilegios se determina con arreglo a principios diferentes de aquellos que fijan los derechos y obligaciones de los ciudadanos en sus relaciones entre iguales. El siguiente principio que sostiene el Derecho administrativo es la necesidad de mantener la separación de poderes tal y como fue introducida por la doctrina de separación de poderes francesa; por lo que el Gobierno y sus funcionarios no se encuentran sometidos, cuando actúan como tales, a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Dicey también definió los principios que rigen la Soberanía Parlamentaria y defendió la supremacía de la *common law*.³⁸

En los *Précis de droit administratif et de droit public*, Maurice Hauriou, contrario a la visión del *rule of law* que se fundamenta en los derechos del individuo, y aunque defendía la propiedad privada y los derechos del individuo, creía en el rol de sumisión del individuo al Estado por que representa los intereses de la comunidad. Para compensar esa desigualdad Hauriou propuso procedimientos legales de carácter administrativo que protegen a los ciudadanos de actuaciones administrativas o legales indebidas del Estado. Sus principales obras fueron *Principes du droit public* (Principios de derecho público), *Précis du droit constitutionnel* (Compendio de derecho constitucional) y *Précis du droit administratif* (Compendio de derecho administrativo).³⁹

Hauriou señala que las diferencias que existen entre el régimen administrativo y el *rule of law* radican en la organización administrativa, las facultades de la Administración y los tribunales competentes para conocer de los pleitos en que aquélla interviene. Las diferencias entre los sistemas administrativo y de *rule of law* se deben a que la Administración inglesa se encuentra fuertemente descentralizada y sometida a las mismas leyes que los particulares, por lo que el Estado carece de prerrogativas y es por ello que la Administración en Inglaterra se encuentra sometida a los tribunales ordinarios.

Mientras que en los países del régimen administrativo la situación es radicalmente contraria: La Administración se encuentra fuertemente centralizada; el Estado es un “poder jurídico” revestido por ello de privilegios, entre los que se destacan los de ejecutividad y acción de oficio:

³⁸ Ibidem. Véase también Dicey, A.V. *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws*. 2a ed. Oxford: Oxford University, 1908. Printed.

³⁹ Véase doctrina de Hauriou en Derecho Administrativo. Octubre 2012. Web. 14 abril 2013 <<http://www.derecho-administrativo.com/2012/10/doctrina-de-hauriou.html>>

los cuales, a su vez constituyen las dos vertientes sobre las que se proyecta el privilegio de auto tutela de la Administración. En su virtud, ésta puede ejecutar sus resoluciones y disposiciones sin necesidad del auxilio de los Tribunales; Unos tribunales especiales conocen de la actuación del Estado, lo que da lugar a la existencia de los tribunales de conflictos, que vienen a resolver los que se plantean entre aquéllos y la jurisdicción ordinaria.⁴⁰

El derecho administrativo es irreconciliable con el *rule of law*, ya que las relaciones entre el ciudadano y el Estado se rigen por principios esencialmente diferentes de los que regulan las que se dan entre los particulares. La diferencia primordial es que el examen de las cuestiones que se suscitan en la aplicación de los referidos principios y normas no corresponde a los tribunales ordinarios. De acuerdo al jurista esta circunstancia hace completamente imposible la identificación del *droit administratif* con cualquier rama del Derecho inglés. Sin embargo, sin dejar de señalar que el derecho administrativo era “irreconciliable” con el *rule of law*, en sus últimas publicaciones reconoce una evolución del derecho administrativo hacia los principios del derecho común en el propio caso francés. Al hablar de la interpretación del Derecho del *Conseil d'Etat* y de la labor de los juristas franceses, Dicey escribió que dicho sector del ordenamiento jurídico francés “se ha acercado mucho al Derecho”, hasta el punto de que pueda mantenerse lisa y llanamente, que sus normas, “son, en realidad, Derecho. Pero en todo caso es un Derecho irreconciliable con el *rule of law*”.⁴¹

Por el contrario, Richard Posner uno de los juristas más importantes del AED establece que los preceptos del AED son susceptibles de ser aplicados a los sistemas legales de tradición germánica-romana (civil), además de que son recomendables de aplicar en los sistemas legales para que operen de una manera más eficiente. Los razonamientos de este autor sobre la aplicabilidad de los preceptos del “*common law*”, y aquellos propios del AED se estudian en detalle en la teoría del mismo autor. Pese a las marcadas diferencias entre los sistemas, Posner sostiene que los principios económicos y la teoría del AED, son aplicables para la elaboración y la función judicial al aplicar la norma.⁴²

Posner se refiera a la aplicabilidad de los razonamientos y métodos del AED a lo que él llama derecho romano-germánico (derecho civil), concluyendo que aunque son muy diferentes

⁴⁰ Véase Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général*. 4ª ed. Paris: L. Larose, 1900-1901. Imprimé; Hauriou, Maurice. *Précis élémentaire de droit constitutionnel*. 12ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1930. Imprimé; y Hauriou, Maurice. *Derecho administrativo y derecho público*. San José: Editorial Jurídica Universitaria, 2007. Impreso.

⁴¹ Dicey. *Introduction Study to the Law of the Constitution*, Op. Cit. nota al pie 30.

⁴² Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

pueden ser convergentes.⁴³ Al respecto jurista señala en una de sus obras: “he estado discutiendo el Derecho estadounidense y el movimiento del AED estadounidense, no obstante la mayoría de lo que he dicho es igualmente aplicable a los sistemas del Derecho civil”.⁴⁴ En este mismo sentido, Posner en *Economic Analysis of Law*⁴⁵ escribió que el AED es aplicable a otros sistemas legales que no vienen de la tradición anglosajona. En *El AED, el common law y en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo*, narra cómo este movimiento se ha desarrollado a lo largo del mundo. No solo aplicable, sino que necesario para el desarrollo económico y prosperidad de las naciones. Richard Posner, explica cómo el enfoque económico permite entender por igual el *common law* y al sistema romano-germánico, haciendo posible explicar sus diferencias y similitudes. Finalmente, Posner advierte cómo el AED puede ayudarnos a encontrar qué cambios legales son necesarios en países en vías de desarrollo para su adecuada aplicación. Este autor no solo considera el método del AED como relevante para darle un mejor sentido social al derecho, sino como un instrumento fundamental para el desarrollo económico de los países.⁴⁶

La aplicabilidad de la metodología del AED a los sistemas legales de tradición civil va a ser analizado en esta tesis desde la perspectiva de varios autores anglosajones como Posner⁴⁷ Cooter y Ulen,⁴⁸ y de tradiciones civilistas en España y América Latina, como Cabrillo y Fitzpatrick,⁴⁹ Bullard,⁵⁰ Roemer,⁵¹ Lamprea,⁵² Congregado,⁵³ Bejarano,⁵⁴ Kluger,⁵⁵ Durán,⁵⁶ Ibáñez Jiménez,⁵⁷ Jiménez San Vicente, y otros.⁵⁸

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6a ed. Boston: Little Brown, 2003. Printed.

⁴⁶ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

⁴⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

⁴⁸ Cooter y Ulen. Op. Cit. nota al pie 19.

⁴⁹ Cabrillo, Francisco y Sean Fitzpatrick. *The Economics of Courts and Litigation*. Glos, UK y Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing, 2008. 75–120. Printed.

⁵⁰ Bullard González, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2003. Impreso.

⁵¹ Roemer, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. Impreso.

⁵² Lamprea, Everaldo. “Derechos fundamentales y consecuencias económicas”. *Revista de Economía Institucional*. Vol. 8, Nº14, 2006: 77-103. Impreso.

⁵³ Congregado, Emilio, et al. “Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente”, *Derecho y conocimiento*. Vol. 1, 2002: 331-339. Impreso.

⁵⁴ Bejarano, Jesús Antonio. “El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos”. *Revista de Economía Institucional*. No 1, nov. 1999. Impreso.

⁵⁵ Kluger, Viviana, et al. *Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006. 33–36. Impreso.

⁵⁶ Durán y Lalaguna, Paloma. *Una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Comares, 1992. 101–113. Impreso.

⁵⁷ Ibáñez Jiménez, Javier. *Análisis Económico del Derecho. Método, Investigación y Práctica Jurídica*. Madrid: Bosch Editor, 2011. 45–171. Impreso.

⁵⁸ Véase autores que estudian la aplicabilidad del AED: Durán y Lalaguna, Op. Cit. nota al pie 50; Miceli, Thomas J. *The economic Approach to Law*. Redwood City: Stanford University Press, 2004. Printed; Posner, Richard, et

Evolución de teorías sobre Derecho y Economía, hasta llegar al AED

La idea de aplicar los conceptos económicos para examinar los efectos de las leyes e instituciones jurídicas es tan antigua como la propia ciencia económica.⁵⁹ Desde la antigüedad los temas de derecho y economía han estado estrechamente vinculados. Muchas de las normas más antiguas regulaban los derechos de propiedad y las penas resultado de su incumplimiento. El estudio de las leyes a lo largo de la historia de la humanidad muestra ese estrecho vínculo entre derecho y economía. Sin embargo, a partir de mediados del siglo XX encontramos la rápida evolución de una disciplina que va más allá de reconocer esos nexos naturales entre ambas, y que busca implementar en el análisis jurídico, los preceptos, razonamientos y metodología de la ciencia económica, creando así el AED.

La vinculación entre Derecho y Economía es tan antigua como la civilización misma, podemos encontrar ejemplos entre los sumerios, los asirios, los persas o los egipcios. El más antiguo puede ser el Código de Ur- Nammu, del Rey de la primera ciudad Ur de cerca del 2050 a.C. Sin embargo, el más famoso es el Código de Hammurabi en el 1728 a.C., unificaba los códigos existentes de las ciudades del imperio babilónico. El Código de Hammurabi es relevante en dos aspectos: el primero que por instrucción divina de Shamash, dios de la Justicia, Hammurabi recibe el poder de administrar la justicia, facultad que recaía en los sacerdotes babilónicos, que pierden ese poder. En segunda instancia, unifica criterios para los jueces en términos de penas y precios.

Las 282 normas a la vista de todos, además de señalar la jerarquización de la sociedad, muestran una estrecha vinculación con los temas económicos, como por ejemplo los precios, entre ellos los honorarios de los médicos; los salarios que varían según la naturaleza de los trabajos; la responsabilidad profesional que incluía la pena de muerte a los arquitectos por negligencias que causaron el derrumbe de la vivienda; así como una escala de penas según los delitos cometidos. La normativa señala claramente el funcionamiento judicial, compuesto por tribunales, de los cuales sus fallos pueden ser apelados ante el propio Rey. En el Código de Hammurabi podemos

al. *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011. 18–141. Impreso; Stordeur, Eduardo. *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. 30–52. Impreso; Solá, Vicente, et al. *Tratado de Derecho y Economía*. Buenos Aires: La Ley, 2013. 78–103. Impreso; Mercurio, Nicholas y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1977. Printed; Cossio Díaz, José Ramón. *Derecho y Análisis Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. Impreso; Floriano Corrales, Carlos. *Derecho y Economía: una Aproximación al Análisis Económico del Derecho*. Badajoz, España: Universidad Extremadura, 1998. Impreso.

⁵⁹ Cooter y Ulen. 78–141. Op. Cit. nota al pie 19.

distinguir no solo la justicia, y la equidad sino también el sentido de eficiencia económica de la norma.⁶⁰

Congregado, Pomares y Rama Elena, en una revisión de la literatura sobre el AED, hablan de la determinación de los precios en la Antigua Grecia, en donde comienzan a aparecer los conceptos de oferta y demanda para determinar porque los precios subían o bajaban, por lo que del tema de justicia comienza a surgir lentamente la teoría económica, como el denominado “precio justo”.⁶¹ Como se sabe, los conceptos de derecho y propiedad que rigen hoy en día los principios jurídicos de los principales países del mundo occidental están sustentados en el Derecho romano.⁶²

Con Adam Smith y Stuart Mill comienzan las teorías sobre el marco legal y político que potencia o disminuye los beneficios del mercado. Ambos se adentraron en las explicaciones sobre los impactos que los cambios de legislación producían sobre la economía, dando paso a los primeros análisis de Economía del Derecho.

Los ponentes del marco teórico aquí analizado, utilizan las obras de Adam Smith, en torno a la explicación integral de las relaciones sociales, políticas y jurídicas como punto de partida de los postulados angulares del AED. Smith establece uno de los primeros vínculos entre el concepto de libertad, de índole socio-político y jurídica con las ciencias económicas. Smith acerca la teoría económica a los principios que, según él, debían caracterizar a una sociedad libre. En su obra *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las Naciones*, Smith señala que al hombre lo mueve el impulso del lucro personal, además de que ese esfuerzo individual debe coordinarse con los demás, a fin de lograr el bien común y el bien particular, y lo más relevante que el Estado debe abstenerse de intervenir lo más posible en el proceso económico. Para Smith el desarrollo a la riqueza que sea capaz de generar por el trabajo de cada uno de los individuos funciona correctamente en la medida en que la división y la distribución del trabajo sean óptimas. Esta forma de pensar dio origen al liberalismo y al individualismo

⁶⁰ Véase *Código de Hammurabi*. México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992. Impreso.

⁶¹ Congregado. 331-339. Op. Cit. nota al pie 47.

⁶² Para algunos ejemplos de los temas económicos tratados desde la perspectiva del derecho romano ver: Los Derechos Reales, destacando entre los más importantes la Propiedad y la Posesión, modos de adquisición, protección y sus desmembramientos. Respecto a lo antes referido véase: Margadant S., Guillermo F. “Derechos reales”. *Derecho Romano*. México: Esfinge, 2004. 228- 302. Impreso; Morineau Iduarte, Martha; Román Iglesias González. “Derechos reales”. *Derecho Romano*. México: Oxford, 2003. 134. Impreso; Bialostoski. “Derechos reales”. *Panorama del Derecho Romano*. México: Porrúa, 2014. 91-115. Impreso; Morineau Iduarte, Martha; Román Iglesias González. “Conceptos generales”. *Derecho Romano*. México: Oxford, 2003. 31-33. Impreso; Bernal, Beatriz. “Conceptos generales”. *Historia del Derecho Romano y de los Derecho Neo romanistas*. México: Porrúa, 2004. 35-39. Impreso.

económico, y sobre todo a la idea capitalista de la no intervención del Estado en temas económicos. Curiosamente, con su teoría Smith buscaba distanciar la economía de la política y la regulación del Estado (el derecho), y paradójicamente se convirtió en la base para los principales exponentes del AED. Para los economistas liberales el núcleo sobre el cual se estructura toda acción del hombre es la utilidad individual, que se proyecta en utilidad social en base a la premisa que existe una relación de coordinación y cooperación entre los individuos, quienes buscarán intuitivamente el bien común. Para estos pensadores el mérito de Smith está en explicar el desenvolvimiento de los mercados prescindiendo de los principios de justicia y de redistribución. La otra premisa de Smith es que los mercados operan de manera “misteriosa”, entendiéndose impredecible, pero forma equitativa en la distribución de la riqueza, lo que denominó “la mano invisible de los mercados”.

La Evolución del AED

Sobre los orígenes del AED, uno de sus principales exponentes contemporáneos Richard Posner, nos dice que “el AED no comienza con el artículo de Coase, *“The Problem of Social Cost”*”. Resalta el trabajo de Hume, Smith, Weber sobre las funciones económicas del derecho, así como el trabajo de Bentham sobre el pensamiento económico en las conductas no comerciales, al aplicarlo al derecho penal y el de Becker sobre el análisis económico del crimen y el castigo. Al respecto Posner escribió:

El artículo de Coase, con la importancia que tiene, no fue el comienzo del AED. El hecho de que la economía tiene una relación con el Derecho es conocido, por lo menos, desde la discusión de Hobbes sobre la propiedad en el siglo XVII. David Hume y Adam Smith discutieron las funciones económicas del Derecho. La contribución de Jeremy Bentham fue fundamental, tanto para extender el pensamiento económico a las conductas no comerciales cuanto en aplicarlo al Derecho penal. En el continente europeo, Max Weber realizó importantes contribuciones para comprender el papel económico del Derecho. Hacia 1930, un gran número de campos legales, principalmente el Derecho de la libre competencia y la regulación de los servicios públicos, que trataban explícitamente sobre la competencia y los monopolios, estaban recibiendo la permanente atención de los economistas líderes ingleses y estadounidenses.

Hacia 1968, cuando Gary Becker⁶³ publicó un artículo sobre el análisis económico del crimen y el castigo.⁶⁴

El AED ha experimentado una evolución paulatina, que se ha incrementado rápidamente desde mediados del siglo pasado.⁶⁵ Jeremy Bentham planteó que el interés propio prima sobre todos los demás, en su obra “Los principios de la moral y la legislación”, reforzando la visión individualista de la economía.⁶⁶ Bentham señala que la causa “eficiente” de toda acción humana radica en el propio interés, afectando a su relación con los demás, y esperando recibir la misma respuesta de parte de otro. Por lo que el único modelo sustentable para el desarrollo de la sociedad reside en la búsqueda del interés propio, por ser una constante uniforme y generalizada.⁶⁷

Sin embargo, lo que hoy conocemos como los paradigmas del AED se desarrollaron después de la segunda mitad del siglo XX en el departamento de Economía de la Universidad de Chicago. De acuerdo a Congregado la aparición del AED, como tópico de investigación consolidado dentro del análisis económico ortodoxo, es un fenómeno relativamente reciente.⁶⁸ Los economistas como Coase, Becker y Director impulsaron desde la economía el estudio de la metodología económica al análisis jurídico. La pieza fundamental que dio origen al AED lo encontramos, en el artículo “El problema del costo social” de Ronald Coase,⁶⁹ que lo llevaría a obtener el Premio Nobel de Economía. Otra aportación muy significativa de las ciencias económicas al derecho fue la obra de Gary Becker *Crime and Punishment: An Economic Approach* en el *Economic Politics Journal* de 1968.⁷⁰

Desde el ámbito del derecho aparecieron juristas que buscaron en los razonamientos económicos, sus doctrinas y metodología una nueva forma de entender y aplicar el derecho. Guido Calabresi en su artículo de 1961 “Sobre la interpretación económica de la

⁶³ Becker, Gary S. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*. No. 169. 1968. Printed.

⁶⁴ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. Op. Cit. nota al pie 21.

⁶⁵ Para conocer más de la evolución del Análisis Económico del Derecho véase Mackaay, Ejan. “History of law and economics”. Mackaay, Ejan. “History of law and economics”. *Encyclo Find Law*. Web. Consulted on the 12th june of 2013. <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>

⁶⁶ Bentham, Jeremy. *Principles of morals and legislation*. London: Prometheus Books, 1789. Printed.

⁶⁷ El denominado principio de auto-preferencia representa la base por la cual se articula el estudio de la conducta en su dimensión social, véase en Bentham. Op. Cit. nota al pie 60.

⁶⁸ Congregado. 331. Op. Cit. nota al pie 47.

⁶⁹ Coase, Ronald. “The problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*. No. 3, October 1960: 1-44. Printed.

⁷⁰Becker. Op. Cit. nota al pie 57.

responsabilidad civil”,⁷¹ llevó la aplicación del AED a las áreas de la ciencia jurídica donde la doctrina económica no tenía presencia como el derecho de daños.

En las décadas de los 60s y 70s la económica empieza a salirse de las áreas tradicionales de interacción con el derecho como derecho tributario, de la competencia, de la regulación económica y de los servicios públicos, a áreas como el derecho contractual, el derecho administrativo e incluso el derecho penal. En la actualidad discurre lo que se conoce como tercera etapa del AED, que incluye gran variedad de áreas tradicionalmente reservadas al derecho. Recientemente el AED se ha salido de los ámbitos de vinculación directa con el mercado, por lo que actualmente se realizan estudios en áreas tan diferentes como los derechos humanos o la filosofía jurídica.⁷²

Cabrillo y Fitzpatrick, han abundado en el coste que tiene en la economía la propia administración de justicia en “La Economía de la Administración de Justicia”.⁷³ Roemer se refiere a la expansión en países con tradición legal civilista, donde los razonamientos y metodologías del AED van cobrando mayor importancia.⁷⁴

Para Posner estamos experimentando un rápido crecimiento en las últimas décadas del AED, tanto en las universidades, la difusión de la literatura y revistas académicas en el ámbito jurídico y en el económico, así como un incremento en el número de jueces en las cortes norteamericanas que siguen estos razonamientos y el modelo del AED. Concluyendo que es un modelo científico en pleno crecimiento para entender mejor al derecho.

Al respecto Posner escribió:

El rápido crecimiento en las últimas décadas del alcance y rigor de la microeconomía ha motivado el surgimiento y continuo crecimiento de un sub-campo importante y concreto de la teoría legal, el análisis económico del derecho o, como se le llama comúnmente (aunque un poco engañosamente), “Derecho y Economía”. Cada una de las facultades líderes en la enseñanza

⁷¹ Véase Calabresi, Guido. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. *Yale Law Journal*. No. 70. 1961. Printed.

⁷² Véase Cabrillo y Fitzpatrick. 75–120. Op. Cit. nota al pie 43; Durán y Lalaguna. 101–113. Op. Cit. nota al pie 50; Ibáñez. 45–171. Op. Cit. nota al pie 51; Kluger. 33–36. Op. Cit. nota al pie 49; Miceli. Op. Cit. nota al pie 52; Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52; Stordeur. 30–52. Op. Cit. nota al pie 52; Solá. 78–103. Op. Cit. nota al pie 52.^[SEP]

⁷³ Cabrillo. 75–120. Op. Cit. nota al pie 43.

⁷⁴ Roemer. Op. Cit. nota al pie 45.

del Derecho en Estados Unidos tiene uno o más Ph.D en Economía como profesores de sus facultades y, además, los profesores de los cursos regulares de Derecho, por lo general, incluyen la perspectiva económica en sus cursos. Nueve revistas (ocho en Estados Unidos y una en Europa) se especializan en el análisis económico del derecho. Hay varios libros de texto, una amplia literatura monográfica, dos enciclopedias de varios volúmenes (ambas editadas en Europa), y asociaciones profesionales en Estados Unidos, Europa, América Latina, Australia y Canadá. Varios jueces federales de las Cortes de Apelación en Estados Unidos, incluyendo un juez de la Corte Suprema, son antiguos estudiosos del análisis económico del derecho (Stephen Breyer es el juez de la Corte Suprema, y entre los jueces de las Cortes Federales de Apelaciones nos encontramos Guido Calabresi, Frank Easterbrook, Douglas Ginsburg, Stephen Williams, Ralph Winter y yo); y la mayoría de los jueces federales y estatales han asistido a programas de educación continua en análisis económico del derecho.⁷⁵

En 1991 el *Journal of Economic Literature* reconoció al campo del AED como tema separado dentro de su sistema de clasificación de las disciplinas económicas. Hoy en día existen un número importante de revistas académicas dedicadas al estudio del AED el *Journal of Law and Economics*, el *Journal of Legal Studies*, el *Journal of Law, Economics and Organization*, el *Public Choice*, *Constitutional Political Economy*, y el *International Review of Law and Economics* por mencionar solo las más conocidas.

Inclusive, el Banco Mundial reconoce el valor del AED para el análisis de proyectos de ley y de las instituciones jurídicas, como una metodología adecuada para producir criterios que auxilien en la toma de decisiones, incluso en aquellos campos no económicos.⁷⁶

Antes de comenzar el análisis, es importante recordar las palabras de Anthony Kronman, decano de la Facultad de Derecho de Yale, crítico del movimiento del AED, quién no obstante lo describe como: “una enorme fuerza alentadora en el pensamiento legal americano”, y dice que “sigue siendo la escuela de teoría legal con mayor influencia en los Estados Unidos”.⁷⁷

⁷⁵ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. Op. Cit. nota al pie 21.

⁷⁶ Véase “Aspectos jurídicos y económicos de los sistemas judiciales”. *Banco Mundial*. Web. Consultado el 31 de julio de 2012 <<http://www1.worldbank.org/prem/premnotes/es/notes26es.pdf>>

⁷⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. Op. Cit. nota al pie 21.

Los antecedentes del caso

A principios del año 2008 el Gobierno del Distrito Federal (en lo sucesivo el “GDF”) anunció que tenía proyectada la construcción de una nueva línea de metro para la Ciudad de México, la cual tenía por objetivo resolver la problemática vial existente en zona sur de la metrópoli. Dicho proyecto generó gran expectativa ya que constituía la obra de infraestructura de transporte público de mayor trascendencia anunciada por el GDF en los últimos años.⁷⁸

El 21 de enero del 2008 el GDF publicó la convocatoria a licitación pública internacional número 30001140-001-08, para la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.⁷⁹ Dicha licitación fue adjudicada a un consorcio formado por tres empresas constructoras de renombre internacional, Ingenieros Civiles Asociados, S.A. de C.V.⁸⁰, Carso Infraestructura y Construcción, S.A. de C.V.⁸¹, y Alstom Mexicana, S.A. de C.V.⁸² (en lo sucesivo el “Consortio”), por lo que el 17 de junio del 2008 el GDF y el Consortio celebraron un contrato de obra pública a precio alzado y tiempo determinado por la cantidad de \$15,290 millones de pesos, equivalentes en 2008 a \$1,200’000,000 dólares, con el objetivo de que dicho Consortio realizara la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, cuya longitud total alcanzaría los 25,100 metros⁸³ y daría servicio a 435 mil usuarios diariamente.⁸⁴

⁷⁸ Véase perfil de la empresa en ICA. Web. Consultado el 20 marzo de 2016 <<https://www.ica.com.mx>>

⁷⁹ México. Secretaría General de Gobierno del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal del 21 de enero del 2008*. México: SECOB, 2008. Impreso.

⁸⁰ El diario *el Economista* describe a ICA como “la empresa que se ha convertido en el corazón del desarrollo de México y Latinoamérica,” y hace referencia a que “las obras más emblemáticas de la Ciudad de México han corrido a cargo de ICA,” describiendo grandes obras que van desde edificios el estadio azteca, el Palacio del Congreso, hasta la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Véase Lagos, Anna. “Las grandes construcciones de ICA las obras de Ingenieros Civiles Asociados”. *El Economista.es*. 18 dic. 2015. Web. Consultado el 20 marzo de 2016 <<http://www.economista.es/empresas-eAm-mexico/noticias/7232388/12/15/Las-grandes-construcciones-de-ICA-las-obras-de-Ingenieros-Civiles-Asociados.html>>

⁸¹ Fundada en 1999, Carso Infraestructura y Construcción (Carso) es una empresa mexicana que forma parte de la división de infraestructura y construcción de Grupo Carso. Se dedica al desarrollo de proyectos en sectores estratégicos como telecomunicaciones, energía eléctrica, conducción de agua y gas y petróleo. En su cartera de proyectos figuran la planta de tratamiento de aguas residuales Atotonilco, la autopista Tenango-Ixtapan de la Sal, el bypass Culiacán y la unidad auto-elevable Independencia 1, la primera plataforma marina construida en México. Carso forma parte también del consorcio a cargo de construir el sistema de drenaje pluvial Túnel Emisor Oriente, de 62km en el valle de México. Véase “Carso Infraestructura y Construcción, S.A.B. de C.V”. *BNamericas*. Web. Consultado el 20 marzo de 2016 <<http://www.bnamericas.com/company-profile/es/carso-infraestructura-y-construccion-sab-de-cv-cicsa>>

⁸² Alstom es una empresa de origen francés especializada en sistemas de transporte eléctrico como el metro. Tiene presencia en México desde 1967, cuando el Metro de la Ciudad de México fue construido. Desde entonces ha sido proveedor del 100% del sistema de señalización, más de 80 trenes desde su inauguración y el 40% de los trenes utilizan su sistema de tracción. Fue el responsable de los sistemas eléctricos y de señalización de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Véase “Alstom in Mexico”. Alstom. Web. Consultado el 20 marzo de 2016 <http://www.alstom.com/Global/Group/Resources/Documents/Factsheets/ID%20CARD%20-%20MEXICO%20-%20EN_20150812.pdf>

⁸³ “Longitudes de las Líneas”. Sistema de Transporte Colectivo de la Ciudad de México. Web. Consultado el 8 febrero de 2015 <<http://www.metro.cdmx.gob.mx/operacion/longlineas.html>>

⁸⁴ Díaz, Catalina. “La línea 12 en cifras,” *Milenio*. 21 de marzo de 2014. Impreso.

Sin embargo, durante la construcción de la obra pública se presentaron numerosas externalidades que pusieron en riesgo la continuación y conclusión de la Línea 12 de la Ciudad de México. Dichas externalidades están relacionadas con los terrenos en los que inicialmente se pretendía construir la obra, pero debido a sus características, no fueron apropiados para dicho fin. Esto impidió que el proyecto original de construcción se llevara a cabo, por lo que las partes tuvieron que iniciar negociaciones a fin de resolver las externalidades.

Existe constancia de que las partes negociaron por lo menos en tres ocasiones. En dichas negociaciones las partes acordaron resolver las externalidades, mediante la modificación el proyecto original de construcción. No obstante, aun y cuando las externalidades fueron resueltas, el conflicto no desapareció, ya que las partes posteriormente se enfrentaron judicialmente exigiendo el pago de los costes derivados de la resolución de las externalidades.

En dicho enfrentamiento judicial es posible observar que algunos de los jueces y tribunales que conocen del conflicto, están aplicando criterios propios del AED, ya sea de manera intuitiva o intencionada. Esto convierte el caso de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México en un excelente ejemplo para el estudio y la aplicación de las teorías del AED en relación con la resolución de externalidades, ya sea mediante negociación o a través de la resolución judicial.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1. Teoría de Externalidades

En un primer momento es necesario comprender qué es una externalidad. Pindyck y Rubinfeld en su libro “Microeconomía”⁸⁵ la definen de la siguiente forma: “Acción de un productor o de un consumidor que afecta a otros productores o consumidores, pero no se tiene en cuenta en el precio de mercado”.⁸⁶

La definición de externalidades más adecuada para el análisis del caso concreto es la que propone Steven Shavell en su libro “*Foundations of Economic Analysis of Law*”⁸⁷, ya que ésta se refiere a las externalidades asociadas a los derechos de propiedad, es decir, los efectos externos que derivan del uso de la propiedad, efectos que son experimentados por terceros.

Se dice que la acción de una parte causa efectos externos -o crea externalidades- si ésta influye o puede influir con probabilidad en el estado de bienestar de otra persona, en comparación con algún criterio de referencia... Las externalidades pueden fluctuar dentro de una variedad de dimensiones; estas pueden causar beneficio o perjuicio a la parte afectada; se pueden presentar de manera inmediata a la acción tomada, o aparecer en el futuro; y quizás solo se presenten bajo ciertas contingencias. Sobre todo, pueden afectar a una, varias o múltiples partes.⁸⁸

La resolución de las externalidades es relevante ya que son fuentes de fallo del mercado. Pindyck y Rubinfeld lo explican claramente al señalar que:

Como las externalidades no se reflejan en los precios de mercado, pueden ser una fuente de ineficiencia económica. Cuando las empresas no tienen en cuenta los daños que causan las externalidades negativas, el resultado es un exceso de producción y unos costes sociales innecesarios.⁸⁹

⁸⁵ Pindyck, Robert y Daniel Rubinfeld. *Microeconomía*. 7ª ed. Madrid: Ed. Pearson Educación, 2009. Impreso.

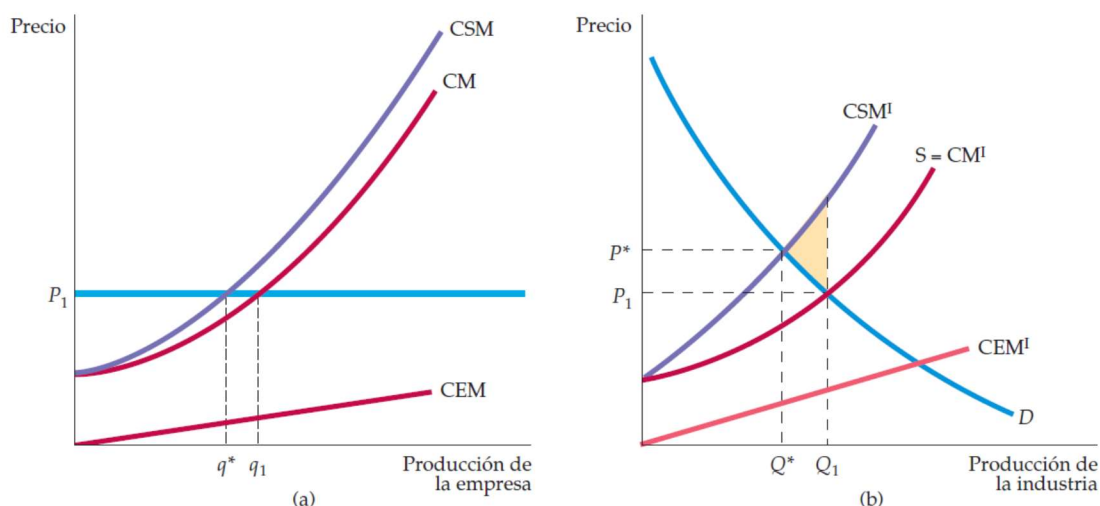
⁸⁶ Pindyck. 748. Op. Cit. nota al pie 79.

⁸⁷ Shavell, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Massachusetts y London, UK: Ed. The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. Printed.

⁸⁸ Shavell. 77-78. Op. Cit. nota al pie 81.

⁸⁹ Pindyck. 748. Op. Cit. nota al pie 79.

Grafico 1: El coste externo



Fuente: El gráfico 1 está tomado del libro Pindyck, Robert y Rubinfeld, Daniel, *Microeconomía*, 7ª ed., Ed. Pearson Educación, S.A., Madrid, 2009, pág. 748.

El gráfico anterior es explicado por Pindyck y Rubinfeld de la siguiente forma:

Cuando hay externalidades negativas, el coste social marginal CSM es mayor que el coste marginal CM. La diferencia es el coste externo marginal CEM. En la parte (a), una empresa maximizadora de los beneficios produce q_1 , donde el precio es igual al CM. El nivel de producción eficiente es q^* , en el cual el precio es igual al CSM. En la parte (b), el nivel de producción competitivo de la industria es Q_1 , que se encuentra en el punto de intersección de la oferta de la industria CM^I y la demanda D . Sin embargo, el nivel de producción eficiente Q^* es menor y se encuentra en el punto de intersección de la demanda y el coste social marginal CSM^I .⁹⁰

De lo anterior se desprende la importancia de eliminar las ineficiencias producidas por las externalidades, ineficiencias que, según teorías de AED, pueden ser corregidas mediante la negociación.

1.1.1. El modelo neoclásico de la economía

La definición contemporánea de la economía como “la ciencia que analiza el comportamiento humano como la relación entre unos fines dados y medios escasos que tienen usos

⁹⁰ Pindyck. 748. Op. Cit. nota al pie 79.

alternativos”,⁹¹ la propuso Lionel Robbins afirmando que es una ciencia basada en la elección racional que estudia cómo administrar los recursos. La racionalidad, como presupuesto del análisis económico, implica que el individuo en una situación determinada orientará sus acciones de manera tal que buscará el mayor grado de satisfacción de sus necesidades de conformidad con los recursos que disponga. Que existan supuestos excepcionales respecto a los cuales sea cuestionable este presupuesto, no lo invalida de ningún modo como presupuesto general. Becker sostiene que la teoría de la racionalidad es la que mejor explica las causas del comportamiento humano tanto dentro como fuera del mercado.⁹²

Este principio tiene sus orígenes en la conocida como teoría neoclásica de Adam Smith y Stuart Mill.⁹³ Los principios básicos de la teoría económica neoclásica incluyen: (i) los individuos actúan de manera interesada buscando su propio interés, (ii) las decisiones informadas y racionales buscan minimizar su esfuerzo y costes, (iii) la intervención del Estado distorsiona los mercados, (iv) el mercado consigue su propio equilibrio.⁹⁴ La teoría analizaba las interacciones de los agentes en el mercado basándose en el estudio de la oferta y la demanda, y en el análisis de los precios. Aquí el mercado opera bajo una mano mágica e invisible que corrige por sí misma las imperfecciones y desequilibrios del mercado; en casos excepcionales se presentan “fallos”, y externalidades, causados por variables impredecibles o por la intervención del Estado. La premisa básica era que las transacciones tenían un costo común, el cual era de cero, en donde los agentes económicos gozaban de la misma información. En este escenario es donde la teoría de Coase, padre del AED, realiza su mayor aportación al introducir en el debate académico el coste de la transacción y su impacto en la productividad. Teorías que se explicarán detalladamente en las próximas secciones.

La teoría clásica del *Homo economicus*⁹⁵ afirma que el hombre trata de alcanzar objetivos, aprovechando las oportunidades percibidas, buscando el menor coste posible y la mayor

⁹¹ Véase “Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica”. Web. Consultado el 5 febrero de 2015 <https://www.u-cursos.cl/iei/2012/4/MEIYPCO1/1/material_docente/bajar?id_material=596941>

⁹² Becker. Op. Cit. nota al pie 57.

⁹³ Véase Smith, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London: Ed. W. Strahan & T. Cadell, 1776. Printed; Mill. *On the Definition*. Op. Cit. nota al pie 12; Mill. *Essays on Some Unsettled*. Op. Cit. nota al pie 12; y White, Donald. “Adam Smith's Wealth of Nations”. *Journal of the History of Ideas*. Oct-Dec 1976: 715-720. Printed.

⁹⁴ A. Jiménez San Vicente realiza un análisis detallado de la teoría económica neoclásica, desde las nuevas teorías económicas sobre la racionalidad acotada y las nuevas formas de intervención de mercados. Véase Jiménez San Vicente, Armando. “Desestructurando la Teoría Neoclásica y Confrontándola con las Nuevas Teorías Económicas”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/teoria_neoclasica>

⁹⁵ Henrich, J., et al. “In search of Homo economicus: Behavioral experiments in 15 small-scale societies”. *The American Economic Review*. No. 92, mayo de 2001: 2. Printed.

utilidad (esto se conoce en economía como el principio de función de utilidad).⁹⁶ La decisión se considera como racional si se alcanzan los objetivos con un costo mínimo, sin tener en consideración el bienestar social. Aunque no lo deja claro la teoría, se supone que se obtiene la utilidad bajo prácticas legales, aunque no es relevante si ésta es obtenida bajo principios éticos. En conclusión, las teorías económicas clásicas presuponen que el hombre actúa de manera informada y racional. Sin embargo, en la misma economía se han desarrollado teorías que acotan o desmitifican este supuesto básico de la economía.

Algunos pensadores económicos como Coase y Becker han querido llevar los principios de la racionalidad de la economía al proceso de elaboración y sobre todo de aplicación de la ley. En la medida en que el sistema legal se amolde a los criterios de racionalidad se genera el entorno óptimo para el capitalismo,⁹⁷ creando el método que hoy conocemos como el AED. Este método propone la evaluación de las consecuencias económicas de la norma existente, así como la predicción de los efectos de la norma o su aplicación en los mercados. Basado en el principio de la racionalidad, el AED busca predecir la eficiencia económica de las leyes, así como recomendar las estrategias o razonamientos que los jueces pueden seguir al aplicar la norma al caso concreto. Los juristas también han querido llevar el razonamiento económico al derecho. Sobre las virtudes de la aplicación de la economía al derecho, Posner escribió “los grandes campos del derecho común de la propiedad, los daños, los delitos y los contratos, tienen el sello del razonamiento económico”.⁹⁸

1.2. Teoría de Coase

El famoso artículo de Coase “*The Problem of Social Cost*”, es considerado la piedra angular de la metodología del AED, en éste el autor hace dos importantes críticas para sustentar su modelo de resolución de externalidades: (i) las resoluciones judiciales en los Estados Unidos y el Reino Unido que no contemplan principios de eficiencia económica, y (ii) el modelo de Pigou de intervención del Estado para la prevención y resolución de externalidades.⁹⁹

⁹⁶ Véase Smith. Op. Cit. nota al pie 87; Mill. *On the Definition*. Op. Cit. nota al pie 12; y Mill. *Essays on Some Unsettled*. Op. Cit. nota al pie 12.

⁹⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. Op. Cit. nota al pie 21.

⁹⁸ Posner, Richard. “What do Judges Maximize”. *John M. Olin Law & Economics Working Paper* 15. Chicago: Chicago University, 1993. 103. Printed. Véase también Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52.

⁹⁹ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

El artículo que dio origen al AED, es una crítica a las decisiones judiciales en casos de resolución de externalidades en el *common law* y sugiere cómo debieron de resolverse de manera más eficientemente en los tribunales. Propone a los jueces usar criterios de eficiencia económica y no aplicar los principios jurídicos tradicionales como responsabilidad, resarcimiento del daño y compensación, pues considera que las decisiones jurídicas bajo estos criterios legales usualmente impactan de manera negativa la eficiencia económica.¹⁰⁰

Por otro lado, el economista cuestiona la intervención del Estado para resolver externalidades. La teoría es una decidida crítica a las teorías de Pigou, quien considera que para alcanzar el bienestar general cuando existen ineficiencias en el mercado es necesaria la intervención pública. El padre de la teoría del bienestar propone la creación de impuestos o subsidios para corregir los fallos del mercado y las externalidades.¹⁰¹

Las consecuencias económicas de la aplicación del derecho es el eje sobre el cual gira la teoría de Coase, base del AED. En el ejemplo de Pigou de la locomotora que despide chispas, Coase reflexiona que un impuesto sobre la locomotora puede evitar un daño (externalidad), pero también puede causar un mayor perjuicio a la colectividad si se reducen los servicios que presta el tren y éstos tienen en el mercado más valor de la madera que se queme por las chispas. El objetivo es definir cuál es el beneficio mayor para la sociedad, que no queme la madera o que el tren deje de prestar servicios.

En este artículo sugiere una serie de propuestas para alcanzar la eficiencia económica en la resolución de externalidades. Por un lado, se puede alcanzar la eficiencia a través de la negociación de sus derechos de propiedad entre las partes, o mediante la reasignación de derechos a través del sistema judicial, pero bajo los preceptos de la eficiencia económica y no los tradicionales del derecho. La negociación es más eficiente porque evita costes para el agente productivo involucrado en las externalidades, y aunque no busca resarcir el daño ni compensarlo, exhorta a las partes para que a través de una transacción de derechos lleguen a un acuerdo que fomente la eficiencia económica. El modelo no restituye los derechos de la parte agraviada a su situación anterior al daño, sin embargo, cualquier mejora frente al daño causado

¹⁰⁰ *Ibidem*. Para un artículo sobre la importancia de la obra de Coase y su teorema véase Beyer, Harald. "Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho". *Estudios públicos*. No. 45. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 1992. 1-21. Impreso.

¹⁰¹ Pigou, Arthur. "The Law of Diminishing and Increasing Cost". *Economic Journal*. 1927. Printed; Pigou, Arthur. "Economic Progress in a Stable Environment". *Economica*. 1947. Printed.

es considerada como mutuamente beneficiosa y cercana a una solución social óptima, pues beneficia a la economía en general.¹⁰²

Coase ratifica su creencia en los principios de la economía neoclásica, como la búsqueda de la utilidad, la conducta racional y el principio del propio beneficio como motor del individuo. Rechaza la intervención del Estado en sus diferentes facetas, y confía en el equilibrio de las fuerzas del mercado.¹⁰³ El economista en su teoría sobre resolución de externalidades supone que los actores actúan de forma racional y predecible, por lo que las negociaciones que ofrezcan beneficios para ambas partes siempre se lograrán, sin importar las normas que gobiernen la actividad (leyes). El autor confía en la autorregulación de los mercados, maximizando la riqueza sin que sea necesaria la intervención del Estado.¹⁰⁴

Es importante resaltar que el trabajo de Coase gira en torno a un tema específicamente económico, la cuestión del tratamiento del coste social. Entendiendo este como los efectos externos (externalidades) producidos por las actividades económicas. Las externalidades constituyen la base primaria del AED, tanto por el tema de costes desde la perspectiva de la empresa,¹⁰⁵ así como para el análisis institucional económico de las actividades productivas y la transacción de derechos.¹⁰⁶ Sin embargo, la propuesta de Coase es simplemente un modelo para reducir costes para la empresa y no resolver los costos sociales.

La teoría de costes de transacción es una forma de analizar los intercambios entre las partes a través de la definición, asignación y transferencia de derechos de propiedad. Coase desarrolló el concepto de costes de transacción en dos de sus principales escritos “La naturaleza de la Empresa” de 1937 y “El Problema del Costo Social” de 1960, este último relacionándolo con la transacción de derechos y la reasignación de derechos en los fallos judiciales. Los costes de transacción, subyacen los problemas más comunes en la asignación de derechos y sus posibles efectos distributivos, presentes en los marcos institucionales y los mercados.

Para Coase los costes de transacción son una parte central de la economía y de la empresa, fundamentales para la determinación de la operación de los mercados, influyendo en si se debe

¹⁰² Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

¹⁰³ Coase, Ronald. “Economics and Contiguous Disciplines”. *Journal of Legal Studies*. Vol. 7, No. 2, 1978: 201–211. Printed.

¹⁰⁴ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

¹⁰⁵ Véase la teoría sobre los costes de transacción en Coase, Ronald. “The Nature of the Firm”. *Economica*. Vol. 4, No. 16, nov. 1937: 386-405. Printed.

¹⁰⁶ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

de comprar vía el mercado y los precios, o producir vía la empresa.¹⁰⁷ De acuerdo a sus estudios, un objetivo fundamental de la empresa es la reducción de costes, que incluyen la búsqueda de información, de elaboración y monitoreo del cumplimiento de las cláusulas del contrato entre otras, ya que éstas variables determinan la utilidad de la empresa. Las empresas alcanzan la utilidad vía la integración vertical, reduciendo al mínimo los costes de llevar a cabo la transacción de mercado.¹⁰⁸ La evaluación de costes de transacción es particularmente útil para la empresa si planea hacer contratos de largo plazo.¹⁰⁹

1.2.1. El teorema de Coase y su interpretación

Del famoso artículo de Coase, “*The Problem of Social Cost*”, se desarrollaron una serie de reglas para guiar las transacciones de los derechos entre las partes en la negociación, así como los criterios que deben seguir los jueces en la reasignación de derechos. El economista Stigler llamó a estas directrices el “teorema de Coase”.

a) Sobre la Negociación:

Quando las partes pueden negociar sin coste alguno y en beneficio mutuo, el resultado es eficiente, independientemente de cómo se especifiquen los derechos de propiedad.¹¹⁰

Bajo esta reflexión cuando los llamados “costos de transacción” son menores al coste de la externalidad se pueden alcanzar acuerdos que reasignen los derechos de propiedad, de una forma económicamente eficiente.¹¹¹

Supuestos fundamentales del teorema son los siguientes:

1.- Hipótesis de los actos óptimos. Son aquellos que su utilidad es superior a sus efectos externos. De acuerdo a Shavell:

¹⁰⁷ Coase, Ronald. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial, 1994. Impreso; Demsetz, Harold. *La economía de la empresa*. Madrid: Alianza Editorial, 1997. Impreso; Coase, Ronald. “La naturaleza de la empresa: origen”. *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. Coords. Oliver Williamson, y Sidney Winter. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 49-66. Impreso.

¹⁰⁸ Coase, Ronald. “La naturaleza de la empresa: significado”. *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. Coords. Oliver Williamson, y Sidney Winter. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 67-84. Impreso.

¹⁰⁹ Coase, Ronald. “La naturaleza de la empresa: influencia”. *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. Coords. Oliver Williamson, y Sidney Winter. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 85-103. Impreso.

¹¹⁰ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

¹¹¹ *Ibidem*.

Considera un modelo en el cual el objetivo social es maximizar la suma de utilidades de las partes. Entonces es óptimo que un acto sea realizado si y solo si su utilidad para el actor junto con sus efectos externos sobre la utilidad de otros es, en total, positivo.¹¹²

2. Hipótesis de la minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes. Conforme a la cual será eficiente que se tome la precaución (prevención) siempre que su costo sea inferior al daño potencial. *Contrario sensu*, será eficiente que se cause el daño cuando el costo de la precaución sea superior al daño potencial.

En este modelo, es deseable que el causante tome la precaución si y solo si su coste es menor que el daño que podría ser prevenido, para que reduzca al mínimo las pérdidas de las dos partes (o equivalentemente, maximice la suma de sus utilidades).¹¹³ Por lo tanto, si la instalación de un supresor de humo cuesta 30 y prevendría un daño de 50, sería óptimo instalarlo.¹¹⁴

3. Hipótesis de la irrelevancia de la asignación de derechos, cuando los costos de transacción son cero. Conforme a la cual, la asignación de derechos es irrelevante, ya que al no existir costos de transacción las partes serán capaces de reasignarlos de manera eficiente.

Cuando las partes pueden negociar sin coste alguno y en beneficio mutuo, el resultado es eficiente, independientemente de cómo se especifiquen los derechos de propiedad.¹¹⁵

Según Posner el “teorema de Coase” sostiene que: “cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada”.¹¹⁶ Esta es la base para la teoría de la resolución de externalidades a través de la negociación.

¹¹² Shavell. 80. Op. Cit. nota al pie 81.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

¹¹⁶ *Ibidem*.

El Teorema de Coase formula que si las partes (privadas o públicas) pueden negociar con un bajo coste la asignación de los derechos, podrán generar por si mismas transacciones eficientes que reasignen los derechos de propiedad, perfeccionando o supliendo las normas jurídicas que regulan la actividad.

b) Sobre la resolución judicial para reasignar derechos

Para Posner los dos corolarios de la teoría de Coase son los siguientes:

a) El primero, “es que el Derecho, en cuanto compete a la promoción de la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costos de transacción”.¹¹⁷

b) El segundo corolario “del enfoque económico del Derecho que estoy exponiendo es que cuando, a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren”.¹¹⁸

En la segunda aportación del teorema de Coase, el Estado tiene la función de “simular”, la óptima asignación de recursos, redefiniendo los derechos de propiedad de las partes, no en razón de a quién le asista el derecho sino en términos de lo que llama Coase como “el que valore más los derechos”. Esta expresión que no tiene ningún sentido jurídico, se puede interpretar en el marco de la negociación como quién esté dispuesto a pagar más por el derecho del otro, y en términos de la resolución judicial se refiere a que un juez haga responsable de la solución de la externalidad a aquel que le sea menos costoso solucionarla, y no a quién haya causado el daño. Sorprende a los estudiosos del derecho su afirmación de que es irrelevante a quien le asista el derecho en primera instancia, y la irrelevancia que otorga al resarcimiento o compensación del daño. No menos relevante es el hecho de que según el método y la formula de Coase, con una mínima mejora frente al daño que se le ha causado la víctima habría sido satisfecha en su necesidad de compensación y resarcimiento, o cuando el juez sentencia a la víctima a pagar por la resolución de la externalidad, ya que le es menos costoso que al generador de la actividad nociva y por lo tanto económicamente más eficiente.

¹¹⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. Op. Cit. nota al pie 21.

¹¹⁸ *Ibidem*.

1.2.2. La eficiencia económica y la resolución social óptima.

La justificación de la utilización de la teoría de Coase en las resoluciones judiciales dictadas por los jueces es diseñar un sistema de resolución de externalidades de bajos costes y cambiar la conducta futura de los agentes económicos, sustentando la resolución en la eficiencia económica. Para ello Coase propone los dos procedimientos antes mencionados para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado.¹¹⁹ Los preceptos que gobiernan el razonamiento legal como justicia y equidad, son sustituidos por conceptos como utilidad, eficiencia económica, riqueza.

La búsqueda de la teoría económica sobre la eficiencia económica requiere primero de su definición, que ha mostrado no ser tan sencillo. En este caso de estudio es importante clarificar la definición de eficiencia ya que se le pueden dar diferentes acepciones al concepto: (i) eficiencia como intercambio de bienes donde las partes se benefician, sin causar daños a terceros; (ii) eficiencia en términos de la producción, cuando se produce óptimamente con los mismos recursos y sin la disminución de producción de bienes pues esta genera riqueza. Para la visión de Coase, si el sistema de libre mercado se sustenta en la capacidad de producción e intercambio de bienes, entonces la eficiencia constituye un importante criterio de valoración para medir su funcionamiento, y como instrumento para la corrección de los fallos del mercado. Para homologar el concepto de eficiencia, se han propuesto diferentes teorías como: el Óptimo de Pareto, el Óptimo de Kaldor–Hicks y la Eficiencia de Posner,¹²⁰ los cuales son de utilidad para entender el fin último que persigue Coase en sus teorías y que sustituye a los principios del derecho.

En el AED se ha utilizado los siguientes parámetros para definir la eficiencia económica:

Óptimo de Pareto: Este criterio implica la imposibilidad de identificar una situación en la cual uno de los agentes económicos se encuentre en una mejor posición sin que ello ocasione un menoscabo hacia otro agente económico, es decir, que la mejora paretiana es una situación mejor que otra si uno o más agentes se benefician con el cambio, sin que ello envuelva un perjuicio para otros agentes.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Véase clasificación en *Revista Internacional de Derechos Humanos*. N0 5 57. 2015. Web. Consultado el 8 febrero de 2015. <www.revistaidh.org>.

Óptimo de Kaldor–Hicks: De conformidad con este criterio una determinada situación es preferible a otra si los agentes económicos beneficiados por tal situación se encuentran dispuestos a compensar plenamente a otros agentes económicos cuya situación resulta perjudicada por el beneficio de los primeros agentes.

Óptimo de Posner: Este criterio evalúa las situaciones económicas en función del precio que están dispuestos a pagar los agentes económicos respecto de los bienes y servicios, y si los mismos obtienen una mayor satisfacción en función de la contraprestación que efectuarán, podemos decir que se trata de una situación susceptible de eficiencia.¹²¹

Desde la perspectiva jurídica habrá eficiencia cuando la asignación de recursos, que por sí mismos son escasos y limitados, se efectúe de manera óptima por el ordenamiento jurídico o la resolución judicial. De esta forma protegiendo los derechos de propiedad, el derecho contribuye a la certidumbre jurídica necesaria para los intercambios de mercado, contribuyendo a la generación de mayor riqueza de bienes y servicios. Cuanta mayor riqueza entre los agentes económicos se establezca por las instituciones legales, mayor será la eficiencia que posee el sistema jurídico.

Coase a través del conocido teorema que lleva su nombre, afirma que se puede llegar a un óptimo social mediante la negociación, si los costes de transacción son menores de lo que se persigue con el intercambio. Para Coase la intervención del Estado solo tiene sentido cuando el beneficio que se pueda obtener de eliminar la externalidad (suprimiendo la actividad que la genera) sea mayor que el daño que se produce al eliminar la actividad generadora de dicha externalidad, aunque en tal caso es mejor llegar a ese óptimo mediante negociación.

1.2.3. Crítica a la intervención del Estado y a los fallos judiciales en la resolución de externalidades

Coase en *The Problem of Social Cost* realiza dos importantes críticas: a los fallos judiciales en la resolución de externalidades y a la intervención del Estado para corregir las externalidades, a través de impuestos, multas o sanciones.

¹²¹ *Ibidem*.

a. Crítica las decisiones de los tribunales

Su famoso artículo es una crítica a las resoluciones judiciales en los Estados Unidos y el Reino Unido, por haber considerado solo criterios jurídicos y no de eficiencia económica en los fallos de los jueces. De esta crítica desarrolla una metodología de análisis de las resoluciones basadas en criterios económicos de utilidad, reducción de costes y eficiencia económica. Dicha metodología dio origen a una serie de directrices conocido como el “el teorema de Coase”, que permite no solo analizar las resoluciones judiciales, sino que sirve de guía para emitir fallos de acuerdo a los principios de eficiencia económica, y buscar acuerdos, que le llama negociaciones fuera de la intervención del Estado, a través de transacción comercial de los derechos de las partes.

Para Coase las resoluciones de los jueces deben tener en cuenta las consecuencias económicas de sus fallos, puesto que las transacciones en la realidad implican importantes costes, lo que ocasiona que las asignaciones de derechos entre las partes puedan modificarse. La flexibilidad para reasignar los derechos a través de la negociación o del fallo judicial son fundamentales para el desarrollo de los mercados libres. Si no hubiera costes en las transacciones de mercado, las decisiones judiciales que realizaron una asignación clara de los derechos de las partes serían suficientes.

La asignación de los derechos y la responsabilidad por daños no son variables importantes para el teorema de Coase. Aunque la asignación de los derechos en la negociación no es relevante para el economista, si les da un valor a las externalidades al determinar cuando estas son beneficiosas. Respecto a la responsabilidad, Coase afirma que no siempre es deseable definir la responsabilidad por daños causados, pues esto complica las negociaciones ya que miran hacia atrás, al daño y no hacia el futuro, a la prevención (teoría de ex ante vs ex post). Una buena decisión judicial será aquella en donde el fallo tome como principal consideración la eficiencia económica y se busque alcanzar una resolución social óptima.

b. Crítica a la Intervención del Estado

El artículo de “El problema del Costo Social”, se centra en la crítica al trabajo sobre la intervención del Estado para corregir externalidades de Arthur Pigou. Para este economista, el Estado debe intervenir en la economía para corregir los desequilibrios del mercado en la forma de externalidades, a través instrumentos legales como la regulación, la imposición de sanciones administrativas, o la imposición de impuestos compensatorios por los daños causados por

determinadas actividades.¹²² Pigou propuso a principios del siglo XX la intervención del Estado para corregir las externalidades negativas a través de la imposición de un impuesto que compensara los daños causados por los actores económicos al realizar una actividad. Dichos impuestos no solo eran compensatorios, sino también preventivos, pues ignorar las externalidades mandaría señales equívocas a los actores económicos, pues fomentarían conductas que causan daño a los individuos y tarde o temprano a la sociedad. Esta teoría dio origen a los impuestos ambientales,¹²³ conocidos como Piguvianos, que imponen una tributación especial¹²⁴ a las empresas contaminadoras.¹²⁵

c. La disputa Coase vs Pigou

Según Pigou en el caso de externalidad es justificable y conveniente la intervención del Estado, ya sea con un impuesto en caso de externalidad negativa sobre el productor de la actividad o un subsidio en caso de externalidad positiva. También plantea la posibilidad del uso de la regulación para incentivar o desinhibir ciertas conductas o actividades económicas. Pigou sugiere que las instituciones humanas se han creado con el fin de alcanzar el bien común, por lo que los intereses de cada uno deben llevar al bienestar económico general. Sin embargo, ante la presencia de externalidades se producen divergencias entre los productos sociales netos y privados. Para mejorar o resolver esas ineficiencias del mercado y aumentar la riqueza y el bienestar general es necesaria la intervención pública.

El ejemplo de una locomotora que despide chispas a los bosques que atraviesa es usado como referencia por Pigou. Donde los ferrocarriles causan un daño y éstos deben compensar a los propietarios de los bosques incendiados. Pigou propone un impuesto a la locomotora que despide chispas que evitará la externalidad (daño). Mientras que Coase se pregunta que puede causar un mayor perjuicio a la colectividad, si se reducen los servicios que presta el tren, o si

¹²² Véase Pigou. *The Law of Diminishing*. Op. Cit. nota al pie 95; y Pigou. *Economic Progress*. Op. Cit. nota al pie 95.

¹²³ Los impuestos ambientales tienen como finalidad lograr la internalización de las externalidades generadas a través del uso del mismo sistema de precios. De acuerdo a Gago y otros, los impuestos ambientales sirven de contrapeso para incrementar el costo marginal privado de las empresas contaminantes de tal forma que los agentes económicos se responsabilicen por el costo externo que trasladan a la sociedad (eficiencia estática). Véase Gago, A. et al. “La Imposición Ambiental Autónoma”. 2004. Web. Consultado el 16 marzo de 2014 <<http://webs.uvigo.es/xavier/research.html>>

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ Gago explica que la recaudación del impuesto ambiental se obtiene de multiplicar un tipo impositivo, idealmente relacionado con el daño ambiental ocasionado por la unidad de descarga gravada, por una base imponible. Véase *Ibidem*. Mientras que Seroa señala que la tasa del impuesto debe estar relacionada directamente con el costo marginal del daño causado. Véase Seroa da Motta, R. *Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina: aspectos conceptuales y el caso de Brasil*. Santiago de Chile: CEPAL, 2001. Impreso.

¹²⁵ Los sujetos pasivos del impuesto son los agentes contaminadores, es decir, los contribuyentes propietarios de las fuentes que emiten sustancias que degradan el medio que se pretende mejorar.

éstos tienen más valor que la madera que se quema como resultado de la actividad que causa un daño. Para Coase hay que analizar el efecto total en base a un análisis coste-beneficio, en un sistema general. De los diferentes análisis que propone con su modelo, Coase termina concluyendo que no siempre es deseable la intervención del Estado, ni fincar la responsabilidad por daños al causante.

Para resolver la externalidad primero propone, la transacción de derechos entre las partes, a la que llama negociación. Advierte que cuando los costes de transacción son extremadamente altos, entonces puede tener sentido la implantación de estatutos o reglas por parte del Estado, protegiendo actividades que para algunas personas pueden llegar a ser molestas, porque se interpretan en base a un beneficio público. Sin embargo, solo puede implementarse esta regulación si es que los sistemas judiciales no resuelven basándose en consideraciones económicas, ya que cuando no lo hacen condicionan el funcionamiento ineficiente del sistema económico. Así pues, de acuerdo a Coase, y en contraposición a la teoría de Pigou, la intervención no siempre es necesaria y a veces se debe permitir la externalidad.

Coase refuta la teoría de Pigou (ejemplo del tren que desprende chispas) argumentando las siguientes razones:

- (i) Que la recaudación del impuesto no establece que el impuesto acabe favoreciendo a los “damnificados” por la externalidad o dispersándose en toda la sociedad.
- (ii) Critica la propuesta de Pigou porque favorece la idea del impuesto, pero no de la subvención.
- (iii) Aunque un impuesto sobre una externalidad negativa hará que disminuya la actividad, no siempre es deseable eliminar toda la externalidad, porque es posible que lo que se gane eliminando la externalidad sea menos de lo que se pierde con la eliminación de la actividad productora de externalidades.
- (iv) Coase lamenta que no se reconoce la naturaleza recíproca del problema de la externalidad, ya que solo se castiga con el impuesto al que causa la externalidad. Coase propone que el impuesto se establezca sobre generador y receptor de externalidad, y aun así considera que la intervención del Estado llevará a una resolución ineficiente de la externalidad.

(v) Para reconocer mejor esa naturaleza recíproca, propone la vía de la negociación entre las partes implicadas como la solución óptima que asegura un resultado económicamente eficiente.

(vi) La intervención del Estado por lo regular conlleva altos costes, incluso mayores al beneficio obtenido.

(vii) Propone que frente a una intervención pública que lleve a una situación ineficiente ésta se puede revertir con una medida económicamente eficiente como la negociación.

Otro punto de discordancia entre estos dos autores es la función de los Comités. Pigou, siendo consciente de las limitaciones de la intervención del Estado que puede variar según las circunstancias, propone la figura de los comités o comisiones. Coase critica que esta simplificación busca crear una teoría general más que una profundización de la problemática del modelo.

Señala Coase que la intervención usualmente conlleva altos costes, incluso mayores que el beneficio buscado, y que cualquier intervención pública que lleve a una situación ineficiente; podrá revertirse a otra situación eficiente como la negociación. Por último, Coase critica que los argumentos de Pigou son confusos y no exploran todas las variables, además de que su modelo según afirma Coase se distancia de su aplicabilidad al mundo real.

Para Coase resulta innecesaria la intervención del Estado para la resolución de externalidades, argumentando que la respuesta más viable no siempre es un impuesto, sino que deben evaluarse los costes que cada solución posible. Propone diferentes escenarios al detectar una actividad contaminante: puede solicitarse al agente económico en cuestión el pago de un impuesto que sea equivalente al daño causado, reubicar su actividad, o bien tolerarla. Este ejemplo tiene una gran trascendencia pues asevera que la solución puede incluir que la víctima asuma el daño y resuelva la externalidad bajo sus costes mudándose, o que la actividad nociva se mantenga por el hecho de que contribuye a la generación de riqueza.

Coase se defiende diciendo que “las externalidades no son una justificación para la intervención del Estado, sino un indicador de que los derechos de propiedad no están especificados

adecuadamente”¹²⁶ Como consecuencia, los seguidores del AED son vehementes al defender el principio de no intervención. El Estado no debe intervenir en la regulación o prohibición de los derechos de propiedad, solo la norma general que garantice la propiedad privada. No debe intervenir si se han causado externalidades, dejando a las partes para que lo solucionen a través de una negociación. Cuando el costo de transacción (negociación) sea superior a la utilidad generada, entonces las partes deberán acudir a los juzgados, para que éstos apliquen el derecho, pero bajo los razonamientos de eficiencia económica y no solo bajo los principios de justicia, responsabilidad, resarcimiento o sanción, y en muchas de las ocasiones inclusive sobre estas máximas jurídicas.

1.2.4. La negociación

Al hablar de las transacciones del mercado, Coase se refiere a los requisitos necesarios para lograr el óptimo:

Para llevar a cabo las transacciones del mercado, en que los costos sean nulos (que el costo sea menor a la utilidad que puedes alcanzar) es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos en el contrato se observan (*enforcement*)¹²⁷

Coase advierte que las partes podrán no llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso para ellas, cuando los costes son demasiado altos para sentar a las partes a negociar, o para supervisar la observancia o el cumplimiento del acuerdo. No se centra en que las partes lleguen a un acuerdo de quién debe cargar con los costes de las externalidades, sino que busca compartirlos y en ocasiones, propone que sea la víctima quien absorba parte o la totalidad de la prevención de los daños, pues argumenta que esto puede ser más eficiente desde el punto de visto económico, sin importar a quién asista el derecho.

Las limitaciones de la Negociación de la teoría Coase surgen cuando:

- (a) Los costos de transacción de los arreglos privados, acuerdos y seguimiento de su cumplimiento resultan elevados para las partes.

¹²⁶ Congregado. 331-339. Op. Cit. nota al pie 47.

¹²⁷ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

- (b) Una de las partes no cuenta con información confiable que sea suficiente (asimetría de la información).
- (c) Existan otras externalidades difíciles de cuantificar.
- (d) Los arreglos pueden ser eficientes para las partes, pero no en términos de eficiencia económica para el mercado.

Se distingue del teorema de Coase “que la asignación inicial de derechos es irrelevante”, para la negociación. Este argumento ha sido llevado al ámbito jurisdiccional, pidiéndole al juez que no considere a quién le asiste el derecho inicialmente, sino que se enfoque en resolver la externalidad de la manera que sea menos costosa, inclusive sin resarcir el daño causado, solo evitando la externalidad en el futuro.

1.2.5. La reasignación judicial de derechos

La tarea del juez es remodelar la estructura existente de los derechos de propiedad.

Recordemos el segundo corolario de la teoría de Coase a que hace referencia Posner, cuando los costes de transacción sean altos el rol del derecho debe simular la asignación de recursos en razón de quién los valore más. El jurista explica que “a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren”.¹²⁸

Uno de los principales argumentos de Coase es que siempre será posible la consecución de una externalidad óptima (lo cual no implica necesariamente la desaparición total de la externalidad negativa) y de alcanzar con la reasignación de derechos una mayor eficiencia económica.

Esta teoría se analizará y expondrá con mayor detalle en el capítulo III, sobre las resoluciones judiciales en el caso de las externalidades de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, donde se aplicará la teoría al caso concreto para conocer su aplicabilidad y capacidad de teorización general.

1.2.6. Requisitos previos a la intervención del Juez

La teoría de Coase presupone algunas situaciones previas a la intervención del juez, como lo son la falta de claridad en la norma, el fracaso de la negociación para luego poder acceder a la posibilidad de la reasignación de derechos en un tribunal.

¹²⁸ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

a. Falta de Claridad en la norma

Un razonamiento básico del derecho es que cuando no existe claridad en la norma es necesario un proceso jurisdiccional para interpretarla. Las leyes deben prevenir claramente las externalidades. El consenso predominante en el derecho en general señala que son los gobiernos, a través de las leyes, quienes deben promover y proteger el bienestar de los ciudadanos. Para el AED basados en el concepto de eficiencia asignativa, los gobiernos establecen normas para alcanzar el bienestar social. La presencia de externalidades es el síntoma de una legislación inadecuada en lo referente a los derechos de propiedad. En este sentido, para Coase la disputa para la resolución de externalidades es resultado de una legislación inadecuada.¹²⁹

b. Fracaso de la negociación

Coase proponen un sistema de transacción (negociación) de derechos de propiedad para prevenir y resolver las externalidades. Para el economista, la negociación es el sistema más eficiente para resolver conflictos por externalidad entre las partes, pues evita la intervención del Estado en la resolución. En primera instancia no es necesaria la intervención del Estado para establecer los alcances de los derechos de propiedad, ya que se pueden alcanzar a través de la libre negociación de las partes y así resolver de manera más eficiente las externalidades. Sin embargo, cuando los costes de ésta sean muy altos se deberá redimir la controversia en los juzgados, que deben actuar, según Coase bajo los criterios de eficiencia económica y no los principios generales del derecho.¹³⁰

El teorema de Coase no solo requiere que los costes de la negociación sean bajos, si no que quienes tienen una disputa por externalidades pueden identificar las causas de los daños e impedirlos, ya sea a través de una transacción de derechos de propiedad (negociación) o la remodelación de derechos en el sistema judicial. La forma óptima según el AED es sin duda la negociación como instrumento para la resolución de externalidades. A través de la negociación (transacciones de mercado) donde los derechos de las partes se pueden comprar y vender a voluntad.

c. Si falla la norma, así como la negociación es el Juez quién realiza una reasignación de derechos a través del fallo judicial

¹²⁹ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

¹³⁰ *Ibidem*.

En el caso que la norma no sea clara y que exista un conflicto entre dos partes por resolver las externalidades causada por una de ellas, se propone que el juzgador considere los principios y razonamientos propios de la eficiencia económica, utilizando las facultades jurisdiccionales que tiene para dictar el derecho. A través de las decisiones judiciales es posible cambiar la delimitación legal de los derechos, usando los razonamientos de eficiencia económica. Los artículos de Coase muestran como algunos jueces utilizan razonamientos que fomenten la eficiencia económica, aunque a veces de manera más intuitiva que razonada.¹³¹

1.2.7. Criterios para dictar el fallo judicial en las resoluciones de controversias por externalidades

A pesar de que Coase no señala con mucha claridad los criterios que debe seguir el juez, Jiménez San Vicente elaboró un listado de los que considera son los principales criterios para guiar a los jueces en sus fallos y que se pueden resumir en el siguiente listado:

- (i) En la decisión judicial, no aplican los preceptos generales jurídicos, sino los razonamientos de eficiencia económica. No importa a quién asista el derecho, es irrelevante para la reasignación de derechos.
- (ii) El Juez busca en sus resoluciones maximizar la eficiencia económica y un modelo de bienestar general al que llama “resolución óptima social”.
- (iii) Los fallos basados en el AED no tiene un sentido resarcitorio o compensatorio, ni de determinar la responsabilidad, solo de reasignar los derechos basado en los costes más bajos de la resolución del conflicto.
- (iv) Reasignar los derechos de acuerdo a quien los valore más (al que esté dispuesto a pagar más por el o al que le cueste más barato resolver la externalidad).
- (v) Resoluciones deben mirar hacia el futuro (prevenir externalidad) no el pasado (corregir daño).

¹³¹ Véase las críticas de Coase a las resoluciones no eficientes de los jueces en “*The Problem of Social Cost*” o las similares críticas de Posner al poder judicial y sus resoluciones que no persiguen el principio de maximización económica en “*The Economic Analysis of the Law*”, y “*The Economics of Justice*”. Véase Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63; Posner. *Economic Analysis of Law*. Op. Cit. nota al pie 39; y Posner, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981. Printed.

(vi) El objetivo final de la resolución es minimizar los costes para la actividad productiva.

En el cuerpo del análisis del capítulo III sobre las resoluciones judiciales, ahondaremos en esta guía práctica de los criterios y veremos si se han seguido, de manera consciente o no por las autoridades judiciales mexicanas en el caso específico. Al final el objetivo primordial del juez será la reducción de costes para la actividad productiva.

1.2.8. Ventajas de la resolución judicial frente la abstracción de la ley

Coase desarrolla tres supuestos sobre las ventajas de la resolución judicial del *common law* frente a la abstracción de la ley: 1) el juzgador sabe más que el legislador, 2) el juzgador influye directamente en la justa aplicación de las normas (aplica al modelo anglosajón), 3) decisión de los jueces genera incentivos para una conducta futura. En el *common law*, el juzgador se convierte en legislador al dictar los fallos judiciales, y que estos hacen más sentido que los sistemas civiles (germánico-romano) basado en la estricta aplicación de la norma.¹³² Las ventajas son que el juzgador sabe más que el legislador, pues tiene conocimientos de derecho además de un método de AED, para evaluar la externalidad y su resolución. Aunado a esto conoce de casos concretos no de abstracciones generales previstas en la norma. Con esto concluye que la exacta aplicación de la norma la da el juez al llevar los criterios que deben gobernar las conductas económicamente eficientes al caso concreto. Por último, al resolver en determinado sentido el juez está marcando los parámetros para futuras conductas tanto de los agentes económicos como de los parámetros para los razonamientos de los jueces.

a. Sabe más el juzgador que el legislador

La importancia de una decisión judicial radica en la influencia de su dictamen, la severidad de las sanciones y la influencia que el fallo tendrá en la probabilidad de aplicación de las sanciones, según Coase. El juzgador cuenta con una ventaja sobre el legislador, que consiste en que puede percatarse más de las consecuencias de una norma porque ésta ya se aplicó; por lo tanto, cuenta con más información que el legislador y tiene la oportunidad de corregir externalidades negativas causadas por la aplicación de la norma. Por lo que serán los jueces los que casi siempre van a determinar la asignación de derechos y no la norma. Sin embargo, contrario a la propuesta de Coase, y basándonos en la evidencia empírica la alta discrecionalidad del juez

¹³² Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

frente a la estricta aplicación de la norma genera incertidumbre y eso aumenta los costes para los actores sociales.

Los jueces aplican mejor la norma que el propio legislador, pues lo hacen al caso concreto. Para Coase vale más la asignación de derechos de un juez que la de un legislador. Es más eficiente la reasignación de derechos que realiza un juez que la que la asignación originaria que hace el legislador, pues ve las características propias del caso y puede evaluar mejor que contribuye a maximizar la riqueza y a la eficiencia económica, y no simplemente a generalizar como lo hace la norma.

b. La aplicación de la norma la da el juez

Por otra parte, el juzgador influye directamente en la probabilidad de aplicación de las normas, ya que es la actividad judicial la que naturalmente establece el porcentaje en el que determinada norma se aplicó a una situación dada, aunque lo cierto es que los casos que llegan a juicio representan solo una fracción de la aplicación del supuesto, ya que la mayoría se cumple sin necesidad de ello. El juez tiene más información que el legislador y tiene la oportunidad de corregir externalidades negativas causadas por la aplicación de la norma. Por otro lado, el juzgador cuenta con una ventaja sobre el legislador, que consiste en que puede percatarse más de las consecuencias de una norma porque ésta ya se aplicó, y la puede evaluar en casos reales.

c. La decisión de los jueces genera incentivos para una conducta futura y certidumbre jurídica.

Una máxima del derecho es que norma la conducta humana, se basa en los modelos axiológicos del derecho positivo, su deber ser. El juez debe considerar el probable efecto de decisiones alternativas sobre el comportamiento futuro de los individuos para optar por una decisión u otra. Por lo que sus resoluciones deben generar incentivos para la conducta futura de los agentes económicos.

El derecho debe ser el sistema a través del cual, el Estado pensando en el bienestar común y la certidumbre jurídica, busque incentivar o desincentivar la realización de ciertas conductas o actividades, sin importar si estas generen o no riqueza.

Los métodos del AED contribuyen a que el derecho sea más racional y predecible generando certidumbre. El objetivo de la Economía es explicar el comportamiento de los agentes económicos mediante la asignación de un sentido a sus conductas, a través de teorías e

metodologías de corte científico-matemático. El objetivo de las teorías económicas es hacer predecible la conducta del individuo, o las instituciones sociales, entre las que se encuentra la empresa. El concepto de eficiencia responde a fundamentos económicos con fuerte influencia de criterios matemáticos, por lo que su aplicación le da más certidumbre a las teorías sobre el comportamiento de los agentes económicos, y su impacto en el mercado. Para Coase, la metodología del AED busca explicar el comportamiento de los individuos, instituciones y las empresas (agentes económicos) asignándoles un sentido a sus conductas, lo que nos lleva a sistemas legales más predecibles, generando mayor certidumbre jurídica.

Su teoría contribuye a:

(i) La formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignarle sentido a un universo muy extenso de conductas, en la forma de modelos matemáticos que ofrezcan parámetros científicos para estudiar y predecir las conductas de los agentes económicos.

(ii) La metodología es una progresiva formalización de supuestos y de los medios para comprender las conductas de los agentes económicos frente a la resolución de externalidades, y promover el razonamiento de eficiencia económica entre los magistrados y estudiosos del derecho.

(iii) La metodología de AED permite la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas, en la economía y en el impacto económico de las resoluciones judiciales, lo que genera certidumbre jurídica.

Para el economista laureado con el nobel, la comprensión de estos razonamientos en los jueces y estudiosos del derecho, convierte al AED en un factor incentivador de la conducta legalmente óptima, en la medida que promueve la eficiencia económica, y sirve de parámetro científico racional para los razonamientos del legislador al legislar, para una reconfiguración del ordenamiento jurídico, así como el de los jueces en la resolución de externalidades. De tal forma que el AED se convierte en un instrumento racionalizador de las soluciones jurídicas.¹³³

La naturaleza empírica del AED ofrece la posibilidad de anticipar eventuales consecuencias de la interacción social. Justamente su pragmatismo permite la construcción y comprobación de modelos de comportamiento de los agentes económicos para predecirlo y de alguna manera influir para que este sea lo más racional y eficientemente económico posible.

¹³³ Coase. *Economics and Continuous*. 201–211. Op. Cit. nota al pie 97.

1.2.9. La teoría de costes de Coase

La aportación más significativa de Coase a la ciencia económica es su teoría de costes de transacción. Coase desarrollo el concepto de costes de transacción en dos de sus principales escritos “La naturaleza de la Empresa” de 1937 y “El Problema del Costo Social” de 1960. Los costes de transacción determinan la definición, asignación y transferencia de derechos de propiedad. En estos subyacen los problemas más comunes en la asignación de derechos y sus posibles efectos distributivos, presentes en los marcos institucionales y los mercados. Con sus trabajos el economista había dejado claro la importancia de los costes de transacción como uno de los pilares de la producción y la utilidad. Pero Coase va más allá de los costes de producción para incluir aquellos relacionados con los costes de transacción.¹³⁴

La teoría de los costes de transacción se inscribe en el marco de la teoría económica de las organizaciones, y busca explicar el funcionamiento de las organizaciones económicas (empresas) que operan por jerarquía y en base a los costes de transacción. Esta teoría surge de un artículo de Roland Coase en 1937 titulada “*The Nature of the Firm*”, que buscaba explicar la razón de la existencia de las empresas, sus objetivos y parámetros de operación. Coase se preguntó cómo funcionaban las organizaciones económicas, cómo se organizaba la producción dentro de la empresa, el por qué, de las diversas orientaciones seguidas por las organizaciones económicas, qué era lo que determina su evolución de las mismas, y como enfrentan los cambios frente al medio ambiente en el que operan. Del análisis resaltó la relevancia para la propia subsistencia de la empresa de controlar y reducir los costes.¹³⁵

En su libro “La Empresa, el Mercado y la Ley”, Coase explica que las principales instituciones de una economía son el mercado y la empresa. Para el economista, las teorías clásicas no habían profundizado lo suficiente en el estudio propio de la operación de la empresa y de los mercados, lo que había provocado que no se entendiera correctamente cómo funciona la economía.¹³⁶ La economía se basa en el mercado que es un sistema de transacción de bienes y servicios, realizado por individuos o entidades legales conocidas como empresas que buscan maximizar su beneficio y reducir sus costes al máximo. Para Coase el estudio de la parte de costes había sido olvidada por los teóricos, pues la teoría clásica consideraba que la transacción tenía costes bajos o nulos, cuando en realidad, muchas veces estos costes llevan a las partes a no alcanzar

¹³⁴ Coase. *La empresa*. Op. Cit. nota al pie 101.

¹³⁵ Coase. *The Nature*. 386-405. Op. Cit. nota al pie 99.

¹³⁶ Coase. *La empresa*. Op. Cit. nota al pie 101.

acuerdos beneficiosos para las partes.¹³⁷ Es por ello que Coase centra su atención en esta rama de la economía hasta entonces relegada, la de los costes de transacción de la empresa. La eficiencia económica de Coase se traduce como la función de la empresa por reducir o evitar los costes de transacción.¹³⁸

Toda empresa opera en un sistema de libre mercado, con contratos que reflejan los compromisos de la transacción entre las partes. Los contratos se elaboran bajo situaciones de incertidumbre. De acuerdo a Coase, la principal razón para establecer una empresa es evitar algunos de los costes de transacción al usar el mecanismo de precios. Los cuales incluyen descubrir los precios relativos, tanto como los costes de negociación y redactar contratos que puedan ser exigibles ante los tribunales por cada una de las transacciones (particularmente en aquellas transacciones donde se presenten mayores grados de incertidumbre). Para Coase en un mundo con incertidumbre, los contratos serán incompletos y requerirán de ser renegociados frecuentemente.

Coase señala que la teoría económica moderna no estudia la esencia del mercado, sino solo el mecanismo de formación de precios. Para que los costes de transacción se reduzcan debe haber regulación, no necesariamente estatal ya que, si interviene el Estado, se crean desequilibrios del mercado, incluyendo que si el sistema legal es complejo en la asignación de derechos se crean desequilibrios. Por lo que recomienda que la regulación no sea gubernamental, sino por las reglas propias del mercado, y que a su vez permita ampliar el mercado y recortar la competencia.¹³⁹

La importancia de la minimización de costes sería expuesta en su modelo para la resolución de externalidades basado en la reducción de costes a través de la negociación o de la reasignación de derechos por parte de los tribunales (teorema de Coase). La propuesta de Coase implica dos premisas fundamentales de la teoría relacionadas con los costes: para que se logre una negociación exitosa (transacción de derechos), es necesario que los costes sean nulos o bajos y si los costes son altos habrá que acudir a los tribunales los cuales deben resolver en términos de eficiencia económica, no de las máximas jurídicas. La empresa se convierte en una organización eficiente que disminuye los costes haciéndose con los derechos legales de las

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Coase en "*The Nature of the Firm*" resalta el coste de la especificidad de los activos y la asimetría de la información, pero particularmente aquellos costes relacionados con la transacción. Véase Coase. *The Nature*. 386-405. Op. Cit. nota al pie 99.

¹³⁹ *Ibidem*.

partes ya no mediante contratos, sino como resultado de una decisión jurisdiccional sobre cómo deben emplearse los derechos, con los consecuentes ahorros de costes. La empresa solo puede existir si se ahorran costes a las partes, y las utilidades superan los costes de la organización.¹⁴⁰

Las empresas a través de transacciones de mercado (negociación) de los derechos de propiedad buscarán reducir los costes, frente a lo que implicaría enfrentar la responsabilidad civil de resarcir y compensar el daño causado por el ejercicio de la actividad productiva. Según la teoría este ahorro de costes promueve la eficiencia económica y permite que la empresa siga produciendo, en beneficio de la maximización de la riqueza y por lo tanto de la sociedad. El objetivo de la empresa será resolver la externalidad al menor coste posible, lo que no necesariamente implica resarcir el daño.¹⁴¹ Se deberá involucrar a la parte afectada para que participe activamente, ya que la resolución económicamente óptima (eficiente) se logra resolviendo la externalidad de la forma menos costosa y esto puede implicar acciones y aportaciones económicas de la parte que sufrió el daño. Si el coste de llevar a cabo la negociación es más alto que el coste del pago de la externalidad, entonces la negociación de los derechos de propiedad no debe ser la forma óptima para resolver el conflicto. Nuevamente el parámetro de la decisión son los costes de la negociación frente a la responsabilidad de los daños.

Las reflexiones del trabajo de Coase giran en torno a un tema económico, la cuestión del tratamiento del coste de transacción, y su relación con los efectos externos (externalidades) producidos por las actividades económicas. Las teorías ponen en relieve el concepto de externalidad para la teoría del derecho; pero desde la perspectiva de la de reducción de costes de la empresa. Esta reflexión ocupa el lugar central de toda la propuesta de Coase para resolver las externalidades.¹⁴² Aunque el artículo, donde propone este argumento se titula el Problema del Coste Social, éste no aborda realmente el impacto que tienen las externalidades en la economía o la sociedad, solo explora una posible solución a través de la visión del agente productivo y su preocupación por reducir costes y mantener altos niveles de utilidad, no como una verdadera solución holística, que no incluye solamente al afectado sino a la sociedad en general.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Coase. *La empresa*. Op. Cit. nota al pie 101.

¹⁴² Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

Jiménez San Vicente nos dice que Coase parece olvidar otro principio básico de la economía, que es la necesidad de un marco institucional y legal que proteja a las partes en el intercambio de bienes y servicios. El premio nobel de Economía del 2009, Oliver E. Williamson¹⁴³ señala que las transacciones más sencillas necesitan de una estructura de gobernanza para proteger a las partes implicadas en el intercambio de cualquier eventualidad asociada al intercambio. Los costes de transacción están determinados por tres atributos principales: la inversión requerida por la transacción, la incertidumbre subyacente a la transacción y su frecuencia.¹⁴⁴ Es precisamente el derecho y sus leyes las que dan certidumbre a las partes. Si el sistema legal no protege a las partes por igual y sobre todo a aquella que ha sido vulnerada en sus derechos, se convierte en un mercado de rapiña, donde el más fuerte se lo lleva todo, y acaba destruyendo el marco fundamental para intercambios seguros y voluntarios. Un sistema legal que protege sesgadamente a aquel que vulnera los derechos de otros, asegurándose de que sus costes productivos sean los mínimos para aumentar su utilidad, no está realmente generando riqueza sino aprovechándose del inequitativo sistema para acumularla. Ese sistema parece olvidar que a lo largo de la historia de la humanidad las grandes revoluciones han estallado como resultado de esa concentración desproporcionada del poder y el dinero en unos cuantos privilegiados por el sistema.¹⁴⁵

1.3. Teoría de Shavell

Steven Shavell es el Director del Centro John M Olin para el Derecho, la Economía y Los Negocios, de la Universidad de Harvard y uno de los expertos en AED, especializado en el tema de accidentes, responsabilidad y daños punitivos. Además, ha desarrollado con detalle los supuestos para la resolución de externalidades a través de la negociación de Coase. Sus principales publicaciones en este tema *Foundations of Economic Analysis of Law* y *Economic Analysis of Law* sirven de marco para desglosar las hipótesis que encierra el proceso de negociación propuesto por Coase.¹⁴⁶ Por su relevancia con el caso de estudio, analizaremos las hipótesis para alcanzar una negociación exitosa, los impedimentos para una negociación exitosa y las teorías que contribuyen a explicar porque las negociaciones de este tipo fracasan. Primero

¹⁴³ Williamson, Oliver. "The economies of organization: the transaction cost approach". *American Journal of Sociology* 87. 1981: 548-577. Printed.

¹⁴⁴ Véase Williamson, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nueva York: Free Press, 1985. Printed; y Williamson, Oliver. "The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes". *Journal of Economic Literature*. vol. 19, dec. 1981. Printed.

¹⁴⁵ Jiménez San Vicente, Armando. "Desestructurando el Teorema de Coase". En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/teorema_coase>

¹⁴⁶ Shavell. Op. Cit. nota al pie 81.

el jurista analiza los objetivos últimos de las partes y como alcanzarlos, buscando una negociación sin fricción y que de cómo resultado actos óptimos. Después describe aquellos obstáculos a la negociación y aquellos factores que llevan al fracaso a las negociaciones.

La teoría de Shavell para la resolución de externalidades mediante la negociación, se integra de 12 hipótesis que se resumen en tres grandes apartados: (a) requerimientos de la negociación para lograr acuerdos de mutuo beneficio; (b) impedimentos para lograr una negociación exitosa; y (c) razones que pueden llevar al fracaso de la negociación.

A continuación, se describirá a grandes rasgos cada una de las hipótesis que integran la teoría de Shavell para la resolución de externalidades mediante la negociación.

1.3.1. Requerimientos de la negociación para lograr acuerdos de mutuo beneficio (hipótesis)

Shavell considera que para que exista una negociación entre la víctima y el causante de una externalidad deben de presentarse una serie de requerimientos y circunstancias que la hagan posible. Asimismo, el hecho de que exista una negociación no asegura que esta concluya en acuerdos de mutuo beneficio, por lo que analizando el teorema de Coase, lo desarticula en una serie de hipótesis que considera indispensables para que exista una negociación entre las partes que pueda resultar en acuerdos de mutuo beneficio, lo cual se sintetiza de la siguiente manera:

(i) La existencia de los actos óptimos, cuya utilidad es superior a sus efectos externos, por lo cual es deseable que existan aun y cuando generen externalidades.¹⁴⁷

(ii) La minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes. Conforme a la cual será eficiente que se tome la precaución (prevención) de la externalidad siempre que su costo sea inferior al daño potencial. *Contrario sensu*, será eficiente que se cause el daño cuando el costo de la precaución sea superior al daño potencial.¹⁴⁸

(iii) La reasignación de derechos para lograr la maximización del bienestar social, conforme a lo cual debe permitirse la reasignación de derechos cuando estos no conduzcan a un resultado óptimo.¹⁴⁹

¹⁴⁷ *Ibidem*. 80.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*. 81.

(iv) La negociación sin fricción. La negociación tendrá éxito siempre que exista un acuerdo mutuamente beneficioso.¹⁵⁰

(v) El incremento del tamaño del pastel. Para que un acuerdo sea mutuamente beneficioso debe incrementarse las utilidades de ambas partes.¹⁵¹

(vi) La asimilación de la pérdida. Desde la perspectiva de la teoría, no es necesario que la víctima de la externalidad sea resarcida en su daño, ya que esta experimentará un beneficio con la simple reducción de este.¹⁵²

(vii) La negociación sin fricción no siempre conduce a la maximización del bienestar social. Shavell hace una aclaración respecto a la negociación sin fricción, señalando que ésta no siempre conduce a la maximización del bienestar social ya que para ello se requiere que la riqueza esté distribuida de forma socialmente deseable.¹⁵³

(viii) La negociación sin fricción siempre incrementa el bienestar social. Aunque la negociación no maximice el bienestar social, siempre lo incrementa.¹⁵⁴

(ix) Los términos establecidos en una relación contractual para resolver externalidades. Cuando las partes se encuentran en relaciones contractuales en curso generalmente establecen ciertos parámetros que les ayudan en la negociación.¹⁵⁵

1.3.2. Impedimentos para lograr una negociación exitosa (hipótesis)

Shavell reconoce que existen circunstancias y hechos que pueden dificultar o impedir la negociación y a ellos se refiere a través de las siguientes hipótesis:

(x) Factores que impiden la negociación. Los acuerdos mutuamente beneficiosos pueden no darse si los costos de negociación superan a la utilidad esperada.¹⁵⁶

¹⁵⁰ *Ibidem.* 83-84.

¹⁵¹ *Ibidem.* 84-85.

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ *Ibidem.* 85-86.

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ *Ibidem.* 86-87.

¹⁵⁶ *Ibidem.* 87.

(xi) Factores que pueden tener un peso significativo para que se cristalicen las negociaciones. Shavell destaca los siguientes: proximidad de las partes, número de partes, falta de conocimiento de los efectos externos y probabilidad de fracaso de la negociación.¹⁵⁷

1.3.3. Razones que pueden llevar al fracaso de la negociación (hipótesis)

Una vez entablada la negociación, el economista reconoce que aun y cuando existan acuerdos de mutuo beneficio a los que puedan llegar las partes, existen factores que pueden impedirlos, a los cuales se refiere de la forma siguiente:

(xii) Fracaso de las negociaciones por la asimetría de información. Las negociaciones en las que existe la posibilidad de acuerdos de mutuo beneficio, solo pueden fracasar en virtud de información asimétrica.¹⁵⁸

Las hipótesis antes señaladas serán analizadas detalladamente en el marco teórico correspondiente a la resolución de externalidades mediante negociación. Además de la teoría de Shavell, existen algunas teorías complementarias que ayudarán a comprender por qué siendo un caso de libro el proceso de negociación para resolver las externalidades de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, estas negociaciones no llegaron a evitar que las partes acudieran a los tribunales buscando que el juez reasignara los derechos del caso de acuerdo al contrato. Las teorías aplicables al caso son: (i) la teoría de principal agente, (ii) la teoría de la aversión al riesgo de los funcionarios públicos, (iii) la teoría de limitación de la discrecionalidad de los funcionarios públicos, y (iv) la teoría que explica el fracaso de la negociación en virtud de elevados costes de transacción.

1.4. Teoría de Posner

Richard Posner es un connotado jurista, Juez de la Corte de Apelación, del Séptimo Circuito en los Estados Unidos de América. Profesor de Derecho en la Universidad de Chicago y uno de los principales defensores del modelo de AED. Posner defiende la idea de que la aplicación de la ley puede mejorarse si los jueces utilizan los razonamientos de eficiencia económica y maximización de la riqueza en sus sentencias sobre conflictos de resolución de

¹⁵⁷ *Ibidem.* 88.

¹⁵⁸ *Ibidem.* 89-90.

externalidades.¹⁵⁹ Con sus primeros artículos sobre la relación entre economía y el derecho, creó gran controversia, siendo señalados por contener una visión económica utilitarista y carecer de sentido social.¹⁶⁰ Cuenta con un vasto legado de publicaciones académicas que se irán citando en diferentes secciones de la tesis, y que han contribuido con razonamientos y propuestas al actual AED.¹⁶¹ De su vasta literatura destacan para este caso en particular los estudios *Economic Analysis of Law*, y *The Economic of Justice*.

En *Economic Analysis of Law*, publicado en 1972, Posner aborda el tema de las externalidades desde la perspectiva positiva del derecho. Aquí el jurista hace una férrea defensa de la utilidad del análisis económico en el estudio del derecho.¹⁶² Asegura que el AED no solo explica cómo funciona la ley, sino también como debería funcionar. En futuras publicaciones académicas seguirá defendiendo sus razonamientos, diferenciándose del utilitarismo, y proponiendo una base ética a la norma de eficiencia en la adjudicación de derechos de propiedad.¹⁶³

En su libro *The Economic of Justice* toma una posición más normativa, al analizar el concepto de “justicia”, desde una perspectiva económica. En la primera parte del libro, hace referencia a la justicia y la eficiencia, entrelazadas por la teoría que llamó “maximización de la riqueza”. En la segunda parte, se sumerge en los “orígenes de la justicia, haciendo una apología a los valores griegos antiguos presentes en la Odisea de Homero. En la tercera parte del libro, realiza una serie de análisis utilizando la metodología de Coase, sobre decisiones de la Suprema Corte de Justicia en temas de privacidad y discriminación.

En esta parte hace una crítica a las resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos contrarias a los postulados de la teoría de AED sobre la discriminación.¹⁶⁴ Posner describe algunas formas de discriminación que en teoría son económicamente eficientes generando

¹⁵⁹ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52.

¹⁶⁰ Posner. *Economic Analysis of Law*. Op. Cit. nota al pie 39.

¹⁶¹ Véase Posner. *Economics of Justice*. 62. Op. Cit. nota al pie 125; Posner. *What do Judges Maximize*. Op. Cit. nota al pie 92; Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. Op. Cit. nota al pie 21; Posner. *Análisis Económico del Derecho*. Op. Cit. nota al pie 52; Posner. *Economic Analysis of Law*. Op. Cit. nota al pie 39; Posner, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995. Printed; Posner, Richard. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review*. Vol. 53, 1975: 757-782. Printed; Posner, Richard “The Law and Economics Movement”. *American Economic Review*. Vol.77, 1987: 1-13. Printed; Posner, Richard. “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”. 8 *Journal of Legal Studies*. 1979: 103. Printed; Posner, Richard. “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”. *Hofstra Law Review* 8. 1980. Printed; y Landes, William M. y Richard Posner. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, Mass.: Belk Nap Press of Harvard University Press, 2003. Printed.

¹⁶² Posner. *Economic Analysis of Law*. Op. Cit. nota al pie 39.

¹⁶³ Posner. *Utilitarianism*. 103. Op. Cit. nota al pie 155; y Posner. *Ethical and Political*. Op. Cit. nota al pie 155.

¹⁶⁴ Posner analiza una discriminación basada en el esfuerzo por economizar en costes de información. Véase Posner. *Economics of Justice*. 362-365. Op. Cit. nota al pie 125.

controversia con sus declaraciones. Los ejemplos de Posner sobre discriminación no se acoplan con las nociones de justicia para la mayoría de las personas. Sin embargo, el autor aclara que, aunque en algunas instancias la discriminación pueda ser eficiente económicamente no significa que sea legal.¹⁶⁵

El argumento más importante de Posner en este libro es su teoría de “la maximización de la riqueza”, ya que busca aportar bases éticas más sólidas para la organización y operación de las instituciones sociales, entre ellas destaca el sistema legal. El jurista define la maximización de la riqueza como el principio fundamental al que debe aspirar la sociedad, pues combina dos posturas hasta entonces polarizadas como son la visión Kantiana de los derechos individuales y el utilitarismo; al que el economista quiere darle un sentido social. Sin embargo, como se verá en la elaboración de este tema en el análisis del caso, es un objetivo que no logra alcanzar según los comentarios de sus colegas juristas y economistas.

1.4.1. Las reglas claras para el óptimo desarrollo del capitalismo

Reglas claras son necesarias para el óptimo desarrollo del modelo capitalista basado en la libertad de los mercados. Pero Posner resalta tanto la claridad de la norma como la defensa de los principios de libre transacción y protección de los derechos de propiedad por parte del juez como esenciales para el óptimo funcionamiento de los mercados: “lo que el capitalismo requiere esencialmente de la ley es la protección de los derechos de propiedad y de la libertad contractual, por parte de jueces razonablemente desinteresados, más que la máxima claridad y coherencia alcanzada por las normas legales”.¹⁶⁶

Las reglas claras son el marco dentro del cual la gente puede realizar sus negocios, adquiriendo y explotando propiedades, haciendo contratos, invirtiendo y prestando, involucrándose en actividades riesgosas y así sucesivamente, con la confianza de que reglas sustancialmente neutrales, claras y conocidas proveen la declaración exclusiva de sus derechos y deberes públicos.¹⁶⁷

En la medida en que el sistema legal se amolde a los criterios económicos, logra una racionalidad formal y un entorno óptimo para el capitalismo.¹⁶⁸ Expone la importancia de las

¹⁶⁵ Posner. *Economics of Justice*. 363 Op. Cit. nota al pie 125.

¹⁶⁶ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

reglas claras para el desarrollo económico: “Las reglas no prescriben las acciones privadas, no dicen a la gente qué tipo de contrato hacer, qué riesgos tomar, qué profesión seguir. En cambio, crean el marco dentro del cual la gente puede realizar sus negocios, adquiriendo y explotando propiedades, haciendo contratos, invirtiendo y prestando, involucrándose en actividades riesgosas y así sucesivamente, con la confianza de que reglas sustancialmente neutrales, claras y conocidas proveen la declaración exclusiva de sus derechos y deberes públicos”.¹⁶⁹

Para el jurista la debilidad de la ley crea incertidumbre y caos, impactando negativamente en el desarrollo del mercado. “Cuando la ley es débil, el cumplimiento de los derechos de propiedad y de los derechos contractuales depende con frecuencia de la amenaza y algunas veces de la realidad de la violencia, de alianzas familiares que pueden ser disfuncionales bajo las condiciones de la economía moderna, y de métodos de autoprotección engorrosos. Estos substitutos crean también una predisposición en contra de nuevas empresas, las cuales no cuentan con una reputación que puedan utilizar para persuadir a potenciales socios contratantes de su confiabilidad”.¹⁷⁰ Para Posner la falta de claridad limita las posibilidades de crecimiento de los mercados, pues constriñe el tamaño y complejidad de las transacciones y el cumplimiento de los contratos. “Asimismo, crean una propensión a favor de intercambios simples y simultáneos en vez de transacciones más complejas, ya que mientras más cerca de ser simultáneo es el cumplimiento de los contratantes, es menor la necesidad de soluciones legales contra incumplimiento”.¹⁷¹

En los países en vías de desarrollo, las reglas claras revisten una gran importancia que impacta directamente en su desarrollo económico.

- a) La aplicación de las reglas demanda menor tiempo y competencia de los jueces, y por lo tanto menos costosa y probablemente más exacta.
- b) Reglas claras y simples facilitan el control de los jueces y reducen la probabilidad de sobornos y la influencia de los políticos en los procesos judiciales. Cuanta menos discreción de los jueces más fácil determinar si la resolución es contraria a la ley o favorece sistemáticamente a un grupo económico.

¹⁶⁹ *Ibidem.*

¹⁷⁰ *Ibidem.*

¹⁷¹ *Ibidem.*

Para el jurista el modelo del sistema legal europeo (civilista) no permite la renegociación de las condiciones de la transacción sino solamente el cumplimiento de lo estipulado en el contrato. Por lo que no es el instrumento óptimo para una economía dinámica como la americana, donde las condiciones son cambiantes y requieren de un sistema más flexible. Esta visión en primera instancia parecería que atenta contra la función de certidumbre que busca el derecho y la ley, y que Posner reconoce en sus teorías.

Para el jurista el método del AED ofrece mecanismos óptimos para la resolución de externalidades. Posner sostiene que, para los supuestos de incumplimiento del derecho contractual y violación de los derechos de propiedad, los mecanismos que ofrece el AED como la negociación (transacción voluntaria de derechos) y la reasignación de derechos por parte de un juez resultan plenamente aplicables para resolver los conflictos de las externalidades.¹⁷²

1.4.2. La Función del derecho

La función del derecho en el desarrollo económico de las naciones fue observada en la obra de Smith. Pero fue Hayek el primero que exploró en detalle el impacto del sistema legal en el desarrollo del mercado libre y la prosperidad de las naciones. Estudiando el papel que desempeñan las instituciones judiciales en el desarrollo de una sociedad libre y próspera. Hayek llevó el énfasis de racionalidad formal al punto de negar que los jueces debían utilizar la economía en sus decisiones, por las complicaciones que podría tener la excesiva discrecionalidad del juez.¹⁷³

Para Posner la función del derecho “es facilitar la operación de los mercados libres y garantizar un entorno óptimo para el capitalismo”.¹⁷⁴ Por lo que todas las instituciones sociales incluyendo, el sistema judicial deberá perseguir el mismo objetivo. Al final Posner ve en las decisiones judiciales un procedimiento que contribuye a minimizar los costes de producción a fin de alentar la generación de la utilidad.

Jiménez San Vicente desglosa del trabajo académico de Posner cuatro funciones básicas para el derecho: i) facilitar la operación de los mercados y el desarrollo económico (ii) minimizar los costes de transacción, (iii) generar certidumbre, y (iv) proteger los derechos de propiedad y

¹⁷² Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 45–48. Op. Cit. nota al pie 52.

¹⁷³ Posner trata este aspecto de la teoría legal de Hayek en su libro *Law, Pragmatism, and Democracy*. Véase Posner, Richard. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005. Printed.

¹⁷⁴ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

de la libertad contractual.¹⁷⁵ Resaltando que en la obra del jurista queda de manifiesto que su eje principal es el de minimizar los costes del agente productivo, inclusive sobre los derechos de los demás, siempre y cuando esto genere utilidades superiores al daño causado por la actividad.

1.4.3. Crítica a las decisiones de los tribunales

En el mismo sentido que Coase, este juez americano comparte su crítica a las resoluciones judiciales en el sistema anglosajón (británico-americano), así como a los fallos judiciales en la tradición germánico-romana por no considerar los principios económicos en sus resoluciones. Resulta relevante que sea un juez, con una gran experiencia judicial en las cortes americanas,¹⁷⁶ quién critique la falta de criterios económicos en los fallos judiciales.

Posner analiza el concepto de justicia en relación con la maximización de la riqueza, pero desde la perspectiva económica, no desde la perspectiva redistributiva del derecho. La metodología del AED se enfoca en la eficiencia, más que en los conceptos éticos y morales de la redistribución de la riqueza. Para Posner la metodología del AED es más que una herramienta; la teoría de la maximización de la riqueza provee las bases éticas más sólidas para la organización y operación de las instituciones sociales, entre ellas los tribunales.

Posner escribió al respecto: “en mi opinión, el criterio definitivo debería ser pragmático: no deberíamos preocuparnos de si el análisis coste-beneficio está bien asentado en alguna teoría del valor (jurídico). Deberíamos preguntarnos si sirve bien a cualquier objetivo que pueda tener”.¹⁷⁷ El objetivo que debe entenderse con “pueda tener” es sin duda el de la maximización de la riqueza, por lo expuesto en sus trabajos académicos. Lo que es innegable es que relativiza el valor de las teorías jurídicas en las decisiones judiciales.

Los argumentos legales como la responsabilidad, no son relevantes en la resolución de controversias judiciales; lo relevante es asignar los derechos analizando cómo se puede resolver la externalidad minimizando costes. Cuando se aplican los principios del AED, el juez no busca resarcir el daño ni compensarlo, sino que buscará maximizar la riqueza a través de las fórmulas de eficiencia económica. Para la intervención del juez en la delimitación de los derechos de

¹⁷⁵ Jiménez San Vicente, Armando. “Desestructurando las teorías de Posner del Análisis Económico del Derecho”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/teoria_posner>

¹⁷⁶ Posner es actualmente Juez de Apelaciones en el Sistema Legal Norteamericano.

¹⁷⁷ Posner, Richard. “Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers”. *Journal of Legal Studies*. No. 29, junio 2000: 1156. Printed.

propiedad, comparte con Coase la necesidad de que primero se hallan cubierto los requisitos previos como: la falta de claridad en la norma y el fracaso de las negociaciones; como medio óptimo para la resolución de externalidades.

Posner considera que en los Estados Unidos dónde es juez de la Corte de Apelaciones, la metodología del AED se está aplicando en las resoluciones judiciales. Al respecto señala:

un corolario de esta proposición es la teoría económica positiva del *common law* (es decir, el Derecho de origen jurisprudencial, que es distinto del Derecho legislativo, y que abarca importantes campos como el Derecho de propiedad, el Derecho contractual, asociaciones y responsabilidad civil extracontractual, al igual que la estructura básica del Derecho penal, procesal y de los remedios legales), que se entiende mejor si los jueces, al desarrollar ese Derecho, hubiesen estado intentando conscientemente (lo cual no estaban haciendo) lograr una asignación eficiente de los recursos.¹⁷⁸

Sin embargo, a pesar de la crítica a las resoluciones judiciales en los Estados Unidos, Posner asegura que los fallos judiciales parecen confirmar el uso de la teoría económica positiva (AED) en el *common law*. Este derecho de origen jurisprudencial (*common law*), pareciera mostrar que jueces buscan asignar eficientemente los recursos (aunque de manera inconscientemente) en sus resoluciones, que van desde el derecho de propiedad, contractual, de asociaciones, de responsabilidad civil extracontractual, hasta el penal y procesal.¹⁷⁹

1.4.4. La teoría de Posner se aparta de los preceptos legales tradicionales aludiendo al pragmatismo económico

Posner se aparta de los preceptos legales tradicionales aludiendo al pragmatismo económico, señalando: “en mi opinión, el criterio definitivo debería ser pragmático: no deberíamos preocuparnos de si el análisis coste-beneficio está bien asentado en alguna teoría del valor (jurídico). Deberíamos preguntarnos si sirve bien a cualquier objetivo que pueda tener”.¹⁸⁰ “Cualquier objetivo que pueda tener” es un concepto sumamente amplio y como el mismo desarrolla cuando habla de la teoría del utilitarismo, este tipo de expresiones se prestan a abusos, como pueden ser las conductas “monstruo”. Según esta percepción todo es válido mientras

¹⁷⁸ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ Posner. *Cost-Benefit*. 1156. Op. Cit. nota al pie 171.

genere un beneficio económico. Los preceptos que gobiernan el razonamiento legal como justicia, bondad, equidad, son sustituidos por conceptos como utilidad, eficiencia económica, riqueza.

Posner explora la racionalidad económica rompiendo los límites doctrinales del derecho. Busca con un ejemplo “explicar la racionalidad económica de las reglas y las prácticas: simplificar el análisis legal rompiendo los límites doctrinales”. Usa un ejemplo donde la incertidumbre juega un papel decisivo, después de “relacionar el Derecho penal con el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, asignando al primero un papel complementario... Donde una decisión bajo incertidumbre juega un papel decisivo en ambos análisis. La incertidumbre que tiene el criminal de ser atrapado, al igual que la incertidumbre de una acción negligente que conduce a causar un daño, es un determinante crítico de la sanción óptima”.¹⁸¹

Posner tiene otra visión muy diferente del derecho, no como el medio para alcanzar la justicia. Desde su visión, justicia no significa resarcir el daño o compensarlo, tampoco significa una corrección de la externalidad que implique restituir la situación a como estaba antes de causarse el daño. Posner critica la visión aristotélica de “justicia correctiva” que ante un daño exige su reparación y una compensación. Señala que:

El corolario es que la justicia correctiva se abstrae de las cualidades personales, o el mérito del autor del acto ilícito y de su víctima... El punto esencial de Aristóteles, comenta Posner, es que si una persona, a través de una conducta equivocada (el autor de un acto ilícito), altera el balance existente entre él mismo y otra persona en perjuicio de esta última (la víctima), algún tipo de compensación deberá proporcionarse que pueda, al punto que sea factible, restaurar el balance preexistente —el cual corregirá, en otras palabras, la desviación del equilibrio que surgió como consecuencia del acto ilícito.¹⁸²

Sin embargo, aunque Posner no desconoce directamente el derecho que la víctima tiene a una compensación, su teoría busca evadir la responsabilidad del causante de los daños y de regresar las condiciones al balance existente anterior. Al respecto escribe: “la razón para que este corolario sea un corolario de justicia correctiva, en vez de un principio de justicia por separado (sic), es que la justicia correctiva busca compensar el equilibrio preexistente en lugar de

¹⁸¹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

¹⁸² *Ibidem*.

cambiarlo”.¹⁸³ Un corolario es un razonamiento que es consecuencia lógica de lo demostrado anteriormente, lo que se demuestra en el caso de Aristóteles, pero no en el de Posner. La propuesta abstracta e indefinida de Posner de “cambiar” las condiciones, no significa mejorar las condiciones para ambas partes, ni siquiera restituir al equilibrio anterior al daño, sino que muy probablemente significará en la justicia posiana que el causante del daño trate de resolver la externalidad causada por su actividad a un menor coste de que significaría resarcir el daño causado. Con un claro beneficio para el generador de la actividad causante del daño. No ver al daño causado por considerarlo el pasado, equivale a no tomar responsabilidad por los actos, un principio básico de cualquier sistema legal.

Posner escribe en justificación del análisis de coste-beneficio, que el benéfico se alcanza “si el uso mejora el rendimiento en cualquier sentido de incremento que el observador considere apropiado”.¹⁸⁴ Así se entiende que una vez asumida la pérdida cualquier tipo de mejora en la situación ya es una ganancia, y el modelo es económicamente eficiente y maximiza la riqueza, ya que la situación de la víctima de alguna manera mejora. Este supuesto no implica el resarcimiento del daño, ni una ganancia similar a la pérdida sufrida, cualquier disminución en el daño, es considerada como una mejora para la parte afectada y por consiguiente mutuamente beneficioso para ambos, aunque la proporción del beneficio sea muy dispar. Bajo esta teoría la reparación del daño significa una “mejora relativa” de las condiciones de la víctima y no el resarcimiento del daño.

1.4.5. La Eficiencia Económica y la Maximización de la Riqueza

Posner escribió que la eficiencia gobierna la conducta de los individuos: “...la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales (significa)... racionalidad del comportamiento de los individuos, y las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos.”¹⁸⁵

Posner defiende el modelo de eficiencia de Kaldor-Hicks. Pero aclara:

No quiero jugármelo todo en una defensa del concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks. Para mí, la prueba definitiva del análisis de coste-beneficio que emplee ese concepto es pragmática: si su uso mejora el rendimiento del gobierno en

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ Posner. *Cost-Benefit*. 1155-1156. Op. Cit. nota al pie 171.

¹⁸⁵ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 22. Op. Cit. nota al pie 52.

cualquier sentido de mejora que el observador (la víctima) considere apropiado.¹⁸⁶

Posner varía las metodologías para la medición de eficiencia de Pareto y de Kaldor-Hicks, para proponer una nueva metodología que llama “*Potential Pareto Efficiency*” (Eficiencia Potencial basada en la fórmula de Pareto).¹⁸⁷

La fórmula de superioridad de Pareto requiere que después de la negociación al menos una de las partes se encuentre en una situación peor que al principio y la otra en una mejor. La fórmula de Kaldor-Hicks usada por Posner permite que alguna de las partes termine peor, siempre y cuando los ganadores puedan compensar a la contraparte por sus pérdidas. El criterio del óptimo de Posner evalúa las situaciones económicas en función del precio que están dispuestos a pagar los agentes económicos respecto de los bienes y servicios, y si los mismos obtienen una mayor satisfacción en función de la contraprestación que efectuarán, entonces podemos decir que se trata de una situación susceptible de eficiencia.¹⁸⁸

Sin embargo, para Posner la maximización de la riqueza, más que la eficiencia económica debe de ser el fin último de la sociedad y el derecho. Considera que “la riqueza es conducente a la felicidad, la libertad, la autoexpresión y otros bienes indudables”.¹⁸⁹ En *The Economics of Justice*, sostiene que la teoría de la maximización de la riqueza provee las bases éticas más sólidas para la organización y operación de las instituciones sociales, incluyendo el derecho. Concluyendo que la maximización de la riqueza es el fin último al que debe aspirar la sociedad en general, porque combina dos posturas polarizadas y hasta entonces irreconciliables, la inviolabilidad de los derechos individuales conocidos como kantianos y el utilitarismo con sentido social.¹⁹⁰ La mejor sociedad es aquella que combina estos dos principios, y esas son las sociedades que buscan la maximización de la riqueza.

Las teorías de Bentham de utilitarismo ilimitado, son base para la maximización de la riqueza, pero busca diferenciar los conceptos.¹⁹¹ Posner realiza un gran esfuerzo en *The Economic of Justice* por mostrar la superioridad de la teoría maximización de la riqueza sobre el utilitarismo,

¹⁸⁶ Posner. *Cost-Benefit*. 1155 y 1156. Op. Cit. nota al pie 171.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Posner. *Economics of Justice*. 244. Op. Cit. nota al pie 125.

¹⁹⁰ *Ibidem*. 55.

¹⁹¹ Bentham. Op. Cit. nota al pie 60.

ya que asegura tienden a confundirse fácilmente. La teoría de maximización de la riqueza supera al utilitarismo según Posner, por que le otorga valor a la voluntad de pago, ya que encapsula tanto el deseo como la capacidad de alcanzar la propiedad de cualquier bien en particular y éste se encuentra disponible para una transacción de mercado. Sin embargo, en el modelo de maximización de la riqueza, la capacidad de disfrutar del individuo no es tomada en cuenta.¹⁹² Así la teoría del utilitarismo se complica por dos factores: por un lado, no tiene límites claros y el utilitario no distingue entre los diferentes tipos de placer, refiriéndose a lo que en la teoría se ha llamado como el “problema de la conducta del monstruo”, en el cual, todo es valioso para alcanzar lo que produce placer. Posner critica el utilitarismo, pero lo hace más de una manera retórica que científica, y no logra diferenciarlo claramente de su propuesta de economía normativa.

También analiza las teorías de la autonomía personal (derechos individuales) frente al utilitarismo. Este punto de encuentro entre las dos posiciones opuestas se logra en las transacciones voluntarias de derechos, pues de alguna manera no intervienen con los derechos individuales de las partes, mientras que el intercambio promueve la máxima de buscar la utilidad. Sin embargo, el autor no analiza con detenimiento la situación de los derechos de la parte ofendida, y solo basa en su deseo de entrar en una negociación, ignorando variables tan importantes como el respeto a la libertad y los derechos individuales de la contraparte. El jurista no considera que esa negociación muchas veces se está llevando a cabo porque una de las partes (la afectada) no tiene la posibilidad de exigir el resarcimiento del daño en juicio, pues no comparte la misma fortaleza económica que su adversario en la Litis. Las reglas y las instituciones políticas, en este caso judiciales, vuelven a aparecer cuando el mecanismo de intercambio de voluntades falla.

Para el autor del AED, la maximización de la riqueza no adolece de las mismas debilidades estructurales que el utilitarismo, ya que solo divide a sus agentes económicos en relación a si están o no dispuestos a pagar por el derecho. Sin embargo, la maximización de la riqueza no necesariamente genera incentivos positivos, ya que probablemente puede conducir a razonamientos que justifiquen abusos, como sucede bajo los parámetros de la teoría del utilitarismo. En ambos modelos el egoísmo y la búsqueda del placer son los fines que mueven al mundo, pero la diferencia según Posner, en el caso de la maximización de la riqueza, es que

¹⁹² Por ejemplo ¿quién disfrutaría más de una casa, un sin techo o una persona que la adquiera?

ésta requiere tener riqueza, no solo la justificación de utilidad.¹⁹³ Lo que da las bases para una crítica mayor sobre la desigualdad en la capacidad económica de las partes.

La hipótesis de la maximización de la riqueza ha sido criticada por la comunidad académica tanto económica como jurídica, por su falta de rigurosidad científica, y por no haber logrado sustentarla como un fin en sí mismo, a pesar de los intentos del jurista.¹⁹⁴ La propuesta de combinar las teorías del utilitarismo con las de la supremacía de los derechos individuales, dejó sin convencer a la gran mayoría de los académicos legales y económicos.

En resumen, el jurista no logra diferenciar claramente su teoría de maximización de la riqueza del utilitarismo. En los ejemplos no se contempla la utilidad en todo su contexto, solo en la utilidad del que está dispuesto a pagar por ella y en los ejemplos no siempre se da una maximización del valor del mercado. Posner no justifica porque esta visión egoísta del individuo o la sociedad, donde el principal objetivo es la generación de riqueza es un modelo superior a otros modelos de desarrollo social más cooperativos. Las reflexiones parecen confirmar que Posner ve en su teoría de la maximización de la riqueza, no un instrumento para el desarrollo de la sociedad, sino el fin último de la misma.

1.4.6. La teoría no se enfoca en las implicaciones morales de la maximización de la riqueza
Para Posner la maximización de la riqueza es el objetivo primordial de la sociedad, inclusive llega llamarla “el principio moral de la sociedad”,¹⁹⁵ rechazando que la igualdad sea un objetivo, sino que lo considera simplemente una consecuencia (*incidental effect*). Posner escribió que bajo la maximización de la riqueza “la específica distribución de la riqueza es un mero producto de la distribución de los derechos... Una justa distribución de la riqueza no necesita ser postulada”.¹⁹⁶ Añadiendo que la distribución de la riqueza se transforma con el tiempo, por lo que distribución inicial de la riqueza no puede ser un determinante a largo plazo consistente con las políticas de maximización de la riqueza.

En su defensa argumenta que la teoría de la maximización de la riqueza es “neutral” en relación a la distribución de la riqueza,¹⁹⁷ y que la acumulación de la riqueza tiene un cierto grado de

¹⁹³ Posner. *Economics of Justice*. 67. Op. Cit. nota al pie 125.

¹⁹⁴ En otra posición Richard Esterlin propone que el efecto *relativo* de riqueza e ingreso es lo que produce felicidad, no el ingreso o la riqueza en términos *absolutos*. Véase Esterlin, Richard. “Does Money Buy Happiness?”. National Affairs. No. 30, 1973. Printed.

¹⁹⁵ Posner. *Economics of Justice*. 69 Op. Cit. nota al pie 125.

¹⁹⁶ *Ibidem*. 81.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

redistribución. Sin embargo, la polarización en la riqueza y la inequidad que genera disminuye la sensación de justicia y equidad. Generalmente esa inequidad tiende a crear grandes tensiones sociales. Su visión rompe con la idea básica de Juan Jacobo Rousseau del “contrato social” como elemento fundamental para vivir en paz en sociedad.¹⁹⁸

Posner defiende la vocación interesada por la búsqueda de la riqueza, escribiendo “la riqueza obtenida legalmente, se crea haciendo cosas para otras personas ofreciéndoles intercambios ventajosos. El individuo puede ser completamente egoísta pero no puede en una bien regulada economía de mercado, promover sus propios intereses sin beneficiarse él mismo y a otros”.¹⁹⁹ Lo cierto es que los intercambios a los que se refiere Posner en muchas de las ocasiones suelen ser ventajosos solo para una de las partes, ya que la otra se encuentra en una posición de desventaja al momento de la negociación y no necesariamente le va a reportar una ganancia, generando con ello una concentración cada vez mayor de la riqueza. La exitosa aplicación de esta norma es lo que realmente genera una importante acumulación de utilidades, y por consiguiente riqueza. Si su definición fuera universal todo el que presta servicios o comercializa bienes sería rico, y la sociedad en general se estaría beneficiando de los justos intercambios. Sin embargo, la evidencia muestra que solo aquellos que logran maximizar su utilidad, en contratos marcadamente ventajosos son los que logran acumular grandes capitales.

Paradójicamente en el libro *Economic of Justice*, no se aborda el concepto de la justicia, sino la acumulación de riqueza a través de la minimización costes. De hecho, su teoría es una alegoría sobre la fórmula menos costosa de adquirir los derechos de otro, sin darle un valor al daño causado. El libro no habla de la justicia sino del poder que da la riqueza para la compra de los derechos de otros a través de transacciones económicas. Es un libro que concibe la maximización de la riqueza sin beneficio de la sociedad y sin un sentido redistributivo, y que favorece a la acumulación de la riqueza a través de la compra o reasignación de derechos. Para el autor no solo es justificable sino recomendable para la actividad productiva buscar la maximización de su utilidad personal, ya que, de alguna forma no muy clara, su utilidad genera más riqueza. El modelo se niega a mirar la riqueza que pierde la víctima y la sociedad en su conjunto. Una sociedad que no limita la acumulación de la riqueza a través de la transacción ventajosa de derechos, podría conducir a grandes abusos, ejemplo de ello lo encontramos en la

¹⁹⁸ Ver los comentarios sobre el Contrato Social o el discurso sobre el Origen de la Desigualdad de los Hombres en Riley, Patrick ed. *The Cambridge Companion to Rousseau*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001. Printed.

¹⁹⁹ Posner. *Economics of Justice*. 83 Op. Cit. nota al pie 125.

historia, en la baja edad media conocida como la época oscura de la humanidad, donde se cometieron gran cantidad de abusos.

El utilitarismo sin límites del marco institucional y legal lleva al abuso. Posner llega inclusive a utilizar ejemplos conocidos como “conductas monstruosas” de la teoría del utilitarismo. Varios de los ejemplos expuestos por Posner aplicados a la teoría de maximización de riqueza, serían considerados al menos violaciones a los derechos de otros, como el que se refiere a los Nazis y la posibilidad de que hubiesen pagado a los judíos para que se exiliaran,²⁰⁰ la esclavización de los vagabundos,²⁰¹ o dejar morir de hambre a los discapacitados.²⁰² Por afirmaciones como estas se ha criticado a Posner de proponer una teoría utilitaria, que se presta a abusos y que adolece de todo sentido social.

Otra creencia en su obra es que la riqueza se derrama a los demás, y la sociedad se beneficia. Por lo que el impacto de un rico es mucho mayor para el desarrollo de la sociedad que el de un pobre, ya que el jurista opina que cada vez que un individuo hace un movimiento que genera riqueza a aquellos en su entorno se benefician. Por lo que se debe asumir que los individuos más ricos son aquellos que más beneficio aportan a la sociedad. Posner defiende los efectos positivos que produce la generación de riqueza que expande sus efectos sobre los demás (sic), y considera esto un “importante aspecto redistributivo de la maximización de la riqueza.”²⁰³ Sin embargo, la evidencia empírica muestra lo contrario, como en los últimos siglos la exagerada acumulación de riqueza de unos cuantos no se ha visto necesariamente reflejada en su entorno económico. En la actualidad existen números similares de billonarios provenientes de países pobres que las economías desarrolladas, y la tendencia crece rápidamente a favor de los súper ricos en las economías menos desarrolladas.

Thomas Piketty, en “El capital en el siglo XXI”, ha demostrado lo contrario a la hipótesis del beneficio general con la acumulación del capital, en un amplísimo análisis empírico de la economía occidental en los últimos 200 años, donde demuestra que la riqueza no necesariamente genera riqueza, que los activos se mantienen la mayor parte del tiempo estáticos, y que al prestarlos los rendimientos que generan se van principalmente al dueño del

²⁰⁰ *Ibidem.* 84-85.

²⁰¹ *Ibidem.* 85-86.

²⁰² *Ibidem.* 82.

²⁰³ *Ibidem.*

dinero que sigue acumulando riqueza sin ponerla en funcionamiento para beneficio de la sociedad.²⁰⁴

1.4.7. La Negociación: la asignación de derechos, la voluntad y capacidad de transferir derechos de propiedad

Posner pone de manifiesto que resultan plenamente aplicables los mecanismos de negociación, transacción y de externalidad que el AED utiliza para los supuestos de incumplimiento dentro del moderno derecho contractual.²⁰⁵

Al igual que Coase, este jurista considera que el mecanismo de negociación es el más adecuado para reasignar los derechos, pues por un lado respeta los derechos individuales pues las partes se enganchan libremente en la transacción de derechos, mientras que por otra esa transacción o intercambio promueve la búsqueda de la utilidad, sin afectar teóricamente los derechos individuales de las partes. El modelo es más aplicable para la prevención que para la resolución de los conflictos por externalidades y los ejemplos hacen referencia principalmente a asuntos de contingencia (vivir en la zona afectada) más que de aquellos resultados de la externalidad. Para prevenir hay que saber con antelación las consecuencias que la actividad tendrá en los terceros, y si no se acercaron de buena voluntad a negociar antes de causar el daño, que asegura que sin la intervención del Estado lo hagan una vez que ha sido causado si la norma se torna, según la teoría, irrelevante.

Cuando los mecanismos de libre transacción de derechos fracasan por tener un alto costo la negociación es entonces cuando las partes deberán acudir a la ley y solicitar la aplicación de la misma por las instituciones del Estado a fin de reasignar los derechos que han sido vulnerados por las externalidades.

1.4.8. La Reasignación de Derechos siguiendo a la Teoría de Coase

La tarea del juez es remodelar la estructura existente de los derechos de propiedad. Para Posner “la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles”.²⁰⁶ Si falla la norma y la negociación, entonces es el juez el quién decide. El juez debe reasignar derechos, pero con

²⁰⁴ Piketty, Thomas. *El Capital en el siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica: 2013. Impreso.

²⁰⁵ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 45–48. Op. Cit. nota al pie 52.

²⁰⁶ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

los valores de eficiencia económica y maximización de la riqueza, y no necesariamente con los principios generales del derecho.

Posner siguiendo a Coase nos dice que el objetivo del derecho debe ser económico, el de minimizar los costes de transacción: “El Derecho, en cuanto compete a la promoción de la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costos de transacción.”²⁰⁷

El rol del derecho además de defender los derechos de propiedad debe buscar minimizar los costes de transacción. El jurista sanciona:

(El derecho) debe defender claramente los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas cuando hay un incumplimiento de contrato. Los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costes de transacción del mercado.²⁰⁸

Siempre que los costes se mantengan bajos o nulos, como dice la teoría de Coase, la negociación será el mecanismo óptimo para resolver las externalidades, ya que es la fórmula de menor coste. En la transacción de los derechos de propiedad, aquel que valore más el derecho será aquel que esté dispuesto a pagar más por ese derecho.²⁰⁹ En esta fórmula no solo tiene que ver la voluntad sino también la capacidad de compra de los derechos. Aquel con mayor riqueza tendrá más capacidad y por lo tanto posibilidades de compra de los derechos de la contraparte.

Conforme la teoría de Posner, el derecho no solo debe incluir la ley sino también su aplicación a través de las resoluciones judiciales. El segundo corolario de Coase, de acuerdo a este autor se refiere a que cuando los costes de transacción sean altos, el rol del derecho debe “simular” la asignación de recursos en razón de quién los valore más.

El jurista explica que:

Si a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos; el Derecho debería simular la distribución de

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ibidem*.

recursos del mercado, asignando los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.²¹⁰

El rol del juez deberá ser el de “simular” la mano invisible del mercado, asignando los derechos de propiedad como lo hubiera hecho éste, lo que significa distribuyendo los recursos de la manera más eficiente. El razonamiento que debe guiar al juez en esta simulación debe ser la valoración de cuál de las partes valora más los derechos, sin importar el resarcimiento del daño, ni la responsabilidad civil.

Tanto para Posner como Coase, el juez debe asignar los derechos a quién lo valore más, ya sea en la negociación o en la resolución judicial. En los casos en que las partes no lleguen a un acuerdo (negociación), el juez deberá determinar quién valora más el derecho, no en términos de a quién le asiste éste o beneficia más (a la parte o la sociedad), sino en términos de cuál escenario tiene un menor coste. Para que se mantengan los costes al mínimo en la resolución judicial no debe de considerarse el resarcimiento del daño, pues esto cambiaría los costes radicalmente para el agente económico productivo y limitará las posibilidades para que las partes lleguen a un acuerdo antes de acudir ante el juez.

Posner critica las resoluciones judiciales de resarcimiento de daños para los casos de incumplimiento contractual como el que veremos en esta tesis, pues según el teórico del AED, se debe haber negociado primero un arreglo privado entre las partes. El énfasis en la reparación del daño para los casos de incumplimiento de contrato provoca que sea más fácil para las partes dejar de negociar.

Posner critica la importancia que se le da a la indemnización de los daños en el derecho, pues:

en un sistema de resarcimiento de daños que hace énfasis en la indemnización de los daños, hace que sea más fácil para las partes “retirarse” del contrato; pues una Corte no puede forzarlas a cumplir con sus deberes contractuales, y por lo tanto, debe compensar a la otra parte por las consecuencias que cause tal incumplimiento. En contraste, cuando la ejecución forzada es un remedio legal estándar para los casos de incumplimiento contractual, las partes no pueden retirarse del contrato sin haber negociado primero un arreglo con la otra parte.

²¹⁰ *Ibidem*.

Este acuerdo inducirá a esta última, a desistirse de la ejecución forzada y la necesidad de dicha negociación hará que sea más difícil incumplir el contrato.²¹¹

El jurista critica los criterios tradicionales de resarcimiento (la indemnización por daños y perjuicios) como remedio legal estándar para casos de incumplimiento de un contrato tanto en el *common law*, como en la tradición románico-germana. Primero propone que esta práctica solo sea utilizada por el juez cuando la propuesta privada de indemnización sea inadecuada.

La ejecución forzada (es decir, una orden, un mandato judicial por naturaleza, que obligue al infractor a cumplir con sus obligaciones según lo estipulado en el contrato) está disponible únicamente cuando la indemnización es inadecuada.²¹²

Bajo la metodología del AED cuando el juez interviene no se guiará por las máximas tradicionales del derecho, ni siquiera buscará el resarcimiento de los daños causados por la externalidad, solo se guiará por los principios económicos. Posner al igual que Coase, se opone a la intervención del Estado para resarcir los daños, aunque sea el remedio legal estándar en el *common law* y en la tradición romano-germánica.

1.4.9. La aplicabilidad del AED a los sistemas legales germánicos-romanos

En “El AED en el *common law*, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo”, Posner analiza los beneficios del movimiento del AED americano en el contexto del derecho estadounidense. El autor considera que los argumentos del valor de la metodología se pueden aplicar a los sistemas del derecho civil, “he estado discutiendo el Derecho estadounidense y el movimiento del AED estadounidense, no obstante, la mayoría de lo que he dicho es igualmente aplicable a los sistemas del Derecho civil”.²¹³

Su estudio sobre la aplicabilidad del modelo del AED sostiene que, pese a las marcadas diferencias entre ambos sistemas, los principios económicos y la teoría del coste-beneficio son adaptables para la elaboración y la función judicial al aplicar la norma tanto en el derecho civil como en el *common law*.²¹⁴

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Ibidem*.

Después de presentar el debate sobre la aplicabilidad de los razonamientos y métodos del AED al derecho romano-germánico (derecho civil), Posner concluye que, aunque son muy diferentes el *common law* y el derecho civil, pueden ser convergentes.²¹⁵

En su estudio se refiere al uso de la metodología del AED en los Estados Unidos. De acuerdo a Posner las resoluciones judiciales parecen confirmar el uso de la teoría económica positiva (AED) del *common law*. Este derecho de origen jurisprudencial pareciera revelar que los jueces en sus resoluciones judiciales buscan asignar eficientemente los recursos (aunque de manera inconscientemente), que van desde el derecho de propiedad, contractual, de asociaciones, de responsabilidad civil extracontractual, hasta el penal y procesal. Su reflexión es la siguiente:

un corolario de esta proposición es la teoría económica positiva del *common law* (es decir, el Derecho de origen jurisprudencial, que es distinto del Derecho legislativo, y que abarca importantes campos como el Derecho de propiedad, el Derecho contractual, asociaciones y responsabilidad civil extracontractual, al igual que la estructura básica del Derecho penal, procesal y de los remedios legales), que se entiende mejor como si los jueces, al desarrollar ese Derecho, hubiesen estado intentando conscientemente (lo cual no estaban haciendo) lograr una asignación eficiente de los recursos.²¹⁶

Posner está convencido de la rápida expansión que ha tenido la metodología del AED en el mundo. En “El AED, el *common law* y en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo”, narra cómo este movimiento se ha desarrollado alrededor del mundo. Asimismo, explica como el enfoque económico permite entender por igual el *common law* y el sistema romano-germánico, haciendo posible explicar sus diferencias y similitudes. Finalmente, Posner advierte cómo el AED puede ayudarnos a identificar qué cambios legales son necesarios en países en vías de desarrollo y su adecuada aplicación.²¹⁷

El AED está ampliando constantemente su espectro, abarcando nuevos ámbitos del derecho considerados no tradicionalmente como económicos, resaltando su relevancia en el derecho ambiental. No solo es una piedra fundamental para el sistema estadounidense en la dirección del libre mercado, del mismo modo es cada vez mayor su importancia en otras áreas del

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ *Ibidem*.

Derecho, tales como el medioambiental (en donde los derechos comerciables de emisiones llevan el sello distintivo del análisis económico del medioambiente).²¹⁸

Al respecto Posner escribió:

El “nuevo” AED abarca los campos del Derecho no comerciales o casi no comerciales, tales como el Derecho de responsabilidad civil extracontractual, Derecho de familia, Derecho penal, de libre expresión, Derecho procesal y teoría de la prueba, los procesos legislativos, Derecho internacional público, Derecho de privacidad, la regulación sobre salud y seguridad, las leyes que prohíben la discriminación en el empleo y las normas sociales vistas como una fuente de, como un obstáculo para, y como un sustituto del Derecho formal.²¹⁹

Posner no solo considera el método del AED como relevante para darle un mejor sentido social al derecho, sino como un instrumento fundamental para el desarrollo económico de los países. Para lo que explico que el AED es genuinamente internacional, y tiene tanta relevancia sobre el Derecho romano-germánico y los países en desarrollo como en los países del common law. De hecho, existe un movimiento del AED romano-germánico que se concentra en temas del régimen legal que son de particular importancia para los países en desarrollo.²²⁰

1.4.10. El sistema legal y su relevancia en el desarrollo económico

Posner resalta la importancia de un eficiente sistema legal como un instrumento fundamental para el desarrollo económico de los países, señalando al respecto:

El Análisis Económico del Derecho es genuinamente internacional, y tiene tanta relevancia sobre el Derecho romano-germánico y los países en desarrollo como en los países del *common law*. De hecho, existe un movimiento del AED romano-germánico que se concentra en temas del régimen legal que son de particular importancia para los países en desarrollo.²²¹

Para Posner la aplicación del AED tiene un impacto directo en el desarrollo de los países. El jurista asegura que, si una sociedad no puede pagar un buen sistema legal, muy probablemente

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*.

se traducirá en que ese país no dejará de ser pobre. Posner señaló: “un país pobre puede no estar listo para costear un buen sistema legal, pero sin un buen sistema legal puede ser que nunca llegue a ser lo suficientemente rico como para costear tal sistema”.²²²

El jurista argumenta que los países son pobres porque no aplican lo maximización de la riqueza en sus leyes y resoluciones judiciales. Posner considera que la forma de pensar en sociedades (países) que no promueven la maximización de la riqueza influye en su realidad socio-económica. Al respecto sostiene que “aquellas sociedades que rechazan más la teoría de la maximización de la riqueza tienden a ser por regular pobres y la gente pobre tiende a morir más en sociedades pobres que en sociedades ricas” insinuando que se debe a su forma de pensar.²²³

Para Posner los países en desarrollo se enfrentan a un dilema entre crear instituciones legales eficientes frente a la alternativa más sencilla de crear leyes eficientes, pues es más costoso y lleva más tiempo crear instituciones legales eficientes: “por tanto, podría argumentarse que debido a que es mucho más costoso y toma mucho más tiempo crear instituciones legales eficientes que promulgar normas eficientes para que sean administradas por las instituciones ineficientes, la reforma debiera concentrarse en esto último”.²²⁴

El objetivo de todo país si quiere tener desarrollo y progreso es contar con un sistema legal eficiente “para desarrollar un sistema legal eficiente existen dos posibles caminos: a través de promulgar leyes eficientes o desarrollar instituciones eficientes. La creación de normas es más sencilla y representa costes insignificantes, mientras que el desarrollo de las instituciones legales requiere un alto costo de capacitación”.²²⁵

Sin embargo, consolidar un sistema legal eficiente tiene un coste, y se puede realizar de dos formas: crear instituciones o promulgar leyes. Al respecto Posner escribe: “La creación y diseminación de una regla supone pequeños costos fijos y (al igual que otros bienes de información) costos marginales insignificantes, mientras que las instituciones legales requieren una gran cantidad de trabajo capacitado de alto costo.”²²⁶

²²² *Ibidem*.

²²³ Posner, Richard. “A Reply to Some Criticisms of Efficiency of the Efficiency Theory of the Common Law”. *Hofstra Law Review* 9. 1981: 791. Printed.

²²⁴ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ *Ibidem*.

Para el Poder Judicial las reglas claras tienen importantes consecuencias al momento de resolver las externalidades:

la relativa simplicidad de las reglas, en comparación con los estándares, tiene dos consecuencias para el tipo de Poder Judicial débil, común en los países en desarrollo. La aplicación de las reglas hace que la demanda de tiempo y competencia de los jueces sea menor y es, por lo tanto, más barato y más probable que sea exacta. Las reglas también facilitan el control de los jueces y reducen así la probabilidad de sobornos y la influencia de los políticos en los procesos judiciales. Cuanta menos discreción tiene un juez para tomar decisiones, tanto más fácil será para los observadores determinar si la decisión que ha tomado para un caso es contraria a la ley o si favorece sistemáticamente a una clase o grupo de litigantes sobre otro.²²⁷

Este reconocimiento de la simplicidad de la norma, es un reconocimiento intrínseco al sistema legal civil que otorga menor discreción a los jueces para interpretar la norma; aunque Posner lo relacione con un sistema más apto para las naciones en vías de desarrollo y sistemas legales no desarrollados.

Frente a la necesidad de crear un sistema legal eficiente con instituciones legales que promuevan y faciliten el desarrollo del sistema capitalista, se debe contar también con reglas claras tanto para los actores, como para los jueces que guíen sus razonamientos al momento de rendir sus fallos judiciales. Estas reglas claras para el sistema judicial constituyen un instrumento muy útil para luchar contra la corrupción y la ineficiencia en los sistemas legales no desarrollados.

1.4.11. El poder de los jueces y su importancia en el desarrollo de los mercados

Posner defiende la presunción de Coase de que los jueces pueden objetivamente identificar y aplicar en sus resoluciones aquellas medidas que contribuyan a una mejor eficiencia económica. Argumentando que los jueces deberán tener el poder discrecional de seleccionar entre las medidas de corrección o prevención sopesando los costes y beneficios de sus decisiones.²²⁸

²²⁷ *Ibidem.*

²²⁸ *Ibidem.*

El poder judicial para Posner cada vez está más profesionalizado y toma decisiones aplicando reglas claramente establecidas, diseñadas para promover un planeamiento económico racional. Posner escribió:

El Derecho, según el análisis de Weber, participa en este proceso de modernización dejando atrás sus elementos supernaturales, carismáticos y discrecionales, y se vuelve cada vez más planeado, racional y burocrático –cada vez más un sistema en el cual funcionarios públicos desinteresados, quienes constituyen un Poder Judicial profesionalizado, resuelven disputas aplicando reglas claramente establecidas, diseñadas para promover un planeamiento económico racional de parte de los actores públicos y privados a hechos que estos funcionarios públicos averiguan también racionalmente.²²⁹

Cuando habla de las diferencias en los sistemas institucionales destaca la carrera judicial, como una gran diferencia entre el *common law* y el derecho continental, destacando la eficiencia de los jueces del sistema jurisprudencial. Posner subraya las diferencias en la carrera judicial: “las diferencias institucionales son profundas, y tienen que ver principalmente con las distintas estructuras de la carrera judicial en el *common law* (especialmente Estados Unidos) versus el Derecho continental, y la mayoría de los otros sistemas legales”.²³⁰

Según Posner los jueces anglosajones respaldan más los preceptos de la eficiencia económica en sus resoluciones, destacando que:

El contenido de las normas legales es tan importante como su forma y las normas del *common law* desarrolladas por jueces ingleses y estadounidenses pueden haber contenido preceptos que respaldaban más la eficiencia económica que las reglas de los países de tradición romano-germánica. La razón podría ser que los jueces ingleses y estadounidenses son seleccionados entre quienes ejercen el Derecho (o, en el caso de Estados Unidos, entre los que enseñan Derecho) y son, por lo tanto, más prácticos que sus contrapartes que siguen la carrera judicial de los sistemas de tradición romano-germánica.²³¹

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ *Ibidem*.

Por último, señala que, aunque los jueces anglosajones sean más propensos a defender los preceptos del AED, la teoría es aplicable para ambos sistemas, donde los criterios se pueden aplicar igualmente.

Un requisito fundamental para tener un sistema legal eficiente que promueva los valores del capitalismo es que los jueces sean imparciales. Sin embargo, a pesar de su férrea defensa al capitalismo, requieren de no beneficiar a una clase en particular.

Posner comenta que:

no obstante, los jueces no tienen que ser alentadores del capitalismo. Ellos deben hacer cumplir las normas de la ley sin importar las consecuencias para las personas y las actividades comprendidas dentro de los casos en los cuales ellos tienen que tomar una decisión. Esta neutralidad, no solo con respecto al valor personal tal como en el concepto de justicia correctiva de Aristóteles sino también respecto a la ideología, es importante para realzar el carácter predecible de la ley –y es su carácter predecible, principalmente, lo que Weber pensó que los capitalistas necesitaban del marco legal–, y también para tranquilizar a las clases potencialmente inquietas de la sociedad respecto a que la ley no favorece a una clase particular.²³²

Para que los sistemas legales cuenten con jueces éticos y profesionales, Posner sugiere una serie de medidas para reducir la incompetencia judicial y la corrupción:

(i) Reservar una compensación judicial generosa en forma de pensión que se pierde, si el juez es removido de su cargo por incompetencia o corrupción. Esto puede generar un incentivo importante para que aparte de la conducta nociva.

(ii) Hacer que los jueces resuelvan en tribunales (grupo colegiado) o utilizando el sistema de jurados, para disminuir la corrupción aumentando la probabilidad de que se descubra si aceptan sobornos, por denuncia de alguno de los colegiados.

²³² *Ibidem*.

(iii) Reducir las penas para poder reducir la ganancia de sobornar a los jueces y a otros funcionarios a fin de que no las impongan con el propósito de sobornar a otros.

(iv) Priorizar y crear cortes especializadas para los temas sensibles del país. Si esta se dedica a temas puramente económicos, Posner confía en que las autoridades políticas le otorgarán autonomía, pues entenderán cuanto puede hacer esa institución por la nación.²³³

1.4.12. El AED como mecanismo óptimo para la resolución de externalidades y su utilidad en el marco del derecho

Para Posner el método del AED ofrece mecanismos óptimos para la resolución de externalidades. Asimismo con los métodos del AED se pueden explicar las leyes, así como mejorar la aplicación de la ley cuando los jueces utilicen los razonamientos de eficiencia económica y la maximización de la riqueza en sus sentencias judiciales.²³⁴ Posner considera que “resultan plenamente aplicables los mecanismos de negociación, transacción y de externalidad que el AED utiliza para los supuestos de incumplimiento dentro del moderno derecho contractual”.²³⁵

Sostiene que, para los supuestos de incumplimiento del derecho contractual, “los mecanismos que ofrece el AED como la negociación (transacción voluntaria de derechos) resultan plenamente aplicables para resolver los conflictos por externalidad”.²³⁶

Posner desarrolla ampliamente la utilidad que tiene el AED para el sistema legal, el cual aporta nuevos parámetros económicos para el diseño y aplicación de la ley, para entender mejor la utilidad social del derecho, hacerlo más predecible y racional, y sobre todo orientar la labor del juez para que analicen las consecuencias económicas de sus fallos y como estos afectan la marcha de los mercados.

De acuerdo a Posner el AED puede aportar los siguientes aspectos:

(i) Heurístico (método para aumentar el conocimiento) busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales.

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. Op. Cit. nota al pie 52.

²³⁵ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 45–48. Op. Cit. nota al pie 52.

²³⁶ *Ibidem*.

(ii) Descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones y las causas económicas del cambio legal.

(iii) Normativo, asesora a los jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho.²³⁷

Como método heurístico y descriptivo contribuye a entender y forjar la lógica económica en campos de estudio comerciales y no comerciales del derecho. Además de ser una herramienta útil para el estudio de las principales instituciones legales, incluyendo el juez y el proceso jurisdiccional. En este sentido Posner extiende al estudio del sujeto al decir: “también incluye el estudio de las principales instituciones legales, incluyendo juez y jurado, agencias reguladoras y legislaturas”.²³⁸

Sin embargo, su objetivo principal radica en su función normativa de generar una serie de criterios para los jueces que orienten sus decisiones judiciales. Señalando que:

Aunque el AED ha tenido su mayor impacto práctico en campos de regulación explícitamente económica, tal como el Derecho de la libre competencia y la regulación de los servicios públicos, en donde los analistas económicos han jugado un papel importante en la orientación del derecho.²³⁹

Según Posner el AED sirve para entender mejor la utilidad social del derecho, y la labor del juez. La metodología sirve para recordarles a los jueces y abogados, las consecuencias de sus acciones en la economía, sobre todo las adversas o costosas.

Las aportaciones del AED son:

(a) Hacer ver a los jueces y a los abogados los razonamientos económicos para el diseño y la aplicación de la ley, así como las consecuencias económicas (adversas o no) de sus acciones y resoluciones. Posner resalta que los que no son economistas (jueces, abogados, legisladores) no consideran los costes de sus acciones legales y al respecto escribió “Quienes no son economistas tienden a

²³⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

²³⁸ *Ibidem*.

²³⁹ *Ibidem*.

pasar por alto consecuencias, que generalmente –aunque no siempre– son adversas o, por lo menos, costosas.²⁴⁰

(b) El AED es un instrumento muy útil para avanzar en el entendimiento del sistema legal y la utilidad social del Derecho. “Los abogados deben dar la bienvenida a este uso de la economía, sobre todo aquellos quienes piensan que es importante descubrir cuáles son las verdaderas consecuencias de las doctrinas e instituciones legales, incluso aquellas doctrinas e instituciones que han logrado el estatus de vacas sagradas dentro de la profesión legal, y también los jueces quienes deben lidiar con una amplia gama de casos, no solamente comerciales, que presentan temas económicos. Del mismo modo, debe ser bienvenida por los profesores de Derecho, quienes buscan avanzar en el entendimiento del sistema legal, para estimular a sus alumnos y para crear el marco teórico que les permita comprender la unidad subyacente y la utilidad social del Derecho.²⁴¹

El espectro del AED se está continuamente ampliando para abarcar diferentes campos del derecho. De acuerdo a Posner el AED:

abarca no solo áreas que son de regulación económica explícita como la competencia, la tributación, la regulación de los servicios públicos, las finanzas corporativas, para incluir otros campos tales como la propiedad y el Derecho contractual, el Derecho previsional, las transacciones en el mercado de valores, el Derecho de reestructuración patrimonial, hasta áreas no comerciales o casi no comerciales, tales como el Derecho de responsabilidad civil extracontractual, Derecho de familia, Derecho penal, de libre expresión, Derecho procesal y teoría de la prueba, los procesos legislativos, Derecho internacional público, Derecho de privacidad, la regulación sobre salud y seguridad, las leyes que prohíben la discriminación en el empleo y las normas sociales vistas como una fuente de, como un obstáculo para, y como un sustituto del Derecho formal.²⁴²

En el siguiente capítulo se utilizarán las teorías del marco teórico para explicar el proceso de negociación previo a la disputa judicial en el caso de estudio de esta tesis.

²⁴⁰ *Ibidem.*

²⁴¹ *Ibidem.*

²⁴² *Ibidem.*

CAPÍTULO II

RESOLUCIÓN DE EXTERNALIDADES MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN

2.0. Introducción

Desde la perspectiva del AED, la negociación sin fricción constituye el instrumento óptimo y de mayor eficiencia económica para resolver externalidades, ya que mediante ella pueden lograrse acuerdos beneficiosos para las partes involucradas, evitando los costes de transacción, por lo que en este capítulo se analizará a detalle.

El estudio se centrará en una de las formas de resolución de los efectos externos que se presentan comúnmente durante la construcción de infraestructura estratégica del Estado. Para ello se utilizará como caso de análisis las externalidades surgidas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México y las negociaciones sostenidas a fin de resolverlas entre las empresas constructoras (Consortio) y el Gobierno del Distrito Federal (en lo subsecuente “GDF”).

El caso de estudio elegido resulta relevante debido a sus características y su importancia. La Línea 12 del Metro de la Ciudad de México es la obra de infraestructura de transporte público de mayor trascendencia que ha llevado a cabo el GDF en los últimos años. El presupuesto de casi 1,000 millones de euros²⁴³ destinados inicialmente por el GDF a la construcción de la obra, es evidencia clara de su relevancia. Asimismo, durante la construcción de la obra pública, se presentaron externalidades cuyo costo de resolución fue mayor a los 300 millones de euros²⁴⁴, lo que lo convierte en un ejemplo ideal para el análisis de las teorías del AED.

Existe evidencia que revela que las empresas constructoras y el GDF se sentaron a negociar la resolución de las externalidades presentadas en la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México en tres ocasiones, dos de manera privada y una ante la autoridad administrativa (Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal). Sin embargo, fueron incapaces de llegar a acuerdos de mutuo beneficio, lo que sorprende a la

²⁴³ La construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México se contrató en junio de 2008 por la cantidad de 15 mil 290 millones de pesos, los cuales según datos del Banco de México equivalían en junio de 2008 a 956 millones euros.

²⁴⁴ Como se explicará en el presente capítulo, existieron al menos tres diferentes valuaciones sobre el coste de la resolución de las externalidades, siendo ésta la mayor, por la cantidad de 4 mil 945 millones de pesos, equivalentes en junio de 2008 a 309 millones de euros según la paridad cambiaria reportada por el Banco de México.

luz del Teorema de Coase y las teorías de resolución de externalidades que se han desarrollado en base a éste. En este análisis se utilizará el estudio de Steven Shavell, contenido en su obra titulada “*Foundations of Economic Analysis of Law*”,²⁴⁵ el cual explica a detalle la teoría de Coase para la resolución de externalidades a través de la negociación.

2.0.1. Aplicabilidad del AED y su metodología al caso de estudio

En primera instancia parecería difícil aplicar teorías del AED al caso de estudio, ya que el derecho administrativo mexicano exige una estricta observación de las normas preestablecidas, siendo pocas y restringidas las facultades de negociación del ente gubernamental. Sin embargo, la evidencia empírica del proceso de negociación para resolver las externalidades, así como las características del proceso judicial, muestran que la metodología del AED es muy pertinente al caso.

Coase en su artículo “*The Problem of Social Cost*”²⁴⁶, origen de la metodología de AED, estudia resoluciones judiciales de conflictos entre particulares y, en menor medida, entre dos autoridades, sin que se contemplen casos mixtos (público-privado). Sin embargo, resulta aplicable el AED dado que la doctrina jurídica mexicana reconoce relaciones de coordinación entre el Estado y los particulares, en contraposición a las de supra-subordinación, e inclusive permite que, en los casos en que exista controversia entre las partes, sean los tribunales civiles y mercantiles los que la resuelvan. También se da autoridad a estos tribunales en los casos en que la norma administrativa carezca de claridad, lo que provoca en muchas de las ocasiones una reasignación de los derechos de propiedad, como lo sugiere la teoría del AED.

Las características del caso de estudio permiten la aplicación del AED, ya que dicho caso constituye un ejemplo claro de relación de coordinación entre el Estado y los particulares, durante la cual se presentaron externalidades que aumentaron los costes de las empresas constructoras, generando un conflicto entre las partes. El GDF y el Consorcio trataron de resolver dicho conflicto mediante la negociación, siendo que la misma concluyó sin éxito. Posteriormente, las partes acudieron ante los tribunales del orden civil y es ahí donde actualmente dirimen su controversia, la cual se centra en la reasignación de derechos de propiedad.

²⁴⁵ Shavell. Op. Cit. nota al pie 81.

²⁴⁶ Coase. *The problem*. Op. Cit. nota al pie 63.

Metodología:

Se analiza el caso de estudio aplicando la misma metodología utilizada por Coase en su artículo *“The Problem of Social Cost”*, la cual es replicada a su vez por Shavell en su obra. Dicha metodología consiste en analizar la externalidad asignándole valores hipotéticos a un número específico de factores, de manera tal que permita determinar qué solución es la que minimiza los costes y, supuestamente, maximiza la riqueza. Los factores que se consideran en este capítulo son los mismos que considera Coase en su artículo, y que son los siguientes: (i) valor del daño y (ii) coste de la prevención de la externalidad. El modelo de Coase, no considera otros factores como la reparación del daño causado o la utilidad generada por la actividad creadora de externalidades, los cuales son relevantes y están íntimamente relacionados a las externalidades, por lo que deberían ser considerados en la fórmula, tal y como se mostrará en este capítulo.

Como se señaló en el capítulo anterior, para Coase la asignación inicial de derechos es irrelevante, ya que las partes podrán reasignar dichos derechos mediante negociación. Sin embargo, sus ejemplos revelan que dicha asignación es considerada como punto de partida de las negociaciones y determinan en cada caso quien de las partes asumirá el costo de resolverla. La teoría del AED de resolución de externalidades es una teoría de reducción de costes, mediante la cual se pretende, en teoría, la “maximización de la riqueza”, por lo que no atiende a la distribución de las ganancias en una transacción, aunque señala que las negociaciones tendrán éxito cuando existan “acuerdos de mutuo beneficio”, ya que de lo contrario no podrán concretarse, siendo esto lo deseable.

Partiendo de lo anterior, se analizarán las negociaciones sostenidas por las partes en el caso de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México y las posibilidades de acuerdos de “mutuo beneficio”, conforme al modelo y variables señaladas por la teoría de Coase, con la intención de determinar la aplicabilidad del modelo, su utilidad para predecir el comportamiento de las partes que se enfrentan a las externalidades, sus efectos en la riqueza de las éstas y sus consecuencias en la sociedad.

2.0.2. Externalidades presentadas en el caso de estudio

Las externalidades que se presentaron en el caso de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México fueron numerosas y diversas. Algunas de ellas tuvieron impactos inmediatos, como lo fueron las molestias a los vecinos durante la construcción de la obra pública, mismas que en algunos casos provocaron la suspensión parcial de los trabajos; otras resultaron después de

concluida la obra, como lo fueron los daños estructurales a las viviendas adyacentes a la construcción de la obra en cuestión. Otra externalidad que tuvo efectos en el futuro fue la suspensión por motivos de seguridad de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, la cual se dio durante casi un año, y que conllevó a una disminución del bienestar social. En específico, se vio afectada la calidad de vida de los usuarios del servicio del metro, al tener que utilizar transportes alternativos de menor eficiencia, y en general de los habitantes de la metrópoli, ya que esto ocasionó mayor congestión vehicular y un aumento en la contaminación ambiental.

La suspensión de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México tuvo como origen las externalidades que se presentaron durante su construcción, ya que estas determinaron el trazo final de la obra, provocando que ciertas curvas del trayecto fuesen muy pronunciadas y produjesen un desgaste acelerado en las vías.²⁴⁷ El GDF tuvo que enfrentar graves consecuencias derivadas de la suspensión, ya que: (i) dejó de recaudar diariamente cerca de 2 millones de pesos (120,000 euros diarios); (ii) se vio forzado a destinar recursos adicionales a la obra con la finalidad de que fuese rehabilitada; y (iii) financió la contratación de una flotilla de autobuses que prestaran servicio gratuito a los 435 mil usuarios de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, a fin de mitigar parcialmente las externalidades generadas a la ciudadanía.²⁴⁸ El problema no terminó ahí, ya que al no existir alternativas viables para corregir el problema de fondo, lo única alternativa del GDF es rehabilitar periódicamente la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, lo que sumado al coste regular de mantenimiento supondrá un gasto anual muy superior al costo total de mantenimiento de las 11 líneas de metro restantes en la Ciudad de México.²⁴⁹

Lo anterior pone en duda la utilidad final de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, por lo que resulta de gran interés analizar las negociaciones entre las partes y los motivos por los que decidieron ejecutar obras tendientes a resolver las externalidades y concluir la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, sin que ello resolviese su controversia y generando graves externalidades en el futuro.

²⁴⁷ Véase estudio SYSTRA sobre la Línea 12 del Metro en “Fallas en diseño y operación en la Línea 12 del Metro: Systra”. *Obras Web*. 5 sep. 2014. Web. Consultado el 22 septiembre de 2015 <<http://www.obrasweb.mx/construccion/2014/09/05/fallas-en-operacion-y-diseno-en-linea-12-del-metro>>

²⁴⁸ Díaz. Op. Cit. nota al pie 78.

²⁴⁹ Véase Reporte de la Asamblea Del Distrito Federal, elaborado por la Comisión para conocer las razones que originaron la suspensión temporal del servicio en once estaciones de la línea doce del sistema de transporte colectivo metro. Ver “Informe que presenta la comisión de investigación, para conocer las razones que originaron la suspensión temporal del servicio en once estaciones de la Línea 12 del Sistema de Transporte Colectivo Metro”. *Informe Final Línea 12*. Web. Consultado el 15 enero 2015 <https://issuu.com/manuelferegino/docs/informe_final_linea_12>

2.0.3. Estructura del capítulo

Para una mejor comprensión del capítulo, éste se divide en tres partes: (i) el marco teórico que habla de la negociación como instrumento para la resolución de externalidades; (ii) los antecedentes del caso de estudio; y (iii) la aplicación de la metodología de la teoría de la negociación para resolver externalidades al caso concreto de la obra de infraestructura denominada Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

En la primera parte del capítulo se estudiará el marco teórico del conocido como “teorema de Coase”, para la resolución de externalidades, así como la elaboración más detallada que hace Shavell de este modelo de negociación sin fricción, analizando todos los supuestos para alcanzar acuerdos de mutuo beneficio. Se usarán otras teorías económicas complementarias que ayuden a una mejor comprensión del caso desde la visión del AED. En la segunda sección, titulada antecedentes, se expondrá el contrato de obra pública, la ley administrativa aplicable, las externalidades y las partes en disputa, así como un breve resumen de las tres negociaciones celebradas a lo largo de un periodo de casi tres años, las cuales tuvieron consecuencias importantes, aunque no lograron dirimir la controversia entre las partes. En la tercera sección se realiza el análisis detallado de estas tres negociaciones, como se suscriben a las teorías del AED y los autores en estudio; así como la efectividad de los modelos económicos propuestos por el AED para resolver las externalidades que se presentaron en el caso de estudio.

La parte de análisis sigue una estructura similar en cada sección que incluye un resumen de la negociación, las externalidades a resolver, los motivos de las partes para negociar, los objetivos a alcanzar con la negociación, las características, el proceso, el resultado y si aplican los supuestos de las teorías del AED así como las teorías complementarias.

(Primera Parte)

2.1. Marco Teórico aplicable a la Resolución de Externalidades mediante Negociación

Con la finalidad de determinar la vigencia y aplicabilidad de teorías pertenecientes al AED en el ámbito de la negociación, se utilizarán las siguientes teorías: (i) el teorema de Coase; (ii) la teoría de resolución de externalidades mediante negociación de Shavell; (iii) la teoría del principal y del agente expuestas por Pindyck y Rubinfeld, así como por Stiglitz; (iv) las teorías de aversión al riesgo y limitación de la discrecionalidad de los funcionarios públicos de Stiglitz; y finalmente (iv) la teoría de costes de transacción cuyo principal exponente es Coase, pero que elaboran en detalle Cooter y Ulen.

En un principio se analizará el denominado “teorema de Coase”²⁵⁰, el cual ha sido base de muchas teorías del AED. Dicho teorema se desprende del artículo titulado “*The Problem of Social Cost*”²⁵¹, publicado por el premio nobel de economía Ronald Coase. En dicho artículo Coase, al analizar casos de resoluciones judiciales británicas y americanas, expone de manera indirecta algunas de las características que deben de tener las negociaciones para alcanzar acuerdos que sean, de alguna forma, beneficiosos para las partes, pero más importante aún es que sean económicamente eficientes, conforme a su visión de este concepto económico.

Coase en contraposición a Pigou, critica la intervención del Estado afirmando que ésta no siempre es necesaria, siendo que en muchas de las ocasiones debe permitirse la externalidad, ya que mediante la negociación se logrará el óptimo social, siempre y cuando los costes de transacción sean reducidos. Asimismo, señala que para ello únicamente será necesario que los derechos de propiedad estén claramente establecidos y que puedan ser defendidos en los tribunales, sin importar cuál sea la distribución de dichos derechos.

Asimismo, Coase afirma que solo en aquellos casos en que el daño producido por la externalidad sea mayor al beneficio obtenido por la actividad generadora, tiene sentido la intervención del Estado prohibiendo la actividad, aunque mediante la negociación también se puede llegar a ese resultado.

²⁵⁰ Fue el economista Stigler quien denominó como “teorema” los razonamientos económicos detrás de los ejemplos sugeridos por Coase, para la resolución de externalidades mediante la negociación y la reasignación de derechos.

²⁵¹ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

Finalmente, cuando Coase habla de la resolución de externalidades a través de la negociación, define como “naturaleza recíproca” la corresponsabilidad de la víctima en la solución de la externalidad. Esta naturaleza recíproca provoca que tanto el causante como la víctima de la externalidad tengan interés en negociar, siendo el instrumento idóneo para alcanzar la maximización del producto social. Al contrario que la teoría jurídica, aquí resulta indiferente si el causante de la externalidad tiene o no responsabilidad por los daños causados ya que, para el razonamiento económico, en ambos casos se logrará mediante la negociación un resultado óptimo, el cual es mutuamente beneficioso para las partes, lo que en consecuencia maximiza el producto social.

Coase propone escenarios de resoluciones ficticias en las cuales, según su entender, se pudieron lograr acuerdos de mayor eficiencia económica mediante la negociación y la no la intervención del Estado (normas y jueces). En estos escenarios la asignación de derechos no es relevante, como tampoco lo es el resarcimiento de quien sufre un daño, puesto que en la mayoría de los casos solo existirá una compensación parcial, en aras de la supuesta eficiencia económica.

2.1.1. Teorema de Coase

Se conoce como “Teorema de Coase” al siguiente postulado:

Cuando las partes pueden negociar sin coste alguno y en beneficio mutuo, el resultado es eficiente, independientemente de cómo se especifiquen los derechos de propiedad.²⁵²

Tres temas resaltan de la teoría de Coase que requieren comprensión y análisis, el concepto de resolución social óptima, la negociación sin fricción como el mecanismo idóneo para resolver las externalidades y la irrelevancia en la asignación de derechos. Destaca de la teoría que los criterios jurídicos y la asignación original de derechos de propiedad son irrelevantes para la aplicación de la metodología de resolución de externalidades, siendo el objetivo principal reducir los costes al mínimo.²⁵³

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Ver resumen de teoría de costes de Coase en el Capítulo I.

a. La resolución óptima de externalidades

En presencia de efectos externos, Coase argumenta que mediante la negociación las partes pueden lograr la resolución óptima de externalidades (lo cual puede no implicar la desaparición total de la misma), así como un máximo nivel de bienestar.

Para ello es necesario que se cumplan dos condiciones: (i) que los derechos de propiedad estén definidos, sin importar cuál sea su asignación; y, (ii) que no existan costes de transacción o que estos sean mínimos.

b. Negociación sin fricción

Según Coase, la negociación sin fricción es el instrumento idóneo para la resolución de externalidades y la maximización del producto social. Las negociaciones se presentarán entre causante y víctima debido a la “naturaleza recíproca” de las externalidades.

Una negociación será exitosa cuando: (i) existan acuerdos de mutuo beneficio entre las partes, los cuales maximizarán el producto social; (ii) las partes cuenten con información completa; (iii) las partes tengan plena libertad de actuación; (iv) los derechos de propiedad estén definidos, sin importar su asignación, por lo que será irrelevante que el causante sea responsable o no de los daños causados por la externalidad.

La existencia de acuerdos de mutuo beneficio implica que las partes aumenten su utilidad personal cuando colaboran entre ellas, y la disminuyan cuando actúan de manera individual. Para que la negociación tenga éxito es necesario que las partes cuenten con información completa, ya que si existen asimetrías de información entre ellas es posible que no perciban los acuerdos de mutuo beneficio. Asimismo, en ocasiones los acuerdos de mutuo beneficio requieren una reasignación de derechos, por lo que las partes deben contar con plena libertad de actuación. Esto hace evidente que la asignación inicial de los derechos sea irrelevante, ya que las partes los reasignaran de la manera que sean más eficientes.

2.1.2. Teoría de Shavell sobre resolución de externalidades mediante negociación

Uno de los seguidores de la teoría de Coase, es el Profesor de Derecho de la Universidad de Harvard Steven Shavell, quién en su obra *“Foundations of Economic Analysis of Law”*²⁵⁴,

²⁵⁴ Shavell. Op. Cit. nota al pie 81.

analiza y desestructura cada uno de los argumentos y requisitos contenidos en el llamado “teorema de Coase”. A partir de dicho análisis desarrolla la teoría de resolución de externalidades mediante negociación, las cuales pueden resultar en acuerdos mutuamente beneficiosos, los cuales logren la maximización económica, conforme a una visión económica idealizada a la que denomina “*optimal social resolution*”, lo que implica que existirá una resolución óptima para la sociedad en tanto que no se limite ni se impida la capacidad de producción de bienes y servicios en favor de ésta, en virtud de posibles externalidades que la actividad genere. La resolución óptima infiere la no intervención del Estado como autoridad para resolver la externalidad, ya que es económicamente más eficiente resolverla a través de la transacción de los derechos de propiedad de las partes.

La teoría de Shavell para la resolución de externalidades mediante la negociación, se integra de 12 hipótesis que se resumen en tres grandes apartados: (i) requerimientos de la negociación para lograr acuerdos de mutuo beneficio; (ii) impedimentos para la negociación; y (iii) razones que pueden llevar al fracaso de la negociación.

A continuación, se describirá a detalle cada uno de las hipótesis que integran la teoría de Shavell para la resolución de externalidades mediante la negociación.

(i) Requerimientos de la negociación para lograr acuerdos de mutuo beneficio. Se compone de las siguientes hipótesis:

i. Los actos óptimos. Son aquellos que su utilidad es superior a sus efectos externos. De acuerdo a Shavell:

Resolución socialmente óptima de externalidades en un modelo simple. Considera un modelo en el cual el objetivo social es maximizar la suma de utilidades de las partes. Entonces es óptimo que un acto sea realizado si y solo si su utilidad para el actor junto con sus efectos externos sobre la utilidad de otros es, en total, positivo.²⁵⁵

²⁵⁵ *Ibidem.* 80.

Shavell en su obra “*Foundations of Economic Analysis of Law*”²⁵⁶ analiza ampliamente el tema de resolución de externalidades, señalando que solo es óptimo que un acto se lleve a cabo, siempre que su utilidad sea mayor que los efectos externos que causa.

En los ejemplos utilizados por Shavell para ejemplificar esta teoría se parte de un *status quo*, en donde solo se podrá alterar dicho estatus mediante un acto en el que su utilidad sea superior a sus efectos externos. Esto también ocurre con la obra pública, ya que el Estado decide modificar una realidad social determinada mejorándola mediante la construcción de infraestructura. Estos proyectos generan externalidades en terceros, no obstante, su utilidad suele ser muy superior e incluso los afectados serán beneficiados por la creación de infraestructura.

ii. Minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes. Conforme a la cual será eficiente que se tome la precaución (prevención) siempre que su coste sea inferior al daño potencial. *Contrario sensu*, será eficiente que se cause el daño cuando el coste de la precaución sea superior al daño potencial.

En este modelo, es deseable que el causante tome la precaución si y solo si su coste es menor que el daño que podría ser prevenido, para que reduzca al mínimo las pérdidas de las dos partes (o equivalentemente, maximice la suma de sus utilidades).²⁵⁷ Por lo tanto, si la instalación de un supresor de humo cuesta 30 y prevendría un daño de 50, sería óptimo instalarlo.²⁵⁸

iii. Reasignación de derechos para lograr la maximización del bienestar social. Para lograr la maximización bienestar social debe permitirse la reasignación de derechos cuando estos no conduzcan a un resultado óptimo. De acuerdo a Shavell al comentar sobre la naturaleza condicional del problema de la resolución socialmente óptima de efectos externos, nos dice:

Como es usualmente expresado, el problema de la óptima resolución de externalidades no es el mismo que el problema completo de maximización del bienestar social, ya que el problema de externalidad implica generalmente suposiciones implícitas sobre la asignación de los derechos de propiedad... Sin

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Ibidem*.

embargo una solución completa al problema de maximización del bienestar social no sería presumir que la asignación actual de los derechos de propiedad es óptima. En lugar de ello, la solución completa permitiría, entre otros elementos, una reasignación de los derechos de propiedad cuando esto fuese óptimo... Más generalmente, las posiciones de las partes que se ven afectadas por los efectos externos son determinadas por los supuestos relativos a toda una serie de derechos de propiedad; por lo tanto, la resolución óptima de los problemas de las externalidades, como usualmente se expresó, debe considerarse como un problema de maximización parcial de bienestar social.²⁵⁹

Asimismo, en relación con la maximización del bienestar social Shavell señala:

Maximización del bienestar social y la negociación sin fricción. Se desprende de la discusión anterior que la suma de las utilidades medida de bienestar social se maximizará mediante la negociación sin fricción a pesar de la presencia de externalidades. En concreto, si la suma de sus utilidades no se maximiza cuando las partes actúan en su propio interés, entonces existen acuerdos mutuamente beneficiosos que buscan cambios que maximicen la suma de sus utilidades, y estos acuerdos serán cerrados mediante la negociación sin fricción.²⁶⁰

Ahora bien, Shavell nos dice que resolver una externalidad aumenta el bienestar social, pero no necesariamente lo maximiza; porque la asignación de derechos condiciona la forma en que se va a resolver la externalidad.

iv. Negociación sin fricción. La negociación tendrá éxito siempre que exista un acuerdo mutuamente beneficioso.

La hipótesis de la negociación sin fricción: las concesiones se hacen siempre que exista un acuerdo mutuamente beneficioso. Nuestra hipótesis es que la negociación se llevará a cabo y que un acuerdo mutuamente beneficioso sobre las externalidades se concluirá siempre que exista tal acuerdo en principio.²⁶¹

²⁵⁹ *Ibidem.* 81.

²⁶⁰ *Ibidem.* 85-86.

²⁶¹ *Ibidem.* 83-84.

La teoría anterior es una versión del teorema de Coase, y afirma que existirá negociación y concluirá con éxito siempre que: (i) no exista fricción entre las partes, es decir la negociación presente bajos costes de transacción; y (ii) exista un acuerdo mutuamente beneficioso.

v. Incremento del tamaño del pastel. De acuerdo a Shavell para que un acuerdo sea mutuamente beneficioso debe incrementarse las utilidades de ambas partes.

Los acuerdos mutuamente beneficiosos existen siempre y cuando las utilidades de la suma de las partes puedan ser incrementadas... Tales acuerdos de mutuo beneficio generalmente existen entre el generador de una externalidad y la parte afectada siempre y cuando los acuerdos puedan incrementar la suma de sus utilidades pudiendo ser explicado cómo sigue. En sentido figurado, cuando un cambio incrementa la suma de las utilidades de las dos partes, se eleva el tamaño del pastel disponible para ser compartido por ellos. Y si el tamaño del pastel puede ser incrementado, evidentemente debe existir alguna forma de dividirlo que haga a cada una de las partes mejor de lo que hubieran sido con solo su rebanada del original, pastel de menor tamaño.²⁶²

vi. Asimilación de la pérdida. Desde la perspectiva de la teoría, no es necesario que la víctima de la externalidad sea resarcida en su daño, ya que esta experimentará un beneficio con la simple reducción de este. Es necesario recordar que el objetivo de la teoría es la “resolución de externalidades” lo que supone que la externalidad existe y generó un daño, por lo que las partes negociarán a fin de reducirlo y evitar daños futuros.²⁶³

Es decir, debe existir algún tipo de acuerdo entre el generador de la externalidad y la parte afectada bajo el cual cada uno se encuentre mejor.²⁶⁴

A efecto de clarificar la hipótesis anterior, resulta útil citar un ejemplo utilizado por Shavell al hablar de la negociación sin fricción:

²⁶² *Ibidem*. 84-85.

²⁶³ Resulta poco probable que los causantes y las víctimas se reúnan para evitar “posibles daños futuros”, ya que existen numerosas situaciones en las que no hay impedimento alguno para que las partes realicen este tipo de negociaciones y, sin embargo, esto no constituye una práctica común. Como lo dice el título de la teoría, está concebida para resolver externalidades, ya que una vez que se presenta el daño, las partes tienen incentivos para negociar con el objetivo de reducirlo y evitarlo en el futuro.

²⁶⁴ Shavell. 84-85. Op. Cit. nota al pie 81.

En la situación que involucra el supresor de humo, cada una de las partes estará mejor si el causante se compromete a tomar la precaución a un costo de 30 a cambio del pago de, digamos, 35 por la víctima; porque entonces la utilidad del causante será aumentada en 5 y la utilidad de la víctima se incrementará en 15 porque va a evitar el daño de los 50. Por lo tanto, nuestra hipótesis es que se hará tal acuerdo.²⁶⁵

Es claro que el ejemplo anterior no aborda la resolución de una externalidad, sino la prevención de la misma. Por otra parte, conforme a su razonamiento, se desprende que la víctima asume el posible daño futuro y, con base a esa nueva realidad, está dispuesta a negociar con el causante, siempre que ello le permita reducir el daño experimentado. La víctima sabe de antemano (y está conforme con ello) que la negociación no necesariamente le restituirá en su situación anterior a la externalidad, sino que solo podrá reducir el daño sufrido.

vii. La negociación sin fricción no siempre conduce a la maximización del bienestar social. Shavell hace una aclaración respecto a la negociación sin fricción, señalando que ésta no siempre conduce a la maximización del bienestar social ya que para ello se requiere que la riqueza esté distribuida de forma socialmente deseable.

La negociación sin fricción no necesariamente conduce a la maximización del bienestar social si la riqueza no está distribuida de una manera socialmente deseable. Suponga, por ejemplo, que una parte no posee la riqueza suficiente para pagar por un cambio socialmente deseable en el comportamiento de otra parte. Si la riqueza de la víctima del humo es menor que 30, no va a ser capaz de pagar al causante suficiente para inducirle a instalar el supresor de humo aunque esto es socialmente deseable. (Tenga en cuenta aquí que el resultado en el que la víctima padece el humo no está dominado por un acuerdo mutuamente beneficioso, porque no hay acuerdo posible que sea mejor a los ojos de las dos partes que el existente, la falta de la riqueza de la víctima hace que el resultado en el cual se paga el causante lo suficiente para comprar el supresor de humo inviable.)²⁶⁶

²⁶⁵ *Ibidem.* 84.

²⁶⁶ *Ibidem.* 85-86.

viii. La negociación sin fricción siempre incrementa el bienestar social. Shavell afirma que, aunque la negociación no maximice el bienestar social, siempre lo incrementa.

Incluso si la negociación no resulta en el bienestar social óptimo, sin embargo, la negociación solo puede mejorar el bienestar social al elevar el bienestar de las partes involucradas en la negociación (suponiendo que todas las partes afectadas por la externalidad participan en la negociación y comprender su naturaleza).²⁶⁷

Conforme el modelo teórico de Shavell, la negociación sin fricción conduce necesariamente a un aumento en el bienestar social, aunque en ocasiones el acuerdo tomado por las partes en la negociación no resulte en bienestar social óptimo. Sin embargo, para que se dé la negociación sin fricción se requiere que las partes cuenten con la riqueza suficiente para poder negociar, ya que de lo contrario los acuerdos mutuamente beneficiosos no podrán celebrarse.

ix. Términos establecidos en una relación contractual para resolver externalidades. Shavell señala que cuando las partes se encuentran en relaciones contractuales en curso generalmente establecen ciertos parámetros que les ayudan en la negociación.

Resolución de externalidades a través de la negociación. Es común que las partes suelen hacer negociaciones con el fin de resolver molestias u otras externalidades... Además, cierta evidencia experimental sugiere que, al menos cuando el número de partes es pequeño, las personas a menudo celebran acuerdos de beneficio mutuo para resolver problemas de externalidades. También es evidente que cuando las partes se encuentran en una relación contractual en curso, con frecuencia se incluyen términos en sus contratos para resolver las externalidades.²⁶⁸

(ii) Impedimentos para la negociación. Se integra de las siguientes hipótesis:

x. Factores que impiden la negociación. Shavell afirma que los acuerdos mutuamente beneficiosos pueden no darse si los costes de negociación superan a la utilidad esperada.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Ibidem*. 86-87.

Factores que explican por qué la negociación puede no ocurrir cuando existen acuerdos mutuamente beneficiosos. A nivel más general, la explicación de por qué la negociación puede no ocurrir (en oposición a ocurrir, pero luego no tener éxito) cuando existan acuerdos de mutuo beneficio es que los costos de negociación -incluyendo los costes de reunirse y el tiempo y esfuerzo dedicados al proceso de negociación en sí, son mayores que los beneficios esperados.²⁶⁹

xi. Factores que pueden tener un peso significativo para que se cristalicen las negociaciones. Shavell destaca los siguientes factores:

(a) Proximidad de las partes. Si las partes interesadas no están físicamente próximas, la negociación puede ser difícil de organizar.²⁷⁰

(b) Número de partes. Si el número de partes involucradas es grande, entonces su capacidad de estar todos juntos con el propósito de negociar puede ser pequeña, por dificultades de coordinación que tienden a aumentar con el número de partes. Además, la motivación de las partes para negociar puede disminuir a medida que su número aumenta... Este problema de parasitismo en los esfuerzos de los demás puede ser agudo si los beneficios que se pueden obtener de la negociación son individualmente pequeños.²⁷¹

(c) Falta de conocimiento de los efectos externos. Claramente, si una persona que podría sufrir una pérdida o experimentar un beneficio no tiene conocimiento previo de este, será poco probable que participe en la negociación.²⁷²

(d) Probabilidad de fracaso de la negociación. Si una de las partes cree que hay una probabilidad sustancial de que la negociación no conducirá a un resultado exitoso, entonces esto va a tender a disuadirlo de participar en la negociación desde el principio. (...si una parte está imperfectamente informada sobre los costes o beneficios de la otra parte, o si la otra parte tiene poca información sobre

²⁶⁹ *Ibidem.* 87.

²⁷⁰ *Ibidem.* 88.

²⁷¹ *Ibidem.*

²⁷² *Ibidem.*

los costes o beneficios de la primera parte, las posibilidades de fracaso para alcanzar un acuerdo en la negociación aumentan.)²⁷³

Será motivo de estudio del presente capítulo determinar si los factores anteriores se presentaron y si influyeron en la aparición de negociaciones entre las partes.

(iii) Razones que pueden llevar al fracaso de la negociación. La hipótesis alude a la asimetría de la información.

xii. Fracaso de las negociaciones por la asimetría de información. Shavell afirma que las negociaciones en las que existe la posibilidad de acuerdos de mutuo beneficio, solo pueden fracasar en virtud de información asimétrica.

Incluso si se produce la negociación y existe un acuerdo mutuamente beneficioso, puede que no sea alcanzado debido a la asimetría de la información. Suponga que la negociación ocurre, que el proceso de negociación no es costoso, y que existe un acuerdo mutuamente beneficioso. ¿Se llegará al acuerdo? Sabemos que de hecho el éxito no está garantizado, y como los economistas hacen hincapié, la explicación teórica involucra información asimétrica entre las partes que conduce a errores de cálculo en la negociación y a falta de acuerdo.²⁷⁴

La información asimétrica afectar cualquier aspecto relacionado a la negociación y ser la causa de ésta falle.

La imperfección de la información puede referirse no solo a costes de precaución... sino también a la magnitud de las externalidades y los costes de la negociación en sí mismos. Dichos costes no deben ser pasados por alto como fuente de fracaso de la negociación. Si, por ejemplo, una parte erróneamente piensa que el coste de negociación de la otra parte es bajo y que continuará en otra ronda, el primer lado podría no hacer una oferta suficientemente buena antes de que la segunda parte abandone. Inclusive, prácticamente cualquier tipo de

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*. 89-90.

asimetría de información puede producir una probabilidad de fracaso para negociar incluso cuando existen acuerdos mutuamente beneficiosos.²⁷⁵

2.1.3. Teorías Complementarias

a. Teoría de los problemas del principal y del agente. Conforme a la cual los agentes (directivos de empresas o de organismos públicos) en ocasiones actúan conforme a sus intereses personales y no de la empresa o el Estado.

La teoría del principal y del agente tiene su origen en la presencia de información asimétrica, tal y como lo refieren autores como Pindyck y Rubinfeld en su libro “Microeconomía”²⁷⁶, señalando que:

En la mayoría de las empresas los propietarios no pueden controlar todo lo que hacen los empleados: estos poseen más información que los propietarios. Esta asimetría de la información plantea el problema del principal y el agente.²⁷⁷

El problema del principal y del agente deriva de una relación de agencia entre las partes, la cual consiste en lo siguiente:

Existe una relación de agencia siempre que hay una relación en la que el bienestar de una persona depende de lo que haga otra. El agente es la persona que actúa y el principal es la persona a la que afecta la acción. Existe un problema del principal y el agente cuando los agentes tratan de alcanzar sus propios objetivos en lugar de los objetivos del principal.²⁷⁸

La teoría antes citada resulta relevante ya que en el caso de estudio elegido, las partes negociantes son personas morales, es decir son ficciones jurídicas creadas por voluntad de los accionistas, cuando se habla de las empresas constructoras; y de los ciudadanos, en el caso del GDF. Estas personas o entidades morales requieren de directivos y empleados (empresas) o de servidores públicos de diferentes niveles (GDF) para poder llevar a cabo los fines para los

²⁷⁵ *Ibidem.* 91.

²⁷⁶ Pindyck. Op. Cit. nota al pie 79.

²⁷⁷ *Ibidem.* 729.

²⁷⁸ *Ibidem.* 729-730.

cuales fueron creados en beneficio de los accionistas o ciudadanos, según sea el caso, lo que implica la existencia de una relación de agencia.

El problema del principal y del agente típicamente se aplica a empresas privadas en dónde existe una clara relación entre el propietario y sus empleados, sin embargo, el modelo se ha trasladado al ámbito público, constituyendo una herramienta para comprender ciertas conductas de los funcionarios públicos. Respecto de este tema se refiere Stiglitz en su obra “La Economía del Sector Público”.²⁷⁹ De acuerdo a Stiglitz:

El problema del principal y el agente es simplemente el conocido problema de cómo conseguir que una persona haga lo que otra quiere. En este caso, el problema es cómo pueden conseguir los ciudadanos (los “principales”) que sus empleados, los funcionarios públicos (los agentes), actúen en aras de sus intereses (en el sector privado, el problema es cómo consiguen los accionistas (los principales) que sus empleados, los directivos y los trabajadores de sus empresas (los agentes), actúen en interés de los accionistas).²⁸⁰

Cuando las partes de una negociación son personas morales, existe la posibilidad de que los problemas del principal y del agente interfieran en su actuar. Esta teoría ayudará a explicar algunas de las acciones emprendidas por las partes, ya que en ocasiones alguna de ellas actuará en contra de su propio beneficio. En ocasiones las acciones no racionales pueden explicarse en virtud de un problema del principal y del agente.

Los problemas que plantea el control de los empleados son especialmente graves en las grandes organizaciones y el problema que plantea el control de los directivos quizá sean tan grave en una gran empresa en la que no haya ningún gran accionista como en la empresa pública... Algunos sostienen que los directivos de las empresas públicas se comportan casi de la misma forma que los de las grandes empresas privadas. En ambos casos, gozan de un elevado grado de discrecionalidad, que les permite buscar su propio provecho, a menudo a costa del interés público (en el caso de las empresas públicas) o de los intereses de los accionistas (en el caso de las empresas privadas)²⁸¹

²⁷⁹ Stiglitz, Joseph E. *La economía del sector público*. 3ª ed. Barcelona: Ed. Antoni Bosch, 2000.

²⁸⁰ *Ibidem*. 234.

²⁸¹ *Ibidem*.

En el caso de estudio, varias de las empresas constructoras cuentan con grandes accionistas,²⁸² por lo que conforme a lo señalado por Stiglitz, el GDF podría enfrentar mayores problemas del principal y del agente ya que, en teoría, los directivos al frente de organismos públicos se comportan casi de la misma forma que los de las grandes empresas privadas en la que no exista ningún gran accionista.

En las grandes organizaciones, los problemas del principal y el agente nunca se resuelven totalmente. Las estructuras de incentivos -las recompensas por “buen” comportamiento (a menudo financieras) y los castigos por “mal” comportamiento (el despido)- constituyen el método más eficaz para ajustar los incentivos. Aunque tanto el sector público como el privado tienen problemas para idear incentivos que resuelvan totalmente los problemas de la agencia, estos problemas parecen enormes dentro del sector público, debido en parte a las restricciones sobre la forma en que los organismos públicos pueden compensar a sus empleados.²⁸³

Si los problemas del principal y del agente experimentados por los organismos públicos son equiparables a los sufridos en las grandes empresas sin accionistas mayoritarios, las limitaciones que sufre el Estado para poder corregirlos, como lo son los incentivos económicos y despidos, añaden una complicación extra al problema, lo que podría provocar que los servidores públicos frecuentemente persigan su interés personal en perjuicio de los intereses del Estado y la sociedad.

En contraposición, Pindyck y Rubinfeld a hablar del problema del principal y el agente en las empresas públicas opinan que éste puede ser controlado eficazmente, conforme a lo siguiente:

Aunque el sector público carece de algunas de las fuerzas del mercado que mantienen a raya a los directivos privados, los organismos públicos pueden ser controlados eficazmente. En primer lugar, a sus directivos les interesan no solo la dimensión (en términos presupuestarios del organismo público). De hecho, muchos eligen empleos públicos peor remunerados porque les preocupa el

²⁸² Véase en la segunda parte del presente capítulo titulado “Antecedentes”, el apartado de “Las partes negociantes”.

²⁸³ Stiglitz. 235-236. Op. Cit. nota al pie 273.

«interés público». En segundo lugar, los directivos de las empresas públicas están sometidos a los rigores del mercado de puestos de dirección, casi de la misma manera que los directivos de las empresas privadas. Si se observa que los directivos de las empresas públicas no persiguen los objetivos que deben, puede disminuir su capacidad para percibir un elevado sueldo en el futuro. En tercer lugar, el parlamento y otros organismos públicos desempeñan una función de supervisión. Por ejemplo, los tribunales de cuentas y las oficinas de gestión presupuestaria existentes en la mayoría de los países dedican una gran parte de sus esfuerzos a controlar a otros organismos.²⁸⁴

Ya sea que se acepte la visión de Stiglitz de que los problemas del principal y del agente en el sector público son tan graves como en las grandes empresas sin grandes accionistas, o por lo contrario se comparta la visión de Pindyck y Rubinfeld en el sentido de que los funcionarios públicos se encuentran sometidos a numerosos controles que ayudan a corregir eficazmente el problema del principal y del agente, lo cierto es que dicho problema nunca se corrige por completo ni en las empresas públicas, ni en las privadas, por lo que existe riesgo de que algunas acciones atiendan a los intereses particulares de las personas que intervengan en la negociación y no a los de las entidades a las que representan.

b. Teoría de la aversión al riesgo de los funcionarios públicos. Conforme a la cual, los funcionarios públicos temerosos de sanciones debido a errores, garantizan su actuar a través de procedimientos burocráticos.

Procedimientos burocráticos y aversión al riesgo... Un funcionario puede exonerarse de la responsabilidad de sus errores siguiendo determinados procedimientos burocráticos que garantizan que todas sus acciones son revisadas por otros. Aunque este proceso de toma de decisiones en equipo también reduce las posibilidades de que el funcionario pueda atribuirse los éxitos, parece que en general le sale a cuenta. Decimos que es reacio a tomar riesgos. Esta característica es la que explica, en parte, uno de los aspectos fundamentales de las burocracias: todo debe pasar por los cauces adecuados (papeleo).²⁸⁵

²⁸⁴ Pindyck. 733. Op. Cit. nota al pie 79.

²⁸⁵ Stiglitz. 236. Op. Cit. nota al pie 273.

Stiglitz analiza la aversión al riesgo que experimentan comúnmente los servidores públicos. Esta teoría resulta de gran utilidad para el estudio del caso concreto y contribuye a comprender el actuar de los funcionarios del GDF.

c. Teoría de limitación de la discrecionalidad de los funcionarios públicos. Conforme a lo cual la existencia de los procedimientos burocráticos que limitan la discrecionalidad del funcionario público se explica como una medida de precaución que asegure el empleo correcto de los recursos públicos.

La existencia general de unas rutinas establecidas que deben seguirse y que consisten en que todas las propuestas deben ser aprobadas por varias personas distintas también tiene un aspecto positivo; no se debe únicamente a que los funcionarios buscan su propio interés. Es una consecuencia natural de la relación fiduciaria entre los funcionarios del Estado y los fondos que reparten. Es decir, los funcionarios no gastan su propio dinero, sino recursos públicos. Generalmente se acepta que una persona debe tener más poder discrecional cuando gasta el dinero de otros que cuando gasta el suyo (sic). De nuevo, esto significa la necesidad de seguir ciertas rutinas que garantizan que los fondos no se gastan de acuerdo con los caprichos de una persona. También sirve para reducir las posibilidades de corrupción, ya que al ser muchas las personas que deben dar su aprobación, normalmente ninguna tiene poder para adjudicar un contrato por un precio superior al de mercado y recibir así una comisión.²⁸⁶

De lo anterior se desprende que los procedimientos burocráticos (procedimientos establecidos en la norma) son un instrumento importante para combatir el problema del principal y del agente, ya que de esta manera los principales (ciudadanos) buscan alinear los incentivos de los agentes (servidores públicos) a efecto de garantizar que los fondos públicos se gasten en beneficio de la sociedad y no conforme al interés particular de los funcionarios públicos.

d. Teoría que explica el fracaso de la negociación en virtud de elevados costes de transacción. Conforme a la cual diversos factores pueden afectar los costes de transacción para lograr un acuerdo mutuamente beneficioso entre las partes.

²⁸⁶ *Ibidem.*

Es necesario recordar que el teorema de Coase y por consecuencia la teoría para la resolución de externalidades mediante negociación de Shavell, parten del supuesto de que la negociación se presente sin fricción, es decir que las partes puedan negociar en escenarios dónde los costos de transacción son bajos, por lo que resulta relevante analizar los factores que pueden influir para aumentar dichos costes, ya que ello puede resultar en el fracaso de la negociación.

En este sentido Cooter y Ulen en su obra “*Law and Economics*”²⁸⁷ aseguran que para aplicar el teorema de Coase es necesario entender qué son los costos de transacción. Los autores los definen de la siguiente forma:

Los costos de transacción son los costes del intercambio. Un intercambio tiene tres pasos. Primero, una contraparte de intercambio debe de localizarse. Esto involucra encontrar a alguien que quiera comprar lo que estas vendiendo o vender lo que estás comprando. Segundo, el acuerdo debe ser alcanzado por los socios de intercambio. El intercambio es alcanzado a través de una negociación exitosa, que puede incluir la redacción de un convenio una vez alcanzado el acuerdo. Tercero, después de haber alcanzado una negociación, se debe hacer cumplir. El cumplimiento involucra monitorear la actuación de las partes y castigar las violaciones del acuerdo. Podríamos llamar a las tres formas de costos de transacción correspondientes a estos tres pasos de un intercambio: (i) los costos de búsqueda, (ii) costos de negociación y (iii) costos de cumplimiento.²⁸⁸

Cooter y Ulen se refieren a los costes de transacción como los costes del intercambio. En el caso de las negociaciones que resuelven externalidades, el intercambio consiste en las concesiones hechas por ambas partes (causante y víctima) a fin de lograr un acuerdo mutuamente beneficioso, que haga crecer el pastel a compartir y que les deje en una mejor posición a aquella que tenían previo inicio de la negociación.

Además de la clasificación general de costes de transacción citada anteriormente (costes de búsqueda, de negociación y cumplimiento), Cooter y Ulen describen los factores que pueden influir para incrementar dichos costes, resumiéndolos en la tabla siguiente:

²⁸⁷ Cooter y Ulen. Op. Cit. nota al pie 19.

²⁸⁸ *Ibidem*. 94.

Tabla 1: Factores que Afectan los Costos de Transacción

MENORES COSTOS DE TRANSACCIÓN	MAYORES COSTOS DE TRANSACCIÓN
1. Bien o servicio estandarizado	1. Bien o servicio único.
2. Derechos claros y sencillos	2. Derechos inciertos y complejos
3. Pocas partes	3. Muchas partes
4. Partes amistosas	4. Partes hostiles
5. Partes familiares	5. Partes no familiares
6. Comportamiento razonable	6. Comportamiento no razonable
7. Intercambio instantáneo	7. Intercambio retrasado
8. Sin contingencias	8. Numerosas contingencias
9. Bajos costos de supervisión	9. Altos costos de supervisión
10. Castigos baratos	10. Castigos costosos

Fuente: Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Law and Economics*, 5th ed., Boston: Pearson, Addison Wesley, 2008. 94. Impreso.

Los factores que aumentan los costes de transacción son explicados por Cooter y Ulen y otros autores de la siguiente forma:

Bien o servicio único.

Cooter y Ulen señalan que los costos de búsqueda de un bien o servicio aumentan si éste es único. Los autores señalan que: “los costos de búsqueda tienden a ser altos para productos o servicios únicos y bajos para bienes y servicios estandarizados”.²⁸⁹

Falta de claridad en los derechos de propiedad.

De acuerdo a Cooter y Ulen, es más probable que las partes negociantes lleguen a acuerdos de mutuo beneficio cuando los derechos de propiedad están claramente asignados.

Los negociantes son más propensos a cooperar cuando sus derechos están claros y menos propensos a estar de acuerdo cuando sus derechos son ambiguos. Puesto en términos más formales, los juegos de negociación son más fáciles de resolver cuando los valores en la amenaza son de conocimiento público. Los derechos de las partes son los que definen los valores de amenaza en las disputas legales. Una

²⁸⁹ *Ibidem*. 92.

de las implicaciones de este hallazgo es que la ley de propiedad debería favorecer criterios para que la determinación de la propiedad sea clara y simple.²⁹⁰

Respecto a este mismo tema Pindyck y Rubinfeld afirman que la negociación puede fracasar cuando los derechos de propiedad no están claramente especificados.

La negociación puede llevar tiempo y ser cara, sobre todo cuando los derechos de propiedad no están claramente especificados. En ese caso, ninguna de las dos partes está segura de lo dura que debe mostrarse en la negociación antes de que la otra acepte un acuerdo.²⁹¹

En el caso de estudio será importante determinar si los derechos de propiedad de las partes estaban claramente especificados, ya que constituye un factor importante en la negociación.

Múltiples partes.

Al respecto Cooter y Ulen señalan que, cuando la negociación involucre a más de dos partes, los costos de transacción se incrementarán.

La comunicación entre dos partes es generalmente barata, especialmente cuando están cerca uno del otro. Sin embargo, muchas negociaciones involucran tres o más partes. La negociación se hace más costosa y difícil conforme involucra a más partes, sobre todo si están dispersos uno del otro.²⁹²

Este factor también es considerado por Shavell en la hipótesis de los factores que pueden tener un peso significativo para que se cristalicen las negociaciones, señalando que un elevado número de partes puede impedir que la negociación se presente.

Hostilidad entre las partes negociantes.

La negociación puede verse obstaculizada si una o ambas partes sienten hostilidad por su contraria. Cooter y Ulen lo explican de la siguiente manera:

²⁹⁰ *Ibidem.* 93.

²⁹¹ Pindyck. 777. *Op. Cit.* nota al pie 79.

²⁹² Cooter y Ulen. 93. *Op. Cit.* nota al pie 19.

Otro obstáculo a la negociación es la hostilidad. Las partes en la controversia pueden tener preocupaciones emocionales que interfieran con un acuerdo racional, como cuando un divorcio es disputado amargamente. Personas que se odian a menudo no están de acuerdo sobre la división de los excedentes cooperativos, aunque todos los hechos relevantes sean de conocimiento público.²⁹³

Sin duda en el caso de resolución de externalidades, muchas de las negociaciones se presentarán existiendo hostilidad entre las partes. La víctima que ha sufrido el daño sentirá cierta hostilidad hacia el causante del mismo. No sería extraño encontrar víctimas que, teniendo recursos económicos suficientes, prefieran acudir a juicio exigiendo el resarcimiento del daño causado en vez de negociar con el causante, debido en parte a la hostilidad que sienten hacia él.

Comportamiento no razonable de las partes y falta de familiaridad.

Las negociaciones pueden fracasar cuando una o ambas partes ambicionan una distribución de la utilidad no razonable. Este tipo de comportamiento no razonable (vs comportamiento racional) en ocasiones puede explicarse por la falta de familiaridad de las partes.

Sin embargo, incluso sin hostilidad, la negociación puede ser costosa porque los negociadores pueden no comportarse razonablemente, por ejemplo, al presionar demasiado para su propio beneficio (a lo que los abogados se refieren como “*overreaching*” <ir más allá>). Un aspecto esencial de la negociación es formar una estrategia. En la formación de una estrategia de negociación, cada parte intenta anticipar cuánto el oponente concederá. Si las partes calculan mal la voluntad de la otra parte, cada uno se sorprenderá al encontrar que el otro no cede, y como resultado, pueden fallar las negociaciones. Errores de cálculo son probables cuando las partes no se conocen, cuando las diferencias culturales obscurecen la comunicación, o cuando las partes se comprometen a posiciones morales contradictorias sobre equidad.²⁹⁴

El concepto de comportamiento razonable está íntimamente ligado al de solución razonable. Cooter y Ulen afirman que los economistas han luchado con el hecho de que la racionalidad del interés propio parece no ser suficiente para determinar la distribución de los excedentes

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ *Ibidem*. 93-94.

cooperativos²⁹⁵ (en este caso la distribución de la utilidad generada por los acuerdos mutuamente beneficiosos). Desde el punto de vista de la racionalidad, cualquier distribución del excedente cooperativo tendría que ser aceptable para las partes negociantes, por lo que no importaría si una de ellas concentra casi la totalidad de la utilidad del acuerdo, siempre que la otra parte pudiera estar un poco mejor que su situación anterior al acuerdo. Sin embargo, la mayoría de las personas no aceptan una distribución de la utilidad que no sea equitativa desde el punto de vista moral, por lo que los acuerdos mutuamente beneficiosos a que se refiere Shavell, tendrían que ser soluciones razonables y no racionales, para que las negociaciones puedan concluir con éxito.²⁹⁶

Pindyck y Rubinfeld también abordan el tema del comportamiento no razonable, señalando que:

La negociación también puede fracasar incluso cuando la comunicación y la supervisión no tienen costes, si ambas partes creen que pueden conseguir mayores ventajas. Por ejemplo, una de ellas podría exigir una elevada proporción de las ganancias y negarse a negociar, suponiendo sin razón que la otra acabará cediendo.²⁹⁷

Numerosas contingencias que prever previo cumplimiento del acuerdo.

Cooter y Ulen señalan que los costos de llegar a un acuerdo pueden incrementarse cuando las partes tengan que prever múltiples contingencias que puedan afectar los valores de la negociación.

²⁹⁵ De acuerdo a Cooter and Ulen los economistas han tradicionalmente luchado con el hecho de que la racionalidad basada en el interés propio, no es suficiente para determinar la distribución de lo que llama superávit cooperativo. Es por ello que utilizan el término “solución razonable,” la cual evoca normas sociales en vez de solución racional. Véase *Ibidem*. 80.

²⁹⁶ El ejemplo citado por Cooter y Ulen en su obra “*Law and Economics*” es muy útil para comprender la diferencia entre solución razonable y solución racional, el cual se cita a continuación: “Suponga que de alguna manera Adam sabe que los excedentes cooperativos resultantes de un acuerdo entre él y Blair es \$1000. Sería perfectamente racional, que él dijese a Blair que le venderá el automóvil por \$3995. Y, además, él le explicaría porque ella debería aceptar ese precio, aun cuando dé a Adam \$995 del excedente cooperativo y \$5 a Blair: “si no aceptas ese precio, no haré negocios contigo, en cuyo caso te darás cuenta que \$0 es el valor de los excedentes cooperativos. Con el precio de \$3995, recibes \$5 de los excedentes cooperativos y que seguramente es mejor que nada”. Dejando a un lado todas las razones estratégicas por las que Blair podría negarse a esto (¿Adam realmente se iría de la negociación si ella se niega?), esta división del excedente cooperativo es perfectamente racional, pero puede no ser razonable. De hecho, experimentos cuidadosamente controlados han demostrado que la mayoría de la gente no aceptaría oferta de Adam, por racional que sea”. Véase *Ibidem*. 80.

²⁹⁷ Pindyck. 777-778. Op. Cit. nota al pie 79.

“Finalmente, las partes tal vez quieran redactar un acuerdo, y esto puede ser costoso porque deben anticiparse muchas contingencias que puedan surgir para cambiar el valor de la negociación”.²⁹⁸

Cumplimiento no inmediato del acuerdo, costos de supervisión y castigo por incumplimiento. Cuando el cumplimiento del acuerdo no se da de manera inmediata, se incrementan los costos de transacción, ya que se requiere supervisión y castigo en caso de incumplimiento.

Costes de cumplimiento, el tercer y último elemento de los costes de transacción, ocurren cuando un acuerdo tarda en cumplirse. Un acuerdo que no tarda en cumplirse no tiene costo de cumplimiento. Un ejemplo es el intercambio simultáneo, en el que te doy un dólar y tú me das una sandía. Para operaciones complejas, controlar el comportamiento y castigar las violaciones del acuerdo puede ser costoso... En general, costes de cumplimiento son bajos cuando las violaciones del acuerdo son fáciles de observar y el castigo es barato administrar.²⁹⁹

Las teorías antes citadas forman parte del AED y serán utilizadas a efecto de comprender lo sucedido en el caso de estudio. Asimismo, se analizará su aplicabilidad extrapolación con principios generales del derecho y la economía.

²⁹⁸ Cooter y Ulen. 93. Op. Cit. nota al pie 19.

²⁹⁹ *Ibidem.* 94.

(Segunda Parte)

2.2. Antecedentes

2.2.1. Las partes negociantes

El caso de estudio elegido versa sobre las externalidades surgidas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Estas externalidades afectaron de manera negativa a las empresas constructoras de la obra pública, quienes junto con el GDF buscaron la manera de resolver dichas resoluciones mediante la negociación.

Las empresas constructoras

La construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México estuvo a cargo del Consorcio integrado por tres empresas: (i) Ingenieros Civiles Asociados, S.A. de C.V. (en lo subsecuente “ICA”), (ii) Carso Infraestructura y Construcción, S.A. de C.V. (en lo subsecuente “Carso”), y (iii) Alstom Mexicana, S.A. de C.V. (en lo subsecuente “Alstom”).

La empresa líder del Consorcio fue ICA ya que fue ésta quien se encargó de la mayor parte de los trabajos y, en consecuencia, la que tenía mayor participación en las utilidades del proyecto de construcción. ICA está administrada por un consejo, cuyo presidente es el accionista principal de la empresa, el señor Bernardo Quintana.³⁰⁰ Por su parte Carso forma parte de un conglomerado de empresas cuyo principal accionista es el señor Carlos Slim, uno de los hombres más ricos del mundo según Forbes.³⁰¹ Finalmente, Alstom es una subsidiaria de la empresa europea del mismo nombre. Los intereses de las empresas integrantes del Consorcio estaban bien alineados, por lo que nombraron un representante común a fin de que éste defendiese sus intereses en las negociaciones.

³⁰⁰ Véase “Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado, para el año terminado el 31 de diciembre de 2015 realizado por Empresas ICA, S.A.B. de C.V. para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”. Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Web. Consultado el 2 mayo de 2015 <http://files.shareholder.com/downloads/AMDA-2AJCV9/2127510490x0x892455/4E800F52-D396-4321-A136-35BF2AA7581D/Reporte_Anuar_EMICA_SAB_de_CV_ejercicio_2015_VF.PDF>

³⁰¹ En el 2013 y 2014 Carlos Slim era el hombre más rico del mundo según la lista de Forbes, en el 2015 bajó a la segunda posición. Véase “Perfil Carlos Slim”. Revista Forbes. Web. Consultado el 22 sep. de 2015 <<http://www.forbes.com/forbes/welcome/?toURL=http://www.forbes.com/profile/carlos-slim-helu/&refURL=https://www.google.es/&referrer=https://www.google.es/>>

El GDF

El Distrito Federal (próximamente Gobierno de la Ciudad de México)³⁰² es una entidad federativa con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena capacidad para adquirir y poseer toda clase de bienes que le sean necesarios para la prestación de los servicios públicos a su cargo, y para el desarrollo de sus actividades y funciones. Su patrimonio y régimen jurídico se rige por leyes expedidas por la Asamblea Legislativa.³⁰³

La administración del Distrito Federal está a cargo del GDF, tal y como lo establece la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal. Asimismo, el GDF está encabezado por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1º, 2º y 8º, fracción II, del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.³⁰⁴

A su vez el Jefe de Gobierno del Distrito Federal se auxilia de diversas dependencias para el ejercicio de sus atribuciones, entre las que se encuentra la Secretaría de Obras y Servicios, tal y como lo establece el artículo 2, 12 y 15, fracción V, de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.³⁰⁵

Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal le corresponde, entre otros asuntos, definir y elaborar los proyectos de obra pública necesarios para el cumplimiento de los fines del Distrito Federal, así como de la contratación para la construcción de obras públicas, según lo establece el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal.³⁰⁶

Debido a la importancia y envergadura de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, el GDF consideró necesario crear un órgano desconcentrado que apoyara a la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal en todo lo referente a dicho proyecto, por lo que el 24 de abril

³⁰² A partir del 2017 pasará de ser un Distrito Federal a convertirse en un Estado Autónomo de la Federación Mexicana. Para ver el proyecto Constitucional de la Ciudad de México. Web véase “Proyecto de Constitución Política de la Ciudad de México”. Gaceta Cámara de Diputados. Web. Consultado el 18 julio de 2016 <gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/DOC/ProyectoConst15sep.pdf>. Véase también “Constitución espacio de encuentro”. Constitución CDMX. Web. Consultado el 18 julio de 2016 <www.constitucion.cdmx.gob.mx/>

³⁰³ Véase leyes del Gobierno del Distrito Federal en “Leyes”. ALDF. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Web. Consultado el 11 ago. 2015. <www.aldf.gob.mx/leyes-107-2.html>

³⁰⁴ Véase “Estatuto de Gobierno del Distrito Federal”. *Justia México*. Web. Consultado 11 ago. 2015. <<http://mexico.justia.com/federales/estatutos/estatuto-de-gobierno-del-distrito-federal/>>

³⁰⁵ Véase “Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal”. Secretaría de Seguridad Pública. Web. Consultado 11 ago. 2015. <http://www.ssp.df.gob.mx/documentos/seguridad_privada/LEY%20ORGANICA%20DE%20LA%20ADMIN.%20PUBLICA%20DEL%20DF%202015.pdf>

³⁰⁶ *Ibidem*

del 2009 se creó el órgano desconcentrado Proyecto Metro del Distrito Federal³⁰⁷ (en lo sucesivo “Proyecto Metro”). Dicho órgano desconcentrado fue quien representó al GDF en las negociaciones sostenida a fin de resolver las externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

2.2.2. Contrato de obra pública y leyes aplicables

Las externalidades que dieron motivo a las negociaciones sostenidas entre las partes, se presentaron durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, y en consecuencia afectaron la relación contractual existente entre el Consorcio y el GDF. Es por ello que resulta relevante analizar aquellas cláusulas contractuales que, en teoría, debieron definir el actuar de las partes al momento de negociar y proponer acuerdos de mutua conveniencia. De igual forma, la relación contractual existente entre el GDF y el Consorcio estaba regida por normas administrativas, en concreto, la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la cual también será analizada a continuación.³⁰⁸

a. Naturaleza jurídica del contrato de obra pública

El 17 de junio del 2008 el Consorcio y el GDF, actuando a través de la Secretaría de Obras y Servicios, celebraron el Contrato de Obra Pública a Precio Alzado y Tiempo Determinado No. 8.07 C0 01 T.2.022 (en lo sucesivo “Contrato de Obra Pública”) en su carácter de contratista y contratante, respectivamente.³⁰⁹

De lo anterior se desprende que el Contrato de Obra Pública se celebró bajo la modalidad de “precio alzado”. Los contratos de obra pública a precio alzado están regulados por las leyes

³⁰⁷ El 24 de abril del 2009 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el “Decreto por el que se adicionan diversas disposiciones del Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal” conforme al cual se creó el Proyecto Metro, otorgándole recursos humanos, materiales, técnicos y financieros para que pudiese llevar a cabo sus funciones. Dicho órgano desconcentrado se extinguió en el año 2014, una vez que se liquidó y finiquitó el contrato de obra pública mediante el cual se contrató la construcción de la Línea 12 del Metro. Véase “Gaceta Oficial”. CDMX. Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México. Web. Consultado el 15 ago. 2015. <www.cdmx.gob.mx/gobierno/gaceta>

³⁰⁸ Véase “Ley de Obras Públicas del Distrito Federal”. FIMEVIC. Fideicomiso para el Mejoramiento de las Vías de Comunicación del Distrito Federal. Web. Consultado 1 nov. 2014. <www.fimevic.df.gob.mx/documentos/transparencia/ley_local/LOPDF.pdf>; y “Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas”. Función Pública. Web. Consultado 5 nov. 2014. <www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/dgaop/normaop.htm>

³⁰⁹ Contrato de Obra Pública de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Solicitud de información realizada al Proyecto Metro del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. INFOMEX INFODF. Web. Consultado el 30 mar. 2014. <www.infomexdf.org.mx>

administrativas mexicanas, lo que implica que el Consorcio y el GDF se encuentran obligados a respetar ciertas características y limitaciones señaladas por dichas normas. En principio, el ordenamiento jurídico aplicable al Contrato de Obra Pública es la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal (ley local), misma que define los contratos de obra a precio alzado como aquellos que cuentan con un importe de pago total fijo, conforme a lo siguiente:

Ley de Obras Públicas del Distrito Federal (Ley Local):

Artículo 44.- Los contratos de obra pública para efectos de esta Ley, podrán ser de tres tipos:

...

II. A precio alzado, en cuyo caso el importe del pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por ministraciones que se establecerán en el contrato, en función de avances o actividades terminadas. Las propuestas que presenten los contratistas en este caso, tanto en los aspectos técnicos como económicos, deberán estar desglosados por actividades principales.

Los contratos a precio alzado no podrán ser modificados en monto o plazo, ni estarán sujetos a ajustes de costos.

Los proyectos integrales, siempre deberán contratarse a base de precio alzado.³¹⁰

Sin embargo, un punto de discusión entre las partes ha sido la aplicabilidad de esta ley, dado que la obra se financió parcialmente con recursos federales, lo que haría aplicable la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (ley federal). Lo cierto es que ambas leyes coinciden en las características y limitaciones del contrato a precio alzado, tal y como puede observarse a continuación:

Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (Ley Federal):³¹¹

Artículo 45. Las dependencias y entidades deberán incorporar en las convocatorias a las licitaciones, las modalidades de contratación que tiendan a garantizar al Estado las mejores condiciones en la ejecución de los trabajos, ajustándose a las condiciones de pago señaladas en este artículo.

³¹⁰ Ley de Obras Públicas del Distrito Federal. Op. Cit. 302.

³¹¹ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Op. Cit. nota al pie 302.

Las condiciones de pago en los contratos podrán pactarse conforme a lo siguiente:

...

II. A precio alzado, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.

Artículo 59...

Los contratos a precio alzado o la parte de los mixtos de esta naturaleza no podrán ser modificados en monto o en plazo, ni estarán sujetos a ajustes de costos.

Sin embargo, cuando con posterioridad a la adjudicación de un contrato a precio alzado o la parte de los mixtos de esta naturaleza, se presenten circunstancias económicas de tipo general que sean ajenas a la responsabilidad de las partes y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la proposición que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente; como son, entre otras: variaciones en la paridad cambiaria de la moneda o cambios en los precios nacionales o internacionales que provoquen directamente un aumento o reducción en los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados conforme al programa de ejecución; las dependencias y entidades deberán reconocer incrementos o requerir reducciones, de conformidad con las disposiciones que, en su caso, emita la Secretaría de la Función Pública.³¹²

Tanto de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, como de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se desprende que el contrato de obra pública a precio alzado tiene dos características esenciales: (i) no puede ser modificado en monto o plazo; y (ii) no puede ser sujeto a ajustes de costos (excepto cuando se presenten situaciones económicas de carácter general).

b. Obligaciones de las partes

Las principales obligaciones de las partes constituían: (i) la ejecución de los trabajos correspondientes a la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, a cargo del Consorcio; y (ii) el pago del precio establecido por dicha construcción, a cargo del GDF.

³¹² *Ibidem*.

En la cláusula primera del Contrato de Obra Pública se estableció su objeto y la obligación del Consorcio de ejecutar los trabajos correspondientes a la construcción de Línea 12 del Metro de la Ciudad de México,³¹³ conforme a lo siguiente:

Primera.- Objeto del Contrato:

“El GDF” encomienda a “EL CONTRATISTA” la realización de la obra pública consistente en el PROYECTO INTEGRAL A PRECIO ALZADO Y TIEMPO DETERMINADO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA 12 TLÁHUAC-MIXCOAC DEL SISTEMA DE TRANSPORTE COLECTIVO, COMPRENDIENDO LOS ESTUDIOS Y ANÁLISIS NECESARIOS; ANTEPROYECTOS; PROYECTOS EJECUTIVOS; CONSTRUCCIÓN; INSTALACIONES FIJAS; PRUEBAS; MARCHA EN VACÍO Y PUESTA EN SERVICIO; CAPACITACIÓN Y REQUERIMIENTOS DEL ORGANISMO OPERADOR, TENIENDO COMO TERMINACIÓN FINAL EN LAS ZONAS DE INTERTRAMOS Y ESTACIONES SUBTERRÁNEAS HASTA EL NIVEL DE CAJÓN IMPERMEABILIZADO y éste se obliga a realizarla hasta su total terminación y puesta en servicio, acatando para ello lo establecido por los diversos ordenamientos, normas y anexos señalados en las declaraciones del presente contrato.³¹⁴

Asimismo, conforme a la cláusula segunda se estableció que el monto total del Contrato de Obra Pública sería por la cantidad total de 15 mil 290 millones de pesos, equivalentes en junio de 2008 a 956 millones euros, conforme datos de Banco de México.³¹⁵

Segunda.- Monto del Contrato:

El monto del presente contrato es de \$15,290'000,000.00 (QUINCE MIL DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS 00/100 M.N.) más la cantidad de \$2,293'500,000.00 (DOS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS 00/100 M.N.) que corresponde al impuesto al valor agregado. El importe total del contrato es de

³¹³ Contrato de Obra Pública. Op. Cit. nota al pie. 303.

³¹⁴ *Ibidem*.

³¹⁵ *Ibidem*.

\$17,583'500,000.00 (DIECISIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS 00/100 M.N.).³¹⁶

Además de las obligaciones antes señaladas, existían otras de relevancia para la correcta ejecución del Contrato de Obra Pública. Una de las consecuencias de las externalidades que se presentaron durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México fue que imposibilitaron el cumplimiento de obligaciones a cargo del GDF, en específico la entrega de algunos de los predios necesarios para la construcción de la obra. Esta obligación está prevista en la cláusula cuarta del Contrato de Obra Pública

Cuarta.- Disponibilidad del Inmueble y Documentos Administrativos:

“EL GDF” se obliga a poner a disposición de “EL CONTRATISTA” el o los inmuebles y/o sitios en que deban llevarse a cabo los trabajos materia de este contrato, así como el plano general, croquis y antecedentes.³¹⁷

c. Modificación del proyecto de construcción

La imposibilidad de cumplir algunas de las obligaciones del Contrato de Obra Pública debido a la presencia de externalidades, hicieron necesaria la modificación del proyecto de construcción, por lo que al respecto resulta relevante la cláusula décima primera del Contrato de Obra Pública.

Décima Primera.- Modificación del proyecto y especificaciones:

“EL GDF” podrá modificar las especificaciones de este contrato, mediante comunicado por escrito a “EL CONTRATISTA”, las modificaciones se considerarán incorporadas al texto del contrato una vez que hayan sido acordadas por las partes por escrito y por lo tanto serán obligatorias para ambas partes, dentro de los límites de tiempo y costo, fijados en este contrato, en virtud de que el presente contrato no podrá ser modificado en monto o plazo de conformidad con el artículo 44 fracción II de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.

En el supuesto de que “EL CONTRATISTA” pretenda ejecutar o ejecute por su cuenta y riesgo trabajos extraordinarios, excedentes o complementarios no

³¹⁶ Ibidem.

³¹⁷ Ibidem.

considerados en el alcance original, “EL GDF” no tendrá obligación de pagar los mismos”.³¹⁸

Conforme a la cláusula antes citada, las partes de común acuerdo podían modificar el proyecto y las especificaciones del Contrato de Obra Pública siempre que se ajustará al tiempo y costo en él pactado. Es decir, la modificación del proyecto no podía representar un aumento en el monto del Contrato de Obra Pública, ya que esto contradice su naturaleza jurídica. Las palabras “pretenda ejecutar o ejecute por su cuenta y riesgo trabajos extraordinarios, excedentes o complementarios”, es uno de los principales argumentos en los que la parte demandante (el Consorcio) sustenta la acción judicial, y que se vincula con la falta de claridad en la norma o el contrato del AED, como se relatará posteriormente.

d. Terminación anticipada del contrato de obra pública

La cláusula décimo séptima del Contrato de Obra Pública contempla los casos en que éste puede ser suspendido y terminado de forma anticipada, entre los cuales se encuentra el de fuerza mayor. En este sentido, las externalidades que imposibilitan el cumplimiento de obligaciones contractuales, que a su vez impiden la ejecución de una obra pública en los términos en que fue contratada, sin duda alguna constituye un caso de fuerza mayor. A fin de dar mayor claridad a lo expuesto, se cita la cláusula en comento:

Décima Séptima.- Suspensión o Terminación Anticipada del Contrato:

I. “EL GDF” podrá suspender temporalmente en todo o en parte este contrato y el pago consecuente, en cualquier momento y por causas justificadas, o por razones de interés general, caso fortuito y fuerza mayor sin que ello implique su terminación definitiva y lo comunicará por escrito con 5 (cinco) días calendario de anticipación a “EL CONTRATISTA”.

“EL CONTRATISTA” podrá por las mismas causas suspender los trabajos, debiendo dar aviso por escrito de inmediato a “EL GDF”, a fin de que ésta en un plazo de 20 (veinte) días hábiles resuelva respecto de la procedencia de la suspensión, avisando por escrito a “EL CONTRATISTA”, y en su caso tratar de solucionar las causas de la suspensión.

³¹⁸ *Ibidem*.

En ambos casos para la suspensión o terminación anticipada del contrato se estará a lo dispuesto por los artículos 27 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal; 71, 72, 73 y 74 de su Reglamento.

Una vez desaparecidas las causas de la suspensión, las partes podrán celebrar convenio a fin de reprogramar los trabajos en caso de que proceda conforme a la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, debiendo levantarse acta circunstanciada en la que se haga constar el estado que guardan los trabajos hasta esa fecha.

II. Asimismo “EL GDF” podrá dar por terminado anticipadamente este contrato por causas de interés general, caso fortuito o fuerza mayor y cuando la Administración Pública lo considere conveniente a sus intereses, debiendo comunicarlo a “EL CONTRATISTA” por escrito, a fin de que interrumpa los trabajos y acuda a finiquitar el contrato respectivo, cuando ocurran razones de interés general, existan causas justificadas que impidan la continuación de los trabajos y se demuestre que de continuar con las obligaciones pactadas se ocasionaría un daño o perjuicio al Estado, o bien no sea posible determinar la temporalidad de la suspensión de los trabajos objeto de este contrato.

“EL CONTRATISTA” únicamente podrá solicitar la terminación anticipada del contrato cuando previamente hubiere existido una suspensión debidamente justificada. Dicha solicitud de terminación deberá efectuarse por escrito a “EL GDF”, la cual en un plazo de 20 (veinte) días hábiles deberá manifestarse al respecto, comunicando por escrito a “EL CONTRATISTA” su determinación, de conformidad con los artículos 71, 72, 73 y 74 del Reglamento de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.³¹⁹

De lo anterior se desprende que tanto el GDF como el Consorcio podían solicitar la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública en virtud de las externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, las cuales imposibilitaron el cumplimiento de ciertas obligaciones a cargo del GDF.

³¹⁹ *Ibidem.*

e. Conciliación en caso de controversia entre las partes

La Ley de Obras Públicas del Distrito Federal en su artículo 46 prevé las características mínimas que deben contener los contratos de obra pública. Dicho artículo, en su fracción XIII, contempla que las partes deben pactar algún procedimiento que les permita conciliar sus diferencias, cuando éstas sean de carácter técnico o administrativo.

Artículo 46.- Los contratos de obra pública contendrán como mínimo, las declaraciones y cláusulas referentes a:

...

XIII. Los procedimientos mediante los cuales las partes entre sí resolverán controversias futuras que pudieran versar sobre problemas específicos de carácter técnico o administrativo.³²⁰

En cumplimiento a la disposición legal antes señalada, las partes pactaron en la cláusula décimo novena del Contrato de Obra Pública que, a efecto de resolver posibles controversias, procederían conforme lo señalado en la Sección 8 de las Políticas Administrativas, Bases y Lineamientos en Materia de Obra Pública.

Décimo Novena.- Resolución de Posibles Controversias:

Para resolver posibles controversias entre “EL GDF” y “EL CONTRATISTA” por problemas que surjan de carácter técnico o administrativo, se procederá de acuerdo a lo señalado en la Sección 8 de las Políticas Administrativas, Bases y Lineamientos en Materia de Obra Pública y demás disposiciones jurídicas que al respecto regulan la Administración Pública del Distrito Federal.³²¹

La Sección 8 de las Políticas Administrativas, Bases y Lineamientos en Materia de Obra Pública, contempla un procedimiento mediante el cual la parte inconforme acude ante la supervisión de la obra y le hace conocer su reclamo con la intención de que sea analizado y se determine si es o no procedente. Si se determina procedente, la supervisión de obra elabora una propuesta de solución, misma que hace del conocimiento de las partes, las cuales son libres de

³²⁰ Ley de Obras Públicas del Distrito Federal. Op. Cit. nota al pie 302.

³²¹ Contrato de Obra Pública. Op. Cit. nota al pie. 303.

aplicar o no. Si la controversia no se soluciona en esta primera etapa de conciliación, las partes pueden acudir ante la Contraloría Interna que corresponda a conciliar su controversia.³²²

El procedimiento conciliatorio celebrado ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal está regulado por el artículo 80 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal. Dicho artículo establece ciertos requisitos para que el procedimiento conciliatorio pueda llevarse a cabo, así como para que las partes puedan llegar a acuerdos que den solución a su controversia.

Solicitud de conciliación.

Corresponde a la contratista solicitar la conciliación ante el Órgano Interno de Control que corresponda, cuando existan discrepancias motivadas por aspectos de carácter técnico o administrativo. La solicitud debe cumplir con ciertos requisitos, mismos que se citan a continuación:

Artículo 80.- Cuando existan discrepancias que se susciten con motivo de la interpretación en la aplicación de las bases del concurso, cláusulas del contrato o cualquier otro documento o condición que rijan las condiciones de pago del contrato, motivados por aspectos de carácter técnico o administrativo, los contratistas podrán solicitar la conciliación ante el órgano interno de control correspondiente, la que se llevará a cabo de conformidad con el siguiente procedimiento:

- a) El Contratista deberá presentar escrito dentro de los siguientes diez días hábiles, contados a partir de aquel en que se notifique o ponga en conocimiento de los hechos motivo de su discrepancia.

- b) El escrito expondrá las fechas y los hechos motivo de la discrepancia, anexando los soportes numéricos, así como las referencias de Ley, del

³²² Sección 8 de las Políticas Administrativas, Bases y Lineamientos en Materia de Obra Pública publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha siete de noviembre de dos mil. Véase “Políticas Administrativas, Bases y Lineamientos en Materia de Obra Pública”. *FIMEVIC*. Fideicomiso para el Mejoramiento de las Vías de Comunicación del Distrito Federal. Web. Consultado 10 feb. 2014. <www.fimevic.df.gob.mx/documentos/transparencia/politicas/politicas_administrativas_bases_y_lineamientos_2001.pdf>

Reglamento, de las Políticas, y si son necesarias de las Normas de Construcción, circulares, acuerdos, y referencias de contrato, correspondientes.³²³

Procedencia de la conciliación.

Corresponde al Órgano Interno de Control determinar si la solicitud de conciliación hecha por la contratista es procedente o improcedente, conforme a lo siguiente:

c) Una vez recibido el escrito, el órgano interno de control correspondiente, determinará la procedencia o improcedencia de la solicitud de conciliación, de ser procedente, hará del conocimiento de las dependencias, órganos desconcentrados, delegaciones y entidades y, en su caso, del contratista de supervisión, el inicio del procedimiento de conciliación, acompañando copia de la petición, así como de los anexos presentados por el contratista, para que en un plazo no mayor de diez días hábiles, contados a partir de la notificación, manifiesten lo que a su derecho convenga y exhiban los documentos que sustenten sus manifestaciones.³²⁴

Audiencia de conciliación.

Corresponde al Órgano Interno de Control citar a las partes a una audiencia de conciliación, a fin de que expongan sus discrepancias.

d) Recibidas las manifestaciones de las dependencias, órganos desconcentrados, delegaciones y entidades y, en su caso, del contratista de supervisión, el órgano interno de control señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia de conciliación y citará a las partes. Dicha audiencia se deberá celebrar dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción de las manifestaciones de la autoridad.

e) La audiencia de conciliación podrá realizarse en varias sesiones, para ello, el órgano interno de control correspondiente, señalará los días y horas para que tengan verificativo. El procedimiento de conciliación deberá agotarse en un plazo no mayor de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en que se celebró la primera sesión.

³²³ Ley de Obras Públicas del Distrito Federal. Op. Cit. nota al pie 302.

³²⁴ *Ibidem*.

f) La asistencia a la audiencia de conciliación será obligatoria para las partes. La inasistencia del contratista a cualquiera de las sesiones en que se desarrolle la audiencia, se entenderá como falta de interés en la conciliación, por lo que el órgano interno de control correspondiente, tendrá por concluido el procedimiento.³²⁵

Exhortación a conciliar.

Una vez determinada los puntos sobre los que versa la controversia, el Órgano Interno de Control exhortará a las partes a conciliar sus intereses, es decir a negociar acuerdos para resolver el conflicto.

g) En la audiencia de conciliación, el órgano interno de control correspondiente, atendiendo a los argumentos expuestos por las partes y tomando en cuenta (sic) los soportes documentales exhibidos, determinará los elementos comunes y los puntos de controversia y exhortará a las partes para conciliar sus intereses, conforme a las disposiciones de esta Ley, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado.

h) De cada sesión de la audiencia de conciliación, deberá levantarse acta circunstanciada en la que consten los resultados de las actuaciones.³²⁶

Propuestas de solución.

Corresponde a las partes exponer ante el Órgano Interno de Control sus propuestas de solución, lo que implica que dentro de este procedimiento las partes no son completamente libres de acordar la solución del conflicto, sino que solo tienen facultad de proponer acuerdos, mismos que deben ser sancionados positivamente por la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal.

i) En la audiencia de conciliación, las partes expondrán sus propuestas de solución, a efecto de que el órgano de control correspondiente, determine si requiere solicitar

³²⁵ *Ibidem.*

³²⁶ *Ibidem.*

opiniones o criterios de interpretación a las dependencias competentes o a proceder a la resolución correspondiente.³²⁷

Resolución (propuesta de conciliación).

El Órgano Interno de Control debe emitir resolución en la que determine la propuesta de conciliación, la cual debe cumplir con la norma administrativa. Es decir, conforme al procedimiento de conciliación, las partes solo logran acuerdos que resuelvan su controversia si la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal determina que se dichos acuerdos están apegados a las leyes administrativas aplicables.

j) El órgano interno de control correspondiente, en su caso, contará con un término de diez días hábiles, a partir de la fecha de conclusión de la audiencia, para emitir resolución debidamente fundada y motivada, en la que determine apegada a la ley, la propuesta de conciliación, estableciendo los derechos y obligaciones para las partes.³²⁸

Lo anterior tiene consecuencias importantes ya que las partes no tienen facultades de reasignar derechos de propiedad a menos que la norma administrativa lo permita. Esto implica una restricción a los acuerdos que puedan lograr las partes.

2.2.3. Externalidades

De acuerdo a la definición de externalidades de Steven Shavell en su libro *“Foundations of Economic Analysis of Law”*,³²⁹ estas están asociadas a los derechos de propiedad, es decir, los efectos externos que derivan del uso de la propiedad, efectos que son experimentados por terceros. Recordemos que Shavell señala:

Se dice que la acción de una parte causa efectos externos -o crea externalidades- si ésta influye o puede influir con probabilidad en el estado de bienestar de otra persona, en comparación con algún criterio de referencia... Las externalidades pueden fluctuar dentro de una variedad de dimensiones; estas pueden causar

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ *Ibidem*.

³²⁹ Shavell. Op. Cit. nota al pie 81.

beneficio o perjuicio a la parte afectada; se pueden presentar de manera inmediata a la acción tomada, o aparecer en el futuro; y quizás solo se presenten bajo ciertas contingencias. Sobre todo, pueden afectar a una, varias o múltiples partes.³³⁰

En el caso de estudio, las externalidades se presentaron durante la ejecución de los trabajos de construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México y dieron motivo a las negociaciones entabladas por el Consorcio y el GDF. Estas externalidades en algunos casos incrementaron los costes de construcción o hicieron necesaria la construcción de obra adicional al proyecto original; afectando la utilidad del Consorcio. En otros casos hicieron necesario que se eliminaran obras previstas en el proyecto original de construcción, afectando el trazo y características originales. A continuación, se enlistan cada uno de los conceptos reclamados por el Consorcio y el GDF, mismos que derivan de los efectos externos presentados durante la ejecución de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

a. Reclamo del Consorcio: aumento de costos y obras adicionales

El Consorcio ha reclamado en diversas ocasiones al GDF el pago de la obra adicional y costos extraordinarios que afectaron negativamente su utilidad contractual. Estos reclamos han sido cuantificados al menos en tres ocasiones, existiendo en todos ellos discrepancias importantes en los montos.³³¹ A continuación, se cita el reclamo que sirvió de base para la negociación sostenida entre las partes ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios.³³²

Tabla 2: Conceptos reclamados por el Consorcio al GDF en el procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios

Monto total: \$4,945'857,923.28 pesos.

Externalidad	Consecuencia: construcción de obra adicional y aumento en costos	Monto (pesos)
Imposibilidad del GDF de proporcionar al Consorcio los predios necesarios para la construcción de la Línea 12 del Metro, ya que sus	Construcción a dos niveles (en lugar de uno) por limitación de espacio, en las siguientes estaciones de la Línea 12 del Metro:	
	1. Mexicaltzingo.	\$297'598,261.76
	2. Ermita.	\$573'258,820.18

³³⁰ *Ibidem.* 77-78.

³³¹ Tal y como lo afirma Coase en su artículo "*The Problem of Social Cost*" la cuantificación que haga la víctima sobre los daños no es fiable, ya que comúnmente la víctima tiende a exagerar el daño.

³³² Escrito inicial del procedimiento de conciliación. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase "Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México". *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 15 abr. 2014. <www.infomexdf.org.mx>

características no eran propicias para la construcción de la obra pública (zonas arqueológicas protegidas, terrenos contaminados, etc.)	3. Eje Central	\$257'216,546.36	
	4. Parque de los Venados	\$300'504,811.19	
	5. Zapata	\$508'254,191.00	
	6. Hospital 20 de noviembre	\$197'280,300.89	
	7. Insurgentes Sur	\$269'249,079.34	
	8. Mixcoac	\$287'309,089.94	
	9. Nopalera	\$ 35'916,874.17	
	10. Olivos	\$ 13'690,675.17	
	11. Tezonco	\$ 30'239,753.12	
	12. Periférico-Oriente	\$ 41'430,034.13	
	13. Calle 11	\$ 24'943,786.21	
	Cumplimiento de normas de seguridad en virtud de sucesos posteriores a la contratación	14. Salidas de emergencia	\$ 53'286,537.02
		15. Ampliación de la Cola Mixcoac	\$ 24'198,513.41
16. Cambio de Bancos de Tiro		\$244'212,762.99	
17. Perfil geométrico del tramo elevado		\$272'796,108.04	
Contaminación de suelos	18. Cubierta de Acceso a Elevadores	\$ 713,513.64	
	19. Cambio de procedimiento constructivo de los túneles en la estación Insurgentes Sur-Cádiz e Insurgentes Sur-Hospital 20 de Noviembre	\$ 80'655,552.16	
Molestias causadas a ciudadanos, debido a la construcción de la obra (ruido, cierre de vialidades, etc.)	20. Paralelismo Fase I y II	\$314'064,551.52	
	21. Horarios restringidos	\$ 14'478,643.62	
	22. Tiempos inactivos por falta de cierre de vialidades	\$ 1'667,315.32	
	23. Módulos de Atención Ciudadana	\$ 288,229.36	
Modificación de los plazos de ejecución de los trabajos de construcción	24. Sobrecostos por los recorridos de familiarización	\$ 29'527,801.67	
	25. Gastos no recuperables por modificación en el plazo de ejecución de los trabajos	\$241'048,022.19	
Cambio de trazo de la Línea 12 del Metro (como consecuencia de la imposibilidad de adquirir ciertos predios para la construcción de la obra pública)	26. Costos indirectos	\$ 60'417,500.35	
	27. Trabajos extraordinarios diversos:		
	(i) cambio de ubicación de la Estación Atlalilco	\$200'193,884.05	
	(ii) re-cimentación Cervecería Cuauhtémoc-Moctezuma	\$ 763'774.52	
	(iii) adecuación de rejilla de ventilación de línea 8	\$ 737'934.91	
	(iv) trabajos adicionales en la Subestación de Alta Tensión Estrella	\$ 615'601.74	
	(v) construcción y demolición de Muros Milán	\$ 2'747,390.76	
	(vi) restauraciones en predios aledaños a estaciones Parque de los Venados y Mexicaltzingo	\$ 182,340.74	
(vii) incremento de recursos Atlalilco-Mexicaltzingo	\$ 181'180,036.96		
(viii) cambio de modelo estructural y modificación de cimentación de viaducto elevado en los intertramos Calle 11- Atlalilco y Tlaltenco-Nopalera-Zapotitlán	\$360'240,546.14		

Externalidades diversas	28. Trabajos adicionales diversos:	
	(i) obras inducidas	\$ 5'618,165.95
	(ii) rellenos y restitución de vialidades, en las estaciones Mixcoac, Atlalilco y Mexicaltzingo	\$ 4'896,225.18
	29. Trabajos adicionales en el Puesto de Control de Línea	\$ 10'567,401.39
	30. Abrillantado de Mármol	\$ 3'867,346.19

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos del procedimiento de conciliación celebrado entre las partes ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios.

b. Reclamo del GDF: obras faltantes y pago de servicios

El 19 de septiembre del 2014 el GDF emitió la liquidación unilateral del Contrato de Obra Pública³³³ en el que requirió el pago de las obras no ejecutadas y mal ejecutadas por el Consorcio, entre otros conceptos. La falta de ejecución de ciertas obras atendió a la interferencia de las externalidades.

El GDF reclamó al Consorcio el pago de los siguientes conceptos en el oficio de liquidación unilateral del Contrato de Obra Pública:³³⁴

Tabla 3: Oficio de Liquidación Unilateral: Reclamos GDF vs Consorcio.

Monto Ejecutado No pagado.-	\$ 101'575,507.77
Trabajos pagados no ejecutados.-	\$ 220,588,934.69
Trabajos mal ejecutados.-	\$ 66,750,860.69
Diferencial por costo unitario.-	\$ 172,639,580.41
MINISTRACIÓN LIQUIDATORIA.-	\$ 364,403,808.02
Más Intereses por Pagos en Exceso.-	\$ 61'854, 830.49
Más Importe de la Pena Convencional.-	\$1,769,181,716.77
Menos Deducciones por Ley.-	\$ 11'309,083.71
Menos otras devoluciones del Contrato.-	\$ 7'056,773.63
SALDO TOTAL A FAVOR DEL PMDF	\$2,177,074,497.94

Fuente: Copia exacta de la tabla de montos adeudados contenida en el oficio de liquidación del Contrato de Obra Pública. Solicitud de transparencia.

³³³ Oficio de Liquidación del Contrato de Obra Pública de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Solicitud de información realizada a la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 10 feb. 2015. <www.infomexdf.org.mx>

³³⁴ Oficio de Liquidación. Op. Cit. nota al pie 327.

Para el presente análisis solo resultan relevantes los conceptos de trabajos pagados no ejecutados y trabajos mal ejecutados, ya que estos fueron resultado de las externalidades presentadas en la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Dichos trabajos consistieron en lo siguiente³³⁵:

Tabla 4: Externalidades provocadas por obras no ejecutadas o mal ejecutadas

Externalidades	Consecuencia: Obras no ejecutadas o mal ejecutadas
<ul style="list-style-type: none"> ▪ No pudieron adquirirse algunos predios, ya que sus características no eran propicias para la construcción de la obra pública (zonas arqueológicas protegidas, terrenos contaminados, etc.) ▪ Con la finalidad de que se concluyese la construcción de la Línea 12 de la Ciudad de México, se compensaron costos, por lo que se eliminaron aspectos no indispensables del proyecto. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Instalación de escaleras mecánicas y elevadores. 2. Cuerpo “B” de la Estación Ermita y su equipamiento. 3. Elevador para personas con discapacidad en Estación Tláhuac. Acceso sur-poniente. 4. Cumplir con las medidas de compensación ambiental. 5. Terminación del drenaje pluvial del viaducto en el tramo Tláhuac-Tlaltenco. 6. Mamparas de lámina porcelanizada en muros húmedos de las Estaciones Insurgentes y Mixcoac. 7. Área de servicios y depósito Mixcoac, puertas de andén en Estación Mixcoac, confinamiento de la línea de retención de usuarios en la Estación Tláhuac; y, sanitarios para el público en las Estaciones Tlaltenco y Zapotitán. 8. Acceso poniente de la Estación Mixcoac. 9. Pago de derechos al Sistema de Aguas de la Ciudad de México, así como aprovechamientos de conexión de servicios de agua potable y drenaje de las estaciones de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

Elaboración propia con datos obtenidos del procedimiento de conciliación celebrado entre las partes ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios.

2.2.4. Resumen de las tres negociaciones

Como se señaló anteriormente, el caso de estudio elegido es relevante ya que existe evidencia de que el Consorcio y el GDF en un primer momento buscaron resolver su conflicto mediante negociación. Las partes tuvieron, por lo menos, tres oportunidades de negociar la resolución de externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México y sin embargo fueron incapaces de lograr acuerdos mutuamente beneficiosos, lo que

³³⁵ Escrito inicial del procedimiento de conciliación. Op. Cit. nota al pie 326.

provocó que finalmente se enfrentaran en numerosos juicios. La aplicación de las teorías de AED al caso concreto, ayudará a verificar su vigencia en relaciones de coordinación entre el Estado y los particulares.

A continuación, se expondrá brevemente cada una de las ocasiones en que las partes negociaron la resolución del conflicto:

Primera negociación.

La construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México inició en junio de 2008, una vez formalizado el Contrato de Obra Pública. La obra fue entregada al GDF en octubre de 2012, por lo que desde su contratación hasta su entrega trascurrieron 4 años 4 meses. Fue en este periodo de construcción que se presentaron una serie de externalidades que incrementaron su costo e inclusive impidieron continuar con el proyecto originalmente pactado. A razón de ello, las partes negociaron la conveniencia de resolver las externalidades y modificar el proyecto original de construcción ya que, de lo contrario, el Contrato de Obra Pública concluiría anticipadamente. La negociación fue aparentemente exitosa, ya que las partes llegaron a acuerdos, en teoría de mutuo beneficio, mediante los cuales resolvieron las externalidades y continuaron con la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

Segunda negociación.

Se presenta durante el 2011, una vez que el Consorcio había ejecutado las obras que resolvieron las externalidades. Esta negociación se centró en el costo de las obras adicionales que fueron necesarias para resolver las externalidades. En principio podría decirse que la negociación fue exitosa, ya que de ella derivó la celebración de convenios de reconocimiento de adeudo mediante los cuales el GDF aceptaba absorber el costo de algunas obras adicionales. No obstante, en diciembre de 2012 el Consorcio demandó al GDF el pago de todos los costos y obras adicionales derivados de las externalidades presentadas en la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, demanda que no prosperó ya que el Juez que conoció del asunto determinó que debía agotarse un procedimiento administrativo de conciliación previsto en la ley y en el Contrato de Obra Pública.

Tercera negociación.

El procedimiento administrativo de conciliación se llevó a cabo en octubre de 2013. Dicho procedimiento de conciliación se celebró ante una autoridad administrativa, la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal y tenía por objetivo que las

partes llegaron a un acuerdo respecto a la responsabilidad y distribución de los costos adicionales generados por las externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. En una de las audiencias de conciliación las partes plantearon como propuesta de solución a su controversia, someterse al criterio de un dictamen pericial de tipo técnico, considerando que dicha propuesta constituía el único medio viable de solución de su conflicto. Dicho dictamen fue favorable al Consorcio, sin embargo, en la resolución final del procedimiento conciliatorio, la Contraloría Interna determinó que las partes no habían logrado acuerdo alguno en relación a la controversia. Tras la conclusión del procedimiento administrativo de conciliación, el Consorcio inició juicio en contra del GDF reclamando el pago de obras adicionales ejecutadas por motivo de las externalidades presentadas en la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Por su parte, el GDF liquidó el Contrato de Obra Pública y determinó adeudos a cargo del Consorcio por diversos conceptos, entre ellos los trabajos pagados no ejecutados y mal ejecutados. Estos conceptos también fueron una consecuencia de las externalidades presentadas en el caso de estudio.

(Tercera Parte)

2.3. Negociación privada durante la construcción de la obra

La Línea 12 del Metro de la Ciudad de México fue entregada por el Consorcio al GDF el 30 de octubre de 2012, es decir desde su contratación hasta su entrega transcurrieron 4 años 4 meses. Como se sabe, durante este periodo se presentaron numerosas externalidades que impactaron en la ejecución de los trabajos de construcción, e inclusive imposibilitaron la ejecución del proyecto original de obra.

Para continuar con la ejecución del proyecto era necesario que las partes negociaran la resolución de los efectos externos, llegando a acuerdos mutuamente beneficiosos. Dichas negociaciones se celebraron en tres ocasiones diferentes, la primera de ellas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, la cual se analizará a continuación.

2.3.1. Objetivo de la negociación

Los objetivos de la negociación fueron: (i) determinar si era óptimo continuar con la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, mediante la evaluación de los costes necesarios para resolver las externalidades, (ii) resolver las externalidades siempre que se determine que la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México continuaba siendo un acto óptimo, y (iii) aumentar el tamaño del pastel mediante la compensación de costes.

2.3.2. Externalidades a resolver

Durante la ejecución de los trabajos de construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México se presentaron dos tipos de externalidades que impactaron negativamente a la obra: (i) aquellas que no impedían la continuación de los trabajos de construcción, pero que aumentaron los costes de ejecución del proyecto original, y (ii) aquellas que impedían la continuación de los trabajos de construcción conforme al proyecto original contratado.

2.3.3. Motivación de las partes para negociar

Tanto el Consorcio como el GDF tenían interés en negociar a fin de resolver las externalidades, ya que ello permitiría la conclusión de los trabajos de construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. En teoría, ambas partes se beneficiarían con la conclusión de la obra, ya

que el Consorcio podría conservar parte de la utilidad derivada de la ejecución del Contrato de Obra Pública y el GDF aumentaría su infraestructura de transporte con la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

2.3.4. Proceso de la negociación y análisis

El GDF manifestó que las partes resolvieron las externalidades modificando el proyecto de construcción y compensando costos, lo que se hizo en el marco del Contrato de Obra Pública y las leyes administrativas aplicables. Según se explicó anteriormente, la naturaleza jurídica de los contratos a precio alzado impide que estos sean modificados en su monto y plazo, sin embargo, el Contrato de Obra Pública si permitía la modificación del proyecto de construcción dentro de los límites del monto establecido, lo que daba a las partes margen de negociación para compensar costos y continuar con la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Basándose en el teorema de Coase y la teoría de Shavell y conociendo la asignación de derechos aplicables al caso, es posible recrear escenarios que permitan comprender porque las partes decidieron resolver las externalidades y continuar con la obra y en vez de terminar anticipadamente el Contrato de Obra Pública.

Es necesario recordar que conforme al teorema de Coase y la teoría de Shavell, es irrelevante cuáles sean los derechos de propiedad aplicables, ya que, si estos no son eficientes, las partes libremente reasignaran dichos derechos mediante la negociación, en caso de ser necesario. En la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México se presentaron dos tipos de externalidades: (i) aquellas que no impedían la continuación de los trabajos de construcción, pero que aumentaron los costos de ejecución del proyecto original, y (ii) aquellas que impedían la continuación de los trabajos de construcción conforme al proyecto original contratado. La asignación de derechos es diferente en cada caso, por lo que se analizaran de manera independiente.

a. Resolución de externalidades que no impedían los trabajos de construcción

Un ejemplo de este tipo de externalidad es la denominada por el Consorcio como “cambio de bancos de tiro”, ya que el Contrato de Obra Pública previó como sitio de tiro del material producto de las excavaciones y demoliciones, el relleno sanitario denominado Bordo Poniente. Sin embargo, éste no pudo ser utilizado en virtud de que posterior a la contratación se prohibió depositar en él material de desperdicio producto de excavaciones y demoliciones, por lo que el

Consortio se vio obligado a hacerlo en sitios alternativos más lejanos, lo que incrementó sus costos.³³⁶

Los efectos negativos de la externalidad los soportó el Consorcio, en virtud de que la asignación de derechos aplicable al caso estuvo determinada por la naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública celebrado en la modalidad de precio alzado. Según se explicó anteriormente, conforme a la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, los contratos de obra pública a precio alzado tienen dos características esenciales: (i) no pueden ser modificados en monto o plazo; y (ii) no pueden ser sujetos a ajustes de costos.

La naturaleza propia de los contratos a precio alzado implica que la contratista asume el riesgo de que ciertos costos puedan incrementarse durante la ejecución de los trabajos. A diferencia de los contratos de precio unitario, en los que se detalla el precio de cada uno de los trabajos a ejecutar y que admite ciertos ajustes en costos, en el precio alzado la contratista oferta un precio total por la ejecución de la obra, lo que supone que dicho precio incluye cierto margen en costos, que permiten a la empresa constructora ajustarse en caso de eventualidades, previniendo incurrir en pérdidas. Como se dijo, este tipo de contratos implican cierto nivel de riesgo, por lo que habrá ocasiones en que la contratista vea reducida su utilidad o incluso tenga que enfrentar pérdidas en virtud de eventualidades o efectos externos fuera de su control.

Si se analiza este tipo de contratos a precio alzado, puede descubrirse que constituyen en sí mismos una negociación de posibles externalidades conforme a la teoría de Shavell, en dónde el GDF paga por adelantado al Consorcio para que sea éste quien se haga cargo de resolver las externalidades, en caso de que aparezcan. La diferencia se centra en que las partes no tienen absoluta certeza sobre si las externalidades se presentarán y cuál será su costo, por lo que llegan a acuerdos basándose en su experiencia y en las características de la obra, elementos que utilizan para calcular la probabilidad de que los efectos externos se presenten en el caso concreto. El cálculo equivocado de dicha probabilidad puede hacer que el GDF pague de más por el contrato o que el Consorcio asuma un riesgo mayor al que está consciente, por lo que la asimetría de información puede causar graves problemas en las utilidades de las partes. A continuación, se ejemplificará el funcionamiento de este tipo de contratos.

³³⁶ *Ibidem*.

Ejemplo I: Contratos obra a precio alzado como instrumento para reasignar derechos.

Suponga que el Consorcio al momento de participar en la licitación para la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México cotiza como costo total de todos trabajos de construcción en 1000. Sin embargo, como se trata de un contrato a precio alzado sabe que en caso de que se presenten externalidades que no impidan la ejecución del proyecto, se verá obligado a asumir su costo, por lo que, basándose en su experiencia y en las características de la obra, debe calcular la probabilidad y costo de dichas externalidades. En este sentido, determina dos escenarios, en el primero las externalidades tendrán un costo de 200 con una probabilidad del 20% y en el segundo tendrán un costo de 50 con una probabilidad de 80%. El Consorcio ofertaría en la licitación un precio total del contrato de 1080, conforme lo siguiente:

<u>Externalidades</u>	<u>Probabilidad</u>	<u>Costo</u>	<u>Costo esperado</u>
Escenario 1	80%	50	40
Escenario 2	20%	200	40
Total			80

Si la oferta del Consorcio es la mejor en la relación precio-calidad, ganará la licitación y será contratado por el GDF. Si al momento de la construcción se presenta el escenario 1, el Consorcio tendrá que asumir una pérdida de 120 ($80 \text{ costo esperado} - 200 \text{ efectos externos} = -120$), mientras que si se presenta el escenario 2 (el cual es más probable) tendrá una ganancia adicional de 30 ($80 \text{ costo esperado} - 50 \text{ efectos externos} = +30$).³³⁷

El hecho de que este tipo de obras públicas se sometan a concurso, puede provocar que las partes no valoren adecuadamente el riesgo o lo disminuyan, con tal de ganar la licitación, pero ello podría provocar que posteriormente enfrenten costos superiores a los proyectados, en virtud de las externalidades.

Elaboración propia siguiendo el modelo y las fórmulas de Coase.

De lo anterior puede concluirse que los contratos de obra a precio alzado son un instrumento de negociación mediante los cuales las partes reasignan los derechos de propiedad, ya que mediante el pago adicional que hace el GDF a el Consorcio, transmite la obligación de resolver las externalidades que puedan presentarse con cierta probabilidad en la construcción de la obra, siempre que dichas externalidades solo aumenten los costos y no impidan la ejecución del

³³⁷ En el presente ejemplo no se consideran factores como la aversión al riesgo, lo cual aumentaría el precio ofertado por el Consorcio, ya que teme la posibilidad de incurrir en pérdidas.

proyecto contratado. Con el objetivo de tener una mayor certeza sobre la aparición de potenciales externalidades y sus costes, la ley requiere que se realicen estudios previos de viabilidad, como los realizados en esta obra pública. Sin embargo, como se observa en el caso concreto, los estudios no previeron varias de las externalidades que incrementaron de manera significativa los costes.³³⁸

b. Resolución de externalidades que impedían la continuación de los trabajos de construcción conforme al proyecto original

Un claro ejemplo de este tipo de externalidad que impedía la continuación de los trabajos de construcción fue la denominada “estación Mexicaltzingo”. Conforme al proyecto de construcción previsto en el Contrato de Obra Pública, el Consorcio se obligó a construir la estación de Mexicaltzingo a un solo nivel, sin embargo, al GDF no le fue posible proporcionar todos los predios necesarios para la construcción de dicha estación ya que Instituto Nacional de Antropología e Historia requirió la protección de una zona arqueológica hasta entonces desconocida, ubicada en zonas aledañas a la estación. Esta externalidad junto con otras similares, impidieron la ejecución del proyecto de construcción pactado originalmente por las partes.³³⁹

No es posible resolver este tipo de externalidades atendiendo únicamente a la naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública, ya que las consecuencias de éstas impactaron de manera diferente la obra pública, provocando que fuese materialmente imposible el cumplimiento de ciertas obligaciones contractuales a cargo del GDF, lo que puso en riesgo la conclusión de la obra en los términos en que había sido contratada. Las externalidades antes referidas afectaron el cumplimiento de lo pactado en la cláusula cuarta del Contrato de Obra Pública que contempla la obligación del GDF de poner a disposición del Consorcio los inmuebles y sitios en dónde deban llevarse a cabo los trabajos de construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

El Contrato de Obra Pública no prevé una solución específica a este tipo de externalidad, sin embargo, otorga dos opciones a las partes: (i) la modificación del proyecto y sus

³³⁸ Véase los antecedentes de estudios previos a la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México en “Estudio de prefactibilidad de Línea 12 (2000-2002)”. Sistema de Transporte Colectivo Metro. Web. 7 oct. 2013. <ver en www.metro.cdmx.gob.mx/red/linea12_1.html> y “Actualización del Estudio de Demanda para la Línea 12, Tláhuac - Mixcoac”. *INFODF*. Web. 10 oct. 2013. <www.infodf.org.mx/pdfs/resoluciones/recur12/.../VP.-RR.SIP0978-2012.pdf>

³³⁹ Escrito inicial del procedimiento de conciliación. Op. Cit. nota al pie 326.

especificaciones, sin que sea posible modificar el monto del Contrato de Obra Pública, pero con la posibilidad de compensar costos, o (ii) la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública por razones de fuerza mayor.

A continuación, se analizará desde la perspectiva del AED, cada una de las alternativas antes referidas.

Modificación del proyecto mediante la compensación de costos.

Las partes pactaron en la cláusula décima primera del Contrato de Obra Pública que el proyecto original de construcción podía ser modificado por acuerdo del Consorcio y el GDF, siempre que el monto total de éste no fuese modificado. Aunque las partes se encontraban limitadas al no poder incrementar el monto del Contrato de Obra Pública, eran capaces de realizar una reasignación de derechos mediante la modificación del proyecto original de construcción, ya que éste les permitía compensar costos. Es decir, el GDF podía renunciar a ciertos aspectos y características de la obra que no fuesen indispensables, reduciendo con ello el costo de construcción y compensando el costo de la ejecución de obra adicional que sería necesaria a fin de superar las externalidades presentadas.

Esto fue lo que sucedió en el caso concreto, ya que las partes a efecto de compensar costes y poder modificar el proyecto original de construcción, acordaron lo siguiente: (i) se ejecutarían obras adicionales que permitiesen resolver las limitaciones de espacio generadas por las externalidades, por ejemplo, ciertas estaciones de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México tendrían que construirse a dos pisos en lugar de uno, lo que modificaría también parte de procedimiento constructivo, siendo necesaria la utilización de maquinaria y procedimientos de mayor complejidad y coste; y (ii) ciertos aspectos y características del proyecto original serían eliminados, lo cual reduciría los costes de construcción, por ejemplo el denominado por el GDF como cuerpo “B” de la Estación Ermita.

Dicho lo anterior, el modelo de resolución de externalidades de Coase debería explicar el comportamiento de las partes, partiendo de la asignación de derechos establecida en el Contrato de Obra Pública y la ley administrativa. Para ello, previamente se citará un ejemplo de Shavell, para explicar el razonamiento de la metodología.

En la situación que involucra el supresor de humo, cada una de las partes estará mejor si el causante se compromete a tomar la precaución a un costo de 30 a

cambio del pago de, digamos, 35 por la víctima; porque entonces la utilidad del causante será aumentada en 5 y la utilidad de la víctima se incrementará en 15 porque va a evitar el daño de los 50. Por lo tanto, nuestra hipótesis es que se hará tal acuerdo.³⁴⁰

Del ejemplo anterior se desprende que la víctima tiene dos opciones: soportar el daño de 50 o pagar al causante 35 para evitar el daño. Evidentemente la víctima elige pagar al causante la prevención, ya que ello reduce su pérdida o lo que es lo mismo, aumenta su utilidad. Asimismo, el ejemplo de Shavell permite llegar a las siguientes conclusiones: (i) cuando la asignación de derechos no beneficia a la víctima, ésta asume su pérdida y mediante la negociación la disminuye; (ii) el causante estará dispuesto a negociar cuando la resolución de la externalidad le propine algún beneficio; (iii) la prevención es deseable, ya que su costo es menor que el valor del daño esperado.

En el caso de estudio la víctima es el Consorcio, ya que es el incumplimiento del GDF el que ocasiona que el proyecto original de construcción no pueda llevarse a cabo. Como consecuencia de lo anterior, el Contrato de Obra Pública tendría que terminarse anticipadamente, provocándole un daño al Consorcio, consistente en la pérdida de la utilidad esperada por la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, mientras que el GDF no sufriría mayores consecuencias, ya que lo único que necesitaría hacer es licitar nuevamente la obra a fin de que ésta fuese construida.

Al igual que en el ejemplo de Shavell, la asignación de derechos no beneficia a la víctima, por lo que el Consorcio debió asumir el daño y posteriormente negociar con el GDF a fin de reducirlo mediante la celebración de un acuerdo mutuamente beneficioso. Conforme la teoría de resolución de externalidades, el Consorcio solo estaría dispuesto a negociar y llegar a un acuerdo, cuando éste redujese su pérdida, de lo contrario preferiría terminar anticipadamente el contrato.³⁴¹ La posible afectación para el GDF sería que la entrega de la obra se retrasara conforme a lo originalmente planeado.

El siguiente ejemplo basado en el modelo de negociación de Coase, muestra los casos en que, bajo esta asignación de derechos, las partes pueden lograr acuerdos de mutuo beneficio.

³⁴⁰ Shavell. 84. Op. Cit. nota al pie 81.

³⁴¹ En el ejemplo de Shavell la víctima paga por la prevención porque esto reduce su daño. *Contrario sensu*, la víctima no negociará y preferirá soportar el daño cuando el costo de la prevención supere el valor del daño.

Ejemplo II: Acuerdos de mutuo beneficio (disminución de daño=incremento de utilidad)

Suponga que el Consorcio al momento de celebrar el Contrato de Obra Pública espera una utilidad de 100. Durante la ejecución de los trabajos se presentan externalidades que impiden la continuación y conclusión del proyecto original por lo que, si las partes no negocian la resolución de las externalidades, será necesario que el Contrato de Obra Pública se termine anticipadamente. Esto disminuiría la utilidad del Consorcio de 100 a solo 30, es decir tendría que afrontar una pérdida de utilidad esperada de 70 (daño potencial), por lo que el Consorcio buscará negociar con el GDF para que la obra se concluya y con ello recuperar parte de la utilidad potencial de 70 (disminuir el daño=incrementar su utilidad).³⁴² Ahora suponga que el costo de resolver las externalidades y continuar con la construcción de la obra es de 80, como no puede incrementarse el precio del Contrato de Obra Pública es el Consorcio quien tendría que asimilar este costo extra, en cuyo caso preferirá terminar anticipadamente dicho contrato, ya que de lo contrario tendría una pérdida adicional de 10, lo que disminuye su utilidad a 20 (70 de utilidad potencial por concluir la obra - 80 de costos resolución de externalidades = -10 pérdida).

Sin embargo, las partes pueden reasignar derechos mediante la compensación de costes. Al GDF le es más conveniente evitarse los costes asociados a una nueva licitación y contratación con un valor de 50, por lo que prefiere abandonar todos aquellos aspectos de la obra original que no sean indispensables, compensando los costes por un valor de 30. En este caso las partes lograrían un acuerdo mutuamente beneficioso, dado que el Consorcio solo tendría que enfrentar un coste por la modificación del proyecto de construcción de solo de 50 (80 de costes resolución de externalidades <ejecutar obra adicional> - 30 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 50), por lo que la utilidad real del Consorcio aumentaría en 20 (70 de utilidad potencial por concluir la obra - 50 coste de modificar el proyecto = 20), teniendo una utilidad total por la ejecución de la obra pública de 50 (30 de utilidad cuando se presentan las externalidades + 20 utilidad real por concluir la obra = 50). La utilidad del GDF también se incrementa en 20, ya que de no existir negociación tendría que haber afrontado costos de 50 en

³⁴² Otra opción es que se termine anticipadamente el Contrato de Obra Pública y que el Consorcio vuelva a participar en la licitación de la obra. Esta opción será atractiva al Consorcio cuando la probabilidad de ganar la nueva licitación sea alta. Suponga que el coste de participar en una nueva licitación es de 10 (coste licitación= cL), en este caso el Consorcio tendría que restarlo de su utilidad inicial de 30, quedando una utilidad cierta de 20 (utilidad cierta= uC). Ahora suponga que la utilidad total de un nuevo contrato sería de 80 (utilidad total= uT) y no 100, ya que parte de la Línea 12 del Metro está ya construida. La utilidad esperada (utilidad esperada= uE) del Consorcio se obtiene de la siguiente fórmula $uE=uC+(uT*p)$ (siendo p = probabilidad de ganar la licitación). Si la utilidad esperada supera a la utilidad obtenida de una negociación, es probable que el Consorcio opte por terminar anticipadamente el contrato.

virtud de una nueva licitación y contratación para la construcción de la obra pública, y solo tuvo que asumir costos de 30 para cerrar la negociación con éxito y con ello obtener la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

Elaboración propia siguiendo el modelo y las fórmulas de Coase.

En el ejemplo anterior al igual que en el de Shavell, las partes incrementan su utilidad gracias al acuerdo logrado en la negociación. Aquí no es necesario que el Consorcio (víctima) pague al GDF (causante) alguna cantidad para motivarlo a negociar, ya que éste ve reducidos sus costos gracias al acuerdo. Esto explicaría el comportamiento de las partes y porque decidieron modificar el proyecto original de construcción a fin de resolver las externalidades y concluir con la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

Por otra parte, la compensación de costos que pueden hacer las partes para modificar el proyecto tiene sus limitaciones, ya que el GDF solo puede compensar costes mediante la eliminación de aspectos y características de la obra pública que no sean indispensables, sin que sea posible que se incremente el monto del Contrato de Obra Pública. Esto impedirá que las partes lleguen a acuerdos mutuamente beneficiosos aún y cuando éstos existan. Lo anterior se demuestra en el siguiente ejemplo.

Ejemplo III: Imposibilidad de llegar a acuerdos de mutuo beneficio por restricción de la norma administrativa.

Suponga que el Consorcio al momento de celebrar el Contrato de Obra Pública espera una utilidad de 100. Durante la ejecución de los trabajos se presentan externalidades que impiden la continuación y conclusión del proyecto original por lo que, si las partes no negocian la resolución de las externalidades, será necesario que el Contrato de Obra Pública se termine anticipadamente. Esto disminuiría la utilidad del Consorcio de 100 a solo 30, es decir tendría que afrontar una pérdida de 70 sobre su utilidad, por lo que el Consorcio buscará negociar con el GDF para que la obra se concluya y con ello recuperar parte de la utilidad potencial de 70 (disminución de la pérdida=incremento de la utilidad). El GDF por su lado tiene motivación para negociar, ya que de no hacerlo tendrá que asumir los costos asociados a una nueva licitación y contratación con un valor de 50. Sin embargo, en esta ocasión el costo de resolver las externalidades y continuar con la construcción de la obra es de 95 y los aspectos de la obra no indispensables que el GDF puede eliminar tienen un valor de 20. En este caso las partes no lograrán un acuerdo mutuamente beneficioso dado que el costo para el Consorcio de modificar el proyecto de construcción y continuar con la obra es de 75 (95 de costos resolución de

externalidades - 20 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 75), que es mayor a la utilidad potencial de 70 que espera el Consorcio por concluir la obra. El Consorcio optará por la cancelación anticipada del Contrato de Obra Pública.

No obstante, si la reasignación de derechos no fuese solo parcial, habría un acuerdo mutuamente beneficioso entre las partes, debido a que el GDF estaría dispuesto a pagar cualquier cantidad inferior a 50, ya que ello le representaría un ahorro respecto a los costes asociados a una nueva licitación y contratación para la construcción de la obra pública. Por lo que, si la norma administrativa permitiese que el precio del contrato pudiera ser incrementado en estos casos, las partes podrían llegar a un acuerdo y continuar con la ejecución de la obra. Por ejemplo, las partes podrían acordar que el precio del contrato se incrementase en 45, lo que daría por resultado que el costo para el Consorcio de modificar el proyecto de construcción sería de 50 (95 de costos resolución de externalidades - 45 de aumento en el precio del contrato = 50), por lo que su utilidad total se vería incrementada en 20 (70 de utilidad potencial por concluir la obra - 50 coste de modificar el proyecto = 20), teniendo una utilidad total por la ejecución de la obra pública de 50 (30 de utilidad cuando se presentan las externalidades + 20 utilidad real por concluir la obra = 50). La utilidad del GDF también se incrementa en 5, ya que de no existir negociación tendría que haber afrontado costos de 50 en virtud de una nueva licitación y contratación para la construcción de la obra pública.

Elaboración propia siguiendo el modelo y las fórmulas de Coase.

En el primer párrafo del ejemplo anterior las partes llegan a un resultado no eficiente, en términos de la teoría de Coase, ya que las partes estarían mejor modificando el proyecto de construcción y concluyendo la obra, que terminando anticipadamente el Contrato de Obra Pública, como lo demuestra el segundo párrafo de dicho ejemplo. Esto demuestra que los contratos de obra a precio alzado no siempre conducen a resultados eficientes.

Suspensión y terminación anticipada del Contrato de Obra Pública por fuerza mayor.

La cláusula décimo séptima del Contrato de Obra Pública contempla los casos en que éste puede ser suspendido y terminado de forma anticipada, entre los cuales se encuentra el de fuerza mayor. En este sentido, las externalidades que imposibilitan el cumplimiento de obligaciones contractuales, que a su vez impiden la ejecución de una obra pública en los términos en que fue contratada, sin duda alguna constituye un caso de fuerza mayor.

De lo anterior se desprende que tanto el GDF como el Consorcio podían solicitar la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública en virtud de las externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México y que imposibilitaron la entrega de los predios necesarios para la ejecución de proyecto originalmente contratado.

A continuación, aplicando el modelo de resolución de externalidades de Coase, se ejemplifica un caso hipotético en el que las partes optarían por la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública, logrando con ello resultados eficientes.

Ejemplo IV: Terminación Anticipada del Contrato que conlleva a un resultado eficiente.

Suponga que el Consorcio al momento de celebrar el Contrato de Obra Pública espera una utilidad de 100. Durante la ejecución de los trabajos se presentan externalidades que impiden la continuación y conclusión del proyecto original por lo que, si las partes no negocian la resolución de las externalidades, será necesario que el Contrato de Obra Pública se termine anticipadamente. Esto disminuiría la utilidad del Consorcio de 100 a solo 30, es decir tendría que afrontar una pérdida de 70 sobre su utilidad, por lo que el Consorcio buscará negociar con el GDF para que la obra se concluya y con ello recuperar parte de la utilidad potencial de 70. El GDF por su parte tiene motivación para negociar, ya que de no hacerlo tendrá que asumir los costos asociados a una nueva licitación y contratación con un valor de 50. Sin embargo, en esta ocasión el costo de resolver las externalidades y continuar con la construcción de la obra es de 125 y el GDF puede y está dispuesto a eliminar aspectos de la obra no indispensables hasta por un valor de 45.³⁴³ En este caso no existe un acuerdo mutuamente beneficioso dado que el costo para el Consorcio de modificar el proyecto de construcción y continuar con la obra es de 80 (125 de costos resolución de externalidades - 45 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 80), que es mayor a la utilidad potencial de 70 que espera el Consorcio por concluir la obra. El Consorcio optará por la cancelación anticipada del Contrato de Obra Pública.

Elaboración propia siguiendo el modelo y las fórmulas de Coase.

El resultado del ejemplo anterior es eficiente, ya que mediante la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública las partes minimizan sus pérdidas, lo que en palabras de Shavell, equivale a la maximización de sus utilidades.

³⁴³ En el ejemplo IV, el GDF no estará dispuesto a eliminar aspectos de la obra que sobrepasen el costo de 50 (costo de licitar nuevamente la obra) ya que ello incrementaría su pérdida.

2.3.5. Resultado de la negociación

La negociación fue aparentemente exitosa ya que las partes acordaron resolver las externalidades mediante la modificación del proyecto original de construcción, lo que hizo necesaria la ejecución de obra adicional, que aumentó los costos del Consorcio, los cuales fueron parcialmente compensados por el GDF mediante la eliminación de aspectos no indispensables de la obra. Este acuerdo, en teoría, era mutuamente beneficioso, ya que evitaba la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública, y disminuía la pérdida en la utilidad esperada del Consorcio (daño). Con la modificación del proyecto de construcción, el Consorcio no recuperaría su utilidad inicial previa a las externalidades, pero si lograría disminuirla, lo que conforme a la teoría expuesta equivale a la maximización de la utilidad. También beneficiaría al GDF, pues se ahorraría los costos de una nueva licitación y contratación para la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

El acuerdo logrado en esta negociación tendría que haber resuelto la controversia entre las partes, conforme al teorema de Coase. Sin embargo, las negociaciones posteriores revelan que el Consorcio no asumió su pérdida, lo cual era necesario en virtud de la hipótesis de asimilación de la pérdida. Por lo contrario, planeó continuar y terminar la obra para posteriormente reasignar los derechos de propiedad mediante juicio, con la finalidad de que éstos le fuesen favorables y con ello agrandar su parte del pastel. La posibilidad de reasignar los derechos de propiedad en juicio, generaron graves distorsiones en el proceso de negociación, ya que el Consorcio no tuvo intención de cumplir el acuerdo a que llegaron las partes, ni este fue necesariamente beneficioso o deseable desde el punto de vista de la eficiencia económica.

2.3.6. Aplicación de los supuestos de la teoría

En un primer momento pareciera que la negociación fue exitosa y que las hipótesis de minimización del daño, reasignación de derechos, negociación sin fricción, incremento del tamaño del pastel y asimilación de la pérdida de la teoría de Shavell fueron aplicables ya que, de lo contrario, conforme a la teoría de resolución de externalidades, las partes no hubiesen podido lograr acuerdos de mutuo beneficio.

La supuesta aplicabilidad de dichas hipótesis se desprende de que el Contrato de Obra Pública no se terminó de manera anticipada (minimización del daño); el GDF asumió parte del costo derivado de la resolución de externalidades (reasignación de derechos); al estar en una relación contractual en curso, las partes no tuvieron que enfrentar costes de transacción elevados (negociación sin fricción); el GDF y el Consorcio compensaron costes a fin de resolver las

externalidades (incremento del tamaño del pastel); y el Consorcio, aparentemente, asimiló su pérdida y negoció a fin de reducirla (asimilación de la pérdida).

Si el conflicto hubiese terminado en este punto, la teoría de resolución de externalidades Coase habría funcionado. Sin embargo, el conflicto continuó por lo que no es posible concluir con absoluta certeza si el acuerdo celebrado por las partes en esta primera negociación fue realmente de mutuo beneficio y si las hipótesis aplicaron. Claramente la hipótesis de asimilación de la pérdida no aplicó, ya que el Consorcio pensaba trasladar su pérdida al GDF mediante la reasignación de derechos en juicio.

Por otra parte, la teoría de procedimientos burocráticos de Stiglitz ayuda a comprender la rigidez de los contratos de obra a precio alzado. Además de mitigar la aversión al riesgo que experimentan típicamente los funcionarios públicos, los procedimientos burocráticos ayudan a corregir los problemas del principal y del agente que enfrenta el Estado. Asimismo, reduce las posibilidades de corrupción.

El objetivo de los contratos a precio alzado es que, en los grandes proyectos de infraestructura, no se multiplique el precio originalmente pactado al finalizar la obra. Esto es un problema real en México y en diversas partes del mundo. No es extraño encontrar numerosos ejemplos de obras públicas cuyo coste se multiplicó varias veces al finalizar su construcción, poniendo en tela de juicio la utilidad final del proyecto. Procedimientos burocráticos como las licitaciones públicas y la contratación de obra en la modalidad de precio alzado garantizan, en teoría, que la obra pública sea ejecutada por la empresa contratista que oferta las mejores condiciones de precio y calidad, y que posteriormente esta oferta sea respetada en beneficio de la sociedad.

La prohibición de aumentar el monto de los contratos a precio alzado se debe a la existencia de un elevado riesgo de que las partes incurran en excesos. Las empresas contratistas conocen el problema de principal y del agente existente entre el Estado y sus trabajadores, por lo que no en pocas ocasiones buscarán aprovecharse de él con el objeto de obtener el mayor beneficio posible, elevando el precio del contrato sin atender al bienestar social. En virtud de los incentivos perversos que pueda provocar el problema antes descrito, es que el marco normativo obliga al Estado a realizar una nueva licitación, en caso de que el proyecto original de obra sea imposible de ejecutar y la contratista se niegue a asumir el aumento de los costes que, en su caso, se deriven de la modificación del proyecto. Sin embargo, es probable que puedan diseñarse mecanismos adecuados que, sin olvidar el problema del principal y del agente,

permita a las partes contratantes resolver las externalidades cuando ello maximice el bienestar social.

2.4. Negociación privada previa a la terminación y entrega de la obra

Tal y como se relató anteriormente, durante el tiempo de ejecución de la obra se presentaron externalidades que impidieron la ejecución del proyecto originalmente pactado en el Contrato de Obra Pública. Con la finalidad de solucionar dichas externalidades, las partes negociaron y llegaron a acuerdos que, aparentemente, los beneficiaban mutuamente. Esto dio por resultado que se modificara el proyecto original, lo cual tuvo dos consecuencias: (i) se ejecutó obra adicional y diferente a la inicialmente pactada, lo cual incrementó los costos de construcción del Consorcio; y (ii) no se ejecutaron ciertos aspectos de la obra contemplada en el proyecto original, lo que disminuyó los costes de construcción. De esta manera, las partes reasignaron derechos, mediante la compensación de costos.

Conforme a la teoría de resolución de externalidades mediante la negociación sin fricción de Shavell, basada en el teorema de Coase, este acuerdo tendría que haber resuelto la controversia entre las partes, sin embargo, esto no sucedió.

Durante el año de 2011, una vez ejecutadas las obras adicionales necesarias para resolver las externalidades y previo a la terminación de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, resurgió la controversia entre las partes. En las sesiones de octubre y noviembre de 2011 del Sistema de Transporte Colectivo del Distrito Federal, órgano del GDF que se encargaría de la operación de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, se discutieron algunos aspectos generales de los reclamos del Consorcio al GDF, en relación a la ejecución de obra extraordinaria.³⁴⁴

Asimismo, en diciembre de 2011 el Consorcio requirió por escrito al GDF el pago total de la obra adicional ejecutada con motivo de la modificación del proyecto original de construcción.³⁴⁵ Estos reclamos dieron motivo a una segunda negociación, de la cual surgieron acuerdos en beneficio del Consorcio.

³⁴⁴ En octubre y noviembre del 2011 se acudió algunas sesiones del Sistema de Transporte Colectivo por invitación de A. Jiménez S. V. Coordinador de Asesores del Secretario de Gobierno del Distrito Federal, quién era suplente en el Consejo del Sistema Colectivo de Transporte Metro. A fin de citar los acuerdos presenciados se solicitó vía transparencia las minutas de las sesiones, pero no fueron proporcionadas. Sin embargo, en las sesiones de Consejo se mantuvieron conversaciones informales con el Director del Sistema Metro, Joel Ortega, sobre las externalidades presentadas y las posibilidades de solución.

³⁴⁵ Escrito inicial del procedimiento de conciliación. Op. Cit. nota al pie 326.

Del seguimiento al conflicto judicial entre las partes, se desprende que en el año 2011 el GDF celebró diversos convenios de reconocimiento de adeudo a favor del Consorcio.³⁴⁶ Los convenios antes referidos tuvieron como objetivo una reasignación de derechos, de manera tal que el GDF se obligó a asumir parte del costo generado por la modificación del proyecto, lo cual benefició al Consorcio, lo que no queda claro fue el beneficio obtenido por el GDF y sus incentivos para la celebración de dichos acuerdos.

2.4.1. Objetivo de la negociación

La segunda negociación celebrada por las partes tuvo como objetivo determinar la forma en que éstas se repartirán los costos derivados de la resolución de externalidades que impactaron la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

2.4.2. Externalidades a resolver

Las externalidades se resolvieron mediante la modificación del proyecto de construcción que constituyó el acuerdo mutuamente beneficioso. El cumplimiento del acuerdo se dio cuando el Consorcio ejecutó las obras adicionales contempladas en dicho proyecto, por lo que, conforme a la teoría de resolución de externalidades mediante negociación, el conflicto había sido resuelto.

No obstante, en el caso concreto la controversia resurgió. El Consorcio reclamaba el pago de las obras adicionales ejecutadas al GDF, por lo que las partes reiniciaron las negociaciones a fin de lograr un acuerdo de mutuo beneficio.

2.4.3. Motivación de las partes para negociar

Los incentivos de Consorcio para entrar en negociación son claros: incrementar su utilidad, sin embargo, en principio parecería que el GDF no tiene incentivo alguno para ello. Entonces, ¿qué motivó al GDF para entablar negociación? A continuación, se analizarán los motivos a favor y en contra del GDF para iniciar una nueva negociación:

Motivos para no negociar.

Algunos de los motivos del GDF para no negociar con el Consorcio son los siguientes: (i) su situación era inmejorable, había conseguido que la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México se construyera, aún y cuando los costos habían sido superiores a los previstos; (ii) había

³⁴⁶ *Ibidem*.

compensado parcialmente costos, renunciando a la ejecución de ciertos aspectos de la obra no indispensables, pero el costo había sido inferior a lo que hubiese tenido que afrontar con una nueva licitación; y (iii) la asignación de derechos le beneficiaba, por lo que el Consorcio al haber ejecutado voluntariamente obra adicional, era responsable de los costos adicionales.

Motivos para negociar.

Estos motivos resultan menos evidentes, sin embargo, fueron lo suficientemente importantes como para hacer concesiones a favor del Consorcio. Los incentivos del GDF a negociar pueden ser diversos, algunos de ellos se describirán a continuación, sin que ello implique una afirmación sobre su influencia en el caso concreto.

El primer motivo se relaciona a la aversión al riesgo de los funcionarios públicos, ya que, aun y cuando la asignación de derechos beneficiaba al GDF, estos tratarían de evitar el conflicto en virtud del riesgo de que la resolución judicial pudiese ser contraria al Estado. Su contraparte en juicio sería el Consorcio, conformado por empresas cuyos accionistas son algunos de los hombres más ricos de México, lo que podría inclinar la balanza en su contra. Además, su aversión al riesgo se vería incrementada por la posibilidad de enfrentar responsabilidad administrativa o penal debido a la modificación del proyecto de construcción y los términos en que fue pactada.

El segundo motivo, podría estar relacionado a los problemas del principal y del agente presentes en los funcionarios públicos, que provocarían que éstos actuaran conforme sus propios intereses y no los del GDF. Un ejemplo de ello podría tener su origen en proteger la reputación de funcionarios públicos, ya que la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México fue la obra emblemática de la administración de Marcelo Ebrad, Jefe de Gobierno del Distrito Federal de diciembre de 2006 a noviembre de 2012. Un conflicto judicial habría ensombrecido su logro, por lo que trataría de evitarlo. Otro ejemplo son las expectativas de oportunidades futuras, ya sea laborales o de financiamiento de campañas. Los funcionarios saben que tienen un tiempo limitado en la administración pública, por lo que tienen incentivos para hacer méritos con las empresas del sector privado. El conflicto de intereses podría ser también el origen de este tipo de problemas del principal y del agente, en el caso concreto el director del Proyecto Metro, representante del GDF en la ejecución del Contrato de Obra Pública, era hermano de uno de los principales directivos de ICA, empresa líder del Consorcio, por lo que tenía incentivos personales para beneficiar al Consorcio.

Asimismo, otra motivación pudiera estar vinculada a prácticas corruptas en las que, mediante beneficios económicos a servidores públicos claves, se pudiese obtener una ganancia indebida en perjuicio del Estado.

En virtud de uno o varios de los factores anteriores, el GDF decidió entablar negociación con el Consorcio, a fin de renegociar la manera en que se repartirían los costes generados por la resolución de las externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, para lo cual tendrían que reasignar los derechos de propiedad aplicables al caso concreto.

2.4.4. Proceso de la negociación y análisis

En octubre de 2012 el Consorcio concluyó la construcción de los trabajos principales de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México y entregó la obra a el GDF.³⁴⁷ Previo a la entrega de la obra, las partes sostuvieron segundas negociaciones a fin de determinar la manera en que se distribuirían los costos generados por la resolución de externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

Las negociaciones tuvieron como resultado que durante el año 2011 las partes celebraran convenios de reconocimiento de adeudo, mediante los cuales el GDF, a posteriori, se obligó a pagar al Consorcio algunos de los trabajos ejecutados como consecuencia de las externalidades, lo que incrementó el tamaño del pastel a compartir. Este acuerdo reasignó los derechos de propiedad de las partes y, en teoría, debió ser de mutuo beneficio, ya que en virtud de éste el Consorcio incrementó su utilidad y el GDF evitaría los costes de un conflicto judicial y el riesgo de perder el juicio, en cuyo caso tendría asumir el coste total de las externalidades.

Las celebraciones de los convenios de reconocimiento de adeudo implicaron una reasignación de derechos de propiedad en favor del Consorcio, sin embargo, los servidores públicos que llevaron a cabo estas acciones no tenían facultades para ello, ya que ley administrativa no prevé un supuesto que permita la celebración de este tipo de convenios, y contradicen la naturaleza propia de los contratos de obra a precio alzado. En razón a lo anterior, los funcionarios públicos que participaron en la formalización de los convenios antes referidos, años más tarde

³⁴⁷ La construcción total de la obra se concluyó en mayo de 2013, sin embargo, de manera irregular y atendiendo a razones políticas, la obra se inauguró y se puso en servicio desde octubre del 2012. La razón principal fue que el entonces Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Marcelo Ebrad, terminaba su mandato en diciembre de 2012 y quería que la obra fuese atribuida a su gestión, por lo que adelantó la inauguración de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

enfrentarían juicios de responsabilidad administrativa.³⁴⁸ Aquí cobra relevancia la teoría de limitación de la discrecionalidad de los funcionarios públicos, conforme a la cual la existencia de los procedimientos burocráticos que limitan la discrecionalidad del funcionario público se explica como una medida de precaución que asegure el empleo correcto de los recursos públicos, sin embargo, esta limitación de la discrecionalidad interfiere con la posibilidad de lograr acuerdos de mutuo beneficio, acorde a la teoría de resolución de externalidades mediante negociación.

Aun y cuando las partes ya habían celebrado varios convenios de reconocimiento de adeudo, el Consorcio en diciembre de 2011 requirió al GDF la formalización mediante convenio y el pago de lo que él calificó como “obras adicionales, extraordinarias y diferentes a las previstas en el Contrato de Obra Pública”.³⁴⁹ Este reclamo incluía los dos tipos de externalidades de externalidades que impactaron negativamente a la obra, es decir: (i) aquellas que no impedían la continuación de los trabajos de construcción, pero que aumentaron los costos de ejecución del proyecto original, y (ii) aquellas que impedían la continuación de los trabajos de construcción conforme al proyecto original contratado.

El Consorcio no solo reclamó el pago de las obras adicionales derivadas de la modificación del proyecto original (que solucionó el segundo tipo de externalidades), sino también de aquellos costos que se incrementaron y que claramente debía absorber conforme los términos y la naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública.

La respuesta del GDF al requerimiento de Consorcio se limitó a señalar que tenía conocimiento de las obras adicionales ejecutadas por éste, así como de los sobrecostos y gastos financieros generados por las mismas y manifestó que el reclamo del Consorcio debía ser sometido a su consideración, conforme al procedimiento que correspondiera en términos de ley, en otras palabras, el procedimiento burocrático aplicable.³⁵⁰

³⁴⁸Véase “Aplican sanciones a 38 personas por Línea 12 del Metro”. *Obras Web*. 25 nov. 2014. Web. Consultado el 22 septiembre de 2015 <<http://www.obrasweb.mx/construccion/2014/11/25/aplican-sanciones-a-38-personas-por-linea-12-del-metro>> y Montes, Rafael. “Por Línea 12, emiten 61 inhabilitaciones y multas por más de 627 mdp”. *Financiero.com.mx*. 9 sep. 2014. Web. Consultado el 22 septiembre de 2015 <<http://www.elfinanciero.com.mx/sociedad/por-linea-12-emiten-61-inhabilitaciones-y-multas-por-mas-de-627-mdp.html>>

³⁴⁹ Escrito inicial del procedimiento de conciliación. Op. Cit. nota al pie 326.

³⁵⁰ *Ibidem*.

A pesar de las negociaciones y de los esfuerzos hechos por el GDF a fin de incrementar el tamaño del pastel a compartir mediante la celebración de convenios de reconocimiento de adeudo, las partes no lograron concretar un acuerdo que incluyese todos los conceptos que formaban parte de su controversia, por lo que en diciembre del 2012 el Consorcio entabló demanda judicial en contra del GDF, reclamando la formalización y pago de las obras y costes adicionales derivados de las externalidades presentadas en el Contrato de Obra Pública. En un primer momento, el Consorcio cuantificó su reclamo en 3 mil 800 millones de pesos (que representa el 25% del costo total del Contrato de Obra Pública),³⁵¹ más impuestos y prestaciones accesorias.

Conforme a la teoría de Shavell, el asunto no tendría que haber llegado a juicio ya que las partes habían incrementado la suma de sus utilidades a fin de lograr acuerdos de mutuo beneficio. El fracaso de las negociaciones tampoco se explica por la presencia de información asimétrica, ya que ambas partes tenían suficiente información sobre las externalidades y el costo de resolverlas.

El fracaso de las negociaciones se explica en virtud de elevados costos de transacción. El actuar del Consorcio incrementó los costes de transacción conforme a la teoría de Coater y Ulen, dado que su comportamiento se revela como poco razonable en el sentido de que pretende que sea el GDF quien cargue con el coste total de las externalidades aún y cuando la asignación de derechos le es contraria a su pretensión. Asimismo, aunque los derechos de propiedad estaban claramente especificados y eran sencillos de comprender a las partes, eran susceptibles de ser modificados en una resolución judicial, lo que generó incentivos perversos en el Consorcio ya que los costes de ir a juicio eran insignificantes contra la posibilidad, aunque fuese baja, de obtener una sentencia favorable en la que pudiese incrementar su utilidad más allá de la esperada y sin tener que asumir la pérdida generada por las externalidades.

Sin embargo, el Juez Cuadragésimo Primero Civil en el Distrito Federal quien conoció del asunto, determinó en la audiencia previa de conciliación y excepciones procesales, que tanto el

³⁵¹ Tal y como lo afirma Coase en su artículo "*The Problem of Social Cost*" la cuantificación que haga la víctima sobre los daños no es fiable, ya que comúnmente se descubrirá que incrementa su valor más allá de lo real. En el caso en concreto, existen tres diferentes cuantificaciones de los costos de las externalidades reclamadas por el Consorcio al GDF: (i) la realizada en la demanda presentada en diciembre de 2012, en dónde cuantifican el costo causado por las externalidades en 3,800 millones de pesos; (ii) la realizada en el proceso conciliatorio ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obra y Servicios, en dónde cuantifican dichos costos en \$4,900 millones de pesos y, (iii) la determinada por un perito nombrado por la partes, que cuantificó los costos en \$2,250 millones de pesos.

Contrato de Obra Pública como la ley administrativa, establecían un procedimiento conciliatorio previo juicio a fin de resolver controversias de carácter técnico o administrativo suscitadas entre las partes, considerando el juzgador que dicho carácter correspondía a la ejecución de obras adicionales a las pactadas originalmente en el Contrato de Obra Pública, las cuales fueron resultado de las externalidades enfrentadas en la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

las prestaciones solicitadas derivan de cuestiones evidentemente técnicas que debieron ser conciliadas por las partes conforme a lo convenido en la cláusula décimo novena del acuerdo de voluntades, previo a acudir ante esta instancia jurisdiccional...³⁵²

El actuar del Consorcio es contradictorio a la hipótesis de relación contractual en la que se establecieron términos para resolver externalidades, ya que en un primer momento no se comprenden las razones del Consorcio para ignorar la herramienta de negociación establecida en el Contrato de Obra Pública y la ley administrativa para resolver su controversia con el GDF. Esto puede deberse a que consideró que el procedimiento conciliatorio sería obsoleto, en virtud de que sus pretensiones eran contrarias a la asignación de los derechos de propiedad y que la capacidad e incentivos del GDF para modificar dicha asignación eran limitados o inclusive nulos. Lo anterior encuadra en la hipótesis de los factores que pueden tener un peso significativo para que se cristalicen las negociaciones, particularmente en lo concerniente a la probabilidad de fallo de la negociación, asimismo, resulta aplicable la teoría de limitación de la discrecionalidad de los funcionarios públicos.

Otro incentivo pudo ser iniciar el procedimiento conciliatorio desde una posición de poder, en la que el GDF sabe de antemano que, de no ofrecer un acuerdo satisfactorio al Consorcio, con seguridad tendrá que enfrentar un juicio.

Más allá de las particularidades de esta segunda negociación, resulta indiscutible que, conforme a la teoría de Coase, ésta no debió presentarse, ya que las partes, en teoría, habían resuelto las externalidades en la primera negociación. La segunda negociación se presentó debido a la

³⁵² Resolución del 23 de abril de 2013, dictada por el Juez Cuadragésimo Primero Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 1693/2012, consultada en “Sistema Integral para Consulta de Resoluciones”. *SICOR*. Poder Judicial del Distrito Federal. Web. Consultado 22 de julio de 2015. <sicor.poderjudicialdf.gob.mx>

incertidumbre generada por una posible reasignación de derechos de propiedad que creó incentivos perversos en el Consorcio, ya que en un principio actuó como si existiese un acuerdo mutuamente beneficioso y fuese deseable resolver las externalidades, para después estar en capacidad de exigir su pago al precio que unilateralmente decidiese y sin tener que ser competitivo, al no haber tenido que someterse a un procedimiento licitatorio. Esto conduce a soluciones no eficientes desde el punto de vista económico, por lo que la suma de la riqueza de las partes se ve reducida al igual que bienestar social.

A fin de entender como el actuar de las partes no condujo a una solución socialmente deseable, se retomará el ejemplo II expuesto en la primera negociación, pero agregando la intensidad del Consorcio de reasignar posteriormente los derechos aplicables al caso vía judicial.

Ejemplo V: Acuerdos no eficientes generados por la posibilidad de reasignar derechos en la Resolución Judicial.

Suponga que el Consorcio al momento de celebrar el Contrato de Obra Pública espera una utilidad de 100. Durante la ejecución de los trabajos se presentan externalidades que impiden la continuación y conclusión del proyecto original por lo que, si las partes no negocian la resolución de las externalidades, será necesario que el Contrato de Obra Pública se termine anticipadamente. Esto disminuiría la utilidad del Consorcio de 100 a solo 30, es decir tendría que afrontar una pérdida de 70 sobre su utilidad, por lo que el Consorcio buscará negociar con el GDF para que la obra se concluya y con ello recuperar parte de la utilidad potencial de 70. El GDF por su parte tiene motivación para negociar, ya que de no hacerlo tendrá que asumir los costos asociados a una nueva licitación y contratación con un valor de 50. Ahora suponga que el costo de resolver las externalidades y continuar con la construcción de la obra es de 140, y que el GDF podrá compensar costos por un monto de 30, por lo que el Consorcio tendría que asumir un coste de 110 por modificar el proyecto de construcción (140 de costos resolución de externalidades - 30 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 110) lo que, conforme a la actual asignación de derechos, daría por resultado que el Consorcio rechazara el acuerdo y terminara anticipadamente el Contrato de Obra Pública, ya que la modificación del proyecto de construcción aumentaría su pérdida (70 de utilidad potencial por concluir la obra - 110 de modificación del proyecto = -40 pérdida) y evitaría que tuviese alguna utilidad del contrato, por lo contrario, tendría que enfrentar una pérdida neta de 10 (30 de utilidad cuando se presentan externalidades - 40 de pérdida real por concluir la obra = -10 pérdida).

Sin embargo, el Consorcio considera un factor adicional, el cual ignora el GDF. Por experiencias previas sabe que tiene altas posibilidades de reasignar los derechos en una resolución judicial, en dónde además desconocerá la compensación de costos del GDF por 30, argumentando que la eliminación de esa obra derivó de efectos externos no imputables a su parte, e incrementará artificialmente el costo de resolución de externalidades de 140 a 170.³⁵³ Si gana el juicio tendrá una utilidad neta de 160 (170 por ganar el juicio – 10 de pérdida neta del Contrato de Obra Pública). Es evidente que si el GDF hubiese anticipado esta situación nunca habría accedido a la modificación del proyecto de construcción, y por lo contrario habría optado por la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública, lo que le habría significado un coste de 50 debido a una nueva licitación y contratación de la obra y no de 200 (170 por perder el juicio + 30 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 200).

Incluso en un escenario menos adverso, suponiendo que el Consorcio reconoce la compensación de 30 del GDF y solo reclama el coste real de la modificación del proyecto de construcción por 110, si gana el juicio tendrá una utilidad neta de 100 (110 por ganar el juicio – 10 de pérdida neta del Contrato de Obra Pública). Continúa sin ser un acuerdo mutuamente beneficioso, ya que el GDF hubiese preferido licitar nuevamente la obra por un coste de 50 y no perder 140 (110 por perder el juicio + 30 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 140).

En cualquiera de los escenarios anteriores, la pérdida del GDF se incrementa más allá de la ganancia del Consorcio, lo que puede observarse en este último caso, en dónde el Consorcio disminuyó su pérdida de 70 a 0 (igual a una ganancia de +70), ya que recuperó su utilidad esperada inicial de 100, pero el GDF aumento su pérdida en 90 (50 costo de nueva licitación – 140 pérdida total por continuar con la obra = -90). Es decir, en la suma de las utilidades de las partes hubo una pérdida neta de -20 (+70 del Consorcio -90 del GDF = -20).

Elaboración propia siguiendo el modelo y las fórmulas de Coase.

Otra manera de demostrar que los resultados no son eficientes es invirtiendo desde un inicio la asignación de derechos, de tal manera que beneficien al Consorcio y no al GDF. Si el resultado del ejemplo anterior fuese eficiente, al invertir la asignación de derechos las partes acordarían por mutuo beneficio la modificación del proyecto de construcción a fin de continuar con la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Sin embargo, el ejemplo que a

³⁵³ Como se expresó anteriormente, en el caso de la Línea 12 del Metro existen al menos 3 cuantificaciones diferentes del costo de resolver las externalidades presentadas durante la construcción de la obra pública.

continuación se expone demuestra lo contrario, ya que aún y cuando los valores son los mismos, el resultado varía pues el GDF opta por la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública. El siguiente ejemplo cuestiona el razonamiento del teorema de Coase, que afirma que la asignación de derechos es irrelevante, ya que sin importar a cuál de las partes favorezca, cuando no existen costos de transacción o estos son bajos, las partes serán capaces de reasignarlos de manera eficiente.

Ejemplo VI: Terminación anticipada del contrato al invertir la asignación de derechos.

Suponga que el Consorcio al momento de celebrar el Contrato de Obra Pública espera una utilidad de 100. Durante la ejecución de los trabajos se presentan externalidades que impiden la continuación y conclusión del proyecto original por lo que, si las partes no negocian la resolución de las externalidades, será necesario que el Contrato de Obra Pública se termine anticipadamente. Esto disminuiría la utilidad del Consorcio de 100 a solo 30, sin embargo, la asignación de derechos le beneficia, por lo que el GDF tendría que resarcir su daño.

En este caso el GDF habría tenido dos opciones: (i) terminar anticipadamente el Contrato de Obra Pública, lo que implicaría un coste de 120 en virtud de: la indemnización al Consorcio por su pérdida de 70 y el coste de una nueva licitación y contratación para la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México por un monto de 50; o (ii) modificar el proyecto de construcción, para lo cual sería necesario que absorbiera el coste total de resolver las externalidades, por un monto de 140. El resultado sería que el GDF terminaría anticipadamente el Contrato de Obra Pública, ya que esta opción minimiza su pérdida y a su vez maximiza la suma de las utilidades de las partes.

Elaboración propia siguiendo el modelo y las fórmulas de Coase.

La posibilidad de que los derechos sean reasignados en juicio provoca en las negociaciones incertidumbre y genera incentivos perversos en las partes, lo que aumenta los costes y lleva a resultados ineficientes desde el punto de vista económico, tal y como lo demuestra el caso de estudio.

2.4.5. Resultado de la negociación

Contrario a lo señalado por Shavell, la negociación entre las partes no falló debido a información asimétrica. La razón principal del fracaso se debió a la incertidumbre creada por la posibilidad de que derechos de propiedad aplicables al caso concreto pudiesen ser modificados mediante una resolución judicial que incrementara las utilidades del Consorcio.

Esto generó incentivos perversos en el Consorcio, para obtener ventajas en la negociación que posteriormente le ayudarían a acreditar su reclamo ante los tribunales. Esto revela que cuando la víctima tiene suficientes recursos para ir a juicio, tiene grandes incentivos para no respetar los acuerdos fruto de las negociaciones y buscar una reasignación de derechos mediante la resolución judicial, que incremente su utilidad.

2.4.6. Aplicación de los supuestos de la teoría

A pesar de que muchos de los supuestos de la teoría de Shavell para la resolución de externalidades aplicaron al caso concreto, la negociación no fue exitosa.

Mediante la celebración de convenios de reconocimiento de adeudo, las partes reasignaron derechos e incrementaron el tamaño del pastel, ya que, conforme a la asignación de derechos original, el Consorcio debía absorber los costes de las obras adicionales. La hipótesis de reasignación de derechos, fue aplicable, ya que el GDF reasignó los derechos de propiedad mediante la celebración de convenios de reconocimiento de adeudo, los cuales pueden ser considerados como nuevos acuerdos, que generan nuevas obligaciones. De hecho, en los litigios el Consorcio pelea el pago de estas obras, por considerarlas no sustitutivas sino adicionales.

2.5. Negociación ante la autoridad administrativa

Como consecuencia del fracaso de la segunda negociación, el Consorcio entabló demanda judicial en diciembre del 2012 en contra del GDF (posterior a la entrega de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México al GDF), reclamando la formalización y pago de las obras y costes adicionales derivados de las externalidades presentadas en el Contrato de Obra Pública. El Consorcio cuantificó su reclamo en 3 mil 800 millones de pesos. La demanda fue admitida por el Juez Cuadragésimo Primero Civil en el Distrito Federal, sin embargo no llegó a pronunciarse respecto a la procedencia del reclamo del Consorcio, ya que en la audiencia previa de conciliación y excepciones procesales, determinó que tanto el Contrato de Obra Pública como la ley administrativa establecían un procedimiento conciliatorio previo a juicio, mediante el cual las partes tendrían que intentar resolver las controversias de carácter técnico o administrativo suscitadas entre ellas.

En razón de la determinación judicial anterior, las partes iniciaron una tercera negociación, esta vez ajustándose a procedimientos burocráticos y en la que intervendría la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, sin que el GDF sospechara que de lo

expresado en las sesiones de la audiencia de conciliación, el Consorcio obtendría el sustento argumental y probatorio, para modificar la naturaleza del conflicto, llevándolo del ámbito administrativo al civil.

2.5.1. Objetivo de la negociación

La tercera negociación celebrada por las partes ante una autoridad administrativa tuvo como objetivo determinar la forma en que las partes se repartirán los costes derivados de la resolución de externalidades que impactaron la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

2.5.2. Externalidades a resolver

Como se explicó anteriormente, las externalidades quedaron resueltas una vez que el Consorcio ejecutó las obras contempladas en la modificación del proyecto de construcción (resultado de la primera negociación de las partes), por lo que el procedimiento conciliatorio no tenía por objetivo resolver externalidad alguna, sino negociar, a posteriori, quien de las dos partes asumiría el costo de su resolución.

La afirmación anterior queda confirmada por lo manifestado por el Consorcio en la primera audiencia del procedimiento conciliatorio que dio marco a la tercera negociación entre las partes:

Finalmente el representante legal del consorcio, manifiesta que no existe discrepancia alguna en cuanto al hecho de que se hayan producido cambios substanciales a los alcances de los trabajos originalmente previstos para la construcción de la línea 12.³⁵⁴

Lo anterior, deja claro que las partes estuvieron de acuerdo en modificar el proyecto original de construcción, instrumento mediante el cual se resolvieron las externalidades. El objetivo de la tercera negociación fue:

³⁵⁴ Audiencia de conciliación del 14 de noviembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Reconocer o no que los cambios en cuestión fueron indispensables como causas supervenientes, imprevisibles e insuperables, que desde luego no fueron imputables al consorcio contratista, por tanto su ejecución quedó fuera del alcance del contrato de obra pública a precio alzado y tiempo determinado relativo a la construcción de la propia línea 12 y que por tal motivo se generaron impactos en cuanto tiempo y costos al consorcio.³⁵⁵

Como puede apreciarse del párrafo anterior, el Consorcio era consciente de que en términos del Contrato de Obra Pública no podía exigir el pago de la resolución de las externalidades, ya que conforme a sus términos y lo señalado en la norma administrativa, no era posible incrementar su monto, lo que implicaba una asignación de derechos en su contra. Su estrategia fue argumentar que las obras adicionales ejecutadas para resolver las externalidades quedaban fuera del alcance del Contrato de Obra Pública y, en consecuencia, deberían ser analizadas por separado, buscando con ello un cambio en los derechos de propiedad aplicables, con el objetivo de éstos fuesen favorables a su parte.

en cuanto al establecimiento preciso de los puntos controvertidos, las partes manifiestan de común acuerdo que éstos se encuentran debidamente delimitados... por lo que solo deben definirse los posibles acuerdos de solución, los cuales se determinarán una vez que el tercero o perito propuesto proteste el cargo y emita su dictamen respecto los puntos controvertidos, desde el punto de vista técnico normativo, en relación con los trabajos extraordinarios o adicionales que el consorcio argumenta no le han sido pagados por parte del Proyecto Metro, así como respecto de los trabajos que el consorcio sostiene no estaba obligado a ejecutar y que el Proyecto Metro refiere como faltantes.³⁵⁶

De lo antes citado se desprende que la negociación entre las partes tenía como objetivo definir si el Consorcio o el GDF (representado por el Proyecto Metro) se harían cargo del coste de la resolución de externalidades. Asimismo, el Consorcio buscó ir más allá, ya que no reconoció la compensación de costes hecha por el GDF en la modificación del proyecto de construcción. Dicha compensación consistió en eliminar aspectos no indispensables de la obra pública, con el objetivo de aminorar los costes que, en teoría, absorbería el Consorcio en la resolución de externalidades, lo cual no ocurrió. Asimismo, en los montos que reclamó el Consorcio al GDF

³⁵⁵ *Ibidem.*

³⁵⁶ *Ibidem.*

no solo incluyeron aquellos derivados de la modificación del proyecto de construcción, sino también el incremento de costes derivado de externalidades, lo cual conforme al Contrato de Obra Pública tendría que asumir el Consorcio.³⁵⁷

2.5.3. Motivación de las partes para negociar

En esta ocasión, las partes se encontraban obligadas a negociar por así haberlo pactado previamente en el Contrato de Obra Pública y por instrucción judicial. La negociación fue iniciada por el Consorcio quien pretendía una reasignación de derechos a su favor en juicio, sin embargo, el juez sentenció que previamente debía agotar la conciliación. Por su parte, el GDF tenía oportunidad de conciliar con el Consorcio, evitando de esta manera el enfrentamiento en los tribunales.

2.5.4. Proceso de la negociación y análisis

Conforme a lo señalado por el artículo 80 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, el cual fue analizado en la segunda parte del presente capítulo, titulada de “antecedentes”, en esta sección, se analizará el procedimiento conciliatorio a que se sometieron el Consorcio y el GDF, representado por el Proyecto Metro.

Solicitud de conciliación.

Como lo determina el artículo 80 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, la solicitud de conciliación fue realizada por el Consorcio, tal y como se hizo constar en la audiencia de conciliación del 14 de noviembre del 2013, que dice:

Se levanta la presente acta con motivo del procedimiento de conciliación que promovió el Consorcio Contratista integrado por las empresas... mediante escritos del siete y veintitrés de agosto de dos mil trece, relativos a discrepancias suscitadas por aspectos técnicos y/o administrativos del contrato de obra pública a precio alzado y tiempo determinado número..., celebrado con el Proyecto Metro del Distrito Federal, relativo al proyecto integral a precio alzado y tiempo determinado para la construcción de la Línea 12 Tláhuac-Mixcoac del Sistema de Transporte Colectivo.³⁵⁸

³⁵⁷ La explicación de los dos tipos de externalidades presentadas en la construcción de la Línea 12 del Metro se explica en la primera negociación sostenida entre las partes, contenida en el presente capítulo.

³⁵⁸ Audiencia de conciliación del 14 de noviembre de 2013. Op. Cit. notal al pie 348.

Procedencia de la conciliación.

Dado que existió procedimiento conciliatorio, es evidente que la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal determinó procedente la solicitud de conciliación hecha por el Consorcio.

Audiencia de conciliación y exhortación a conciliar.

La Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal determinó que, a efecto de que las partes expusieran sus discrepancias, la audiencia de conciliación podría celebrarse en varias sesiones y exhortó a las partes a conciliar sus diferencias.³⁵⁹ La audiencia de conciliación se celebró en 9 sesiones, las cuales se llevaron a cabo durante los meses de noviembre y diciembre de 2013 y enero 2014 ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. A continuación, se describirá brevemente lo sucedido en cada una de las reuniones sostenidas entre las partes (sesiones de la audiencia de conciliación).

Primera sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 14 de noviembre del 2013, las partes: (i) determinaron en qué consistía su controversia; (ii) manifestaron estar de acuerdo en sujetarse a la tramitación del procedimiento de conciliación; (iii) nombraron representantes legales que actuaran en su nombre; y, (iv) propusieron de común acuerdo a un perito, quién sería el encargado de emitir un dictamen sobre los puntos en discrepancia, y que serviría de base para definir posibles acuerdos de solución.³⁶⁰

Segunda sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 19 de noviembre del 2013, las partes únicamente pactaron cuestiones referentes al perito y los plazos en que éste rendiría sus dictámenes.³⁶¹

Tercera sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 20 de noviembre del 2013, esta audiencia es de gran relevancia, ya que las partes establecieron la metodología conforme a la cual se solventaría la controversia, la cual consistía en apoyarse en el dictamen pericial de un tercero, y en base a este buscar acuerdos de mutuo

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ Audiencia de conciliación del 19 de noviembre del 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

beneficio. Esto constituía una herramienta útil, ya que buscaba evitar que la víctima exagerara el valor de su pérdida. Entre los puntos de acuerdo se encontraba:

- a) El perito entregará a las partes cuando menos con dos días de anticipación al día de la sesión, el dictamen parcial específico a los puntos que se tocarán en la misma, mediante notificación en los domicilios señalados para tal efecto, recabando los acuses correspondientes.
- b) Será responsabilidad de las partes, realizar el análisis de los resultados del perito por cada punto en controversia, previamente a la sesión respectiva, para que en la sesión solo formulen sus conclusiones.
- c) Las partes tendrán la obligación de determinar si se llega a la conciliación en cada uno de los puntos que se analicen en cada sesión, toda vez que, atendiendo a la naturaleza del procedimiento, son éstas quienes establecen las propuestas de solución y en su caso las de conciliación.
- d) El día de la sesión se permitirá el uso de la voz a cada una de las partes, para que separadamente expongan sus conclusiones de los puntos dictaminados e indicarán su propuesta de solución.
- e) Posteriormente las partes analizarán ambas propuestas de forma conjunta, y en su caso, llegaran a la conciliación; en la inteligencia que de no llegar a una propuesta de solución, se concluirá el presente procedimiento, dejando a salvo los derechos de las partes para que lo hagan valer en la vía que estimen pertinente, atendiendo al artículo 82 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.³⁶²

Es importante destacar esta sesión, ya que la metodología pactada por las partes parece razonable y atiende a los intereses del GDF y del Consorcio. En posteriores sesiones, se observará un cambio radical en el actuar del GDF, el cual está relacionado con el cambio de representante legal, lo que hace suponer que el actuar posterior del GDF estuvo afectado por un problema del principal y del agente.

Cuarta sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 2 de diciembre del 2013, el perito entregó el primer dictamen global, cuyo propósito fue establecer que la conciliación era necesaria. El perito afirmó lo siguiente: “resulta

³⁶² Audiencia de conciliación del 20 de noviembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

procedente que las partes inicien un proceso para conciliar las diferencias en los temas y conceptos ahí referidos”.³⁶³

Quinta sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 6 de diciembre del 2013, se hizo constar el cambio de representante legal del Proyecto Metro, por así ordenarlo el Director General de dicho organismo, ingeniero Enrique Horcasitas.³⁶⁴

Se hace constar que se tiene a la vista el oficio... suscrito por el Ingeniero *** en su carácter de Director General del Órgano Desconcentrado Proyecto Metro del Distrito Federal adscrito a la Secretaría de Obras y Servicios, mediante el cual revoca la autorización que le otorgó a la Licenciada *** para intervenir en el presente procedimiento de conciliación...³⁶⁵

Se hace constar que asisten a esta Audiencia de Conciliación:

El Ingeniero ***, quien acredita sus facultades para actuar en el presente procedimiento de conciliación, en representación del Proyecto Metro del Distrito Federal, con el oficio... suscrito por el Ingeniero ***, en su carácter de Director General del Órgano Desconcentrado Proyecto Metro del Distrito Federal adscrito a la Secretaría de Obras y Servicios, así como con la publicación de la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha veintisiete de agosto de dos mil diez, mediante la que se le facultó para intervenir en actos jurídicos relacionados con el contrato de obra pública a precio alzado y tiempo determinado.³⁶⁶

³⁶³ Audiencia de conciliación del 2 de diciembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

³⁶⁴ En diciembre de 2013 el Director General del Órgano Desconcentrado Proyecto Metro del Distrito Federal era Enrique Horcasitas, hermano de uno de los principales directivos de ICA.

³⁶⁵ Los asteriscos bloquean los nombres de los participantes en virtud de la Ley de Protección de Datos Personales de México.

³⁶⁶ Audiencia de conciliación del 6 de diciembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Este cambio de representante legal implicaría en sesiones posteriores un cambio radical en el actuar del representante del GDF, que pareciera no favorecer los intereses del Gobierno. Además, la alineación de incentivos del entonces Director General del Proyecto Metro con los intereses del GDF es, por lo menos, dudosa ya que dicho funcionario público es hermano de uno de los altos directivos de ICA, empresa líder del Consorcio. En virtud de lo anterior, es probable que la presente conciliación estuviese afectada por problemas de principal y agente. El nombramiento del nuevo representante del Proyecto Metro parece tener una motivación adicional, y es que el representante del GDF en esta negociación parece contar con facultades para celebrar contratos y convenios. Dicha facultad la sustentaba el representante en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 27 de agosto de 2010 bajo el título de ACUERDO POR EL QUE SE DELEGA EN EL TITULAR DE LA DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN DE CONTRATOS DEL ÓRGANO DESCONCENTRADO PROYECTO METRO DEL DISTRITO FEDERAL LA FACULTAD QUE SE INDICA.³⁶⁷ Sin embargo, dicha facultad no lo exime de someterse al marco normativo.

En dicho acuerdo el entonces Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Marcelo Luis Ebrard Casaubon, delegó en el titular de la Dirección de Administración de Contratos del Proyecto Metro la atribución establecida en la fracción VI del artículo 205 del Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal, consistente en la celebración de los contratos y convenios de obras y adquisiciones que se requirieran para la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.³⁶⁸

Sin embargo, conforme a las normas administrativas y procedimientos burocráticos aplicables, esta atribución tendría que ser ejercida dentro del marco legal aplicable y no de manera indiscriminada a elección del titular de la Dirección de Administración de Contratos del Proyecto Metro. Es decir, para que dicho funcionario público celebrara convenios y contratos de obras para la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, previamente debían de cumplirse los procedimientos burocráticos aplicables, como la licitación pública o cualquier otro establecido en las leyes administrativas. Lo anterior guarda relación con la teoría de limitación de la discrecionalidad de los servidores públicos, y los procedimientos burocráticos aplicables, a que se hizo referencia en el marco teórico de este capítulo.

³⁶⁷Véase Gaceta Oficial del Distrito Federal el 27 de agosto del 2010, en “Gaceta Oficial”. CDMX. Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México. Web. Consultado el 15 ago. 2015. <www.cdmx.gob.mx/gobierno/gaceta>

³⁶⁸ El cambio de representante legal y las facultades de que gozaba fueron aspectos muy importantes al momento de fundamentar el reclamo judicial que, posteriormente, haría el Consorcio al GDF.

Propuestas de solución.

Después del cambio de representante legal hecho por el Proyecto Metro, las partes dejaron sin efecto la metodología establecida en la tercera sesión, en la cual el dictamen pericial solo constituía un elemento de apoyo para las partes y las posibles propuestas de solución. En vez de ello, constituyeron al perito en árbitro de su conflicto y propusieron que fuese él quien determinase la procedencia de los reclamos hechos por las partes, sin tener la capacidad técnica y jurídica para hacerlo.

Sexta sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 10 de diciembre del 2013, el Consorcio y el GDF, a través del Proyecto Metro del Distrito Federal manifestaron lo siguiente:

Que las partes comunican a este Órgano de Control Interno que se encuentran precisando los términos de la propuesta conjunta de conciliación, respecto de las discrepancias materia del procedimiento en que se actúa, misma que presentarán en la sesión que se solicita tenga verificativo... y que en lo esencial se refiere a que se obligarán a estar y pasar por el dictamen que emita el perito aceptado por las partes, incluyendo los periciales que lo integran salvo error manifiesto, dolo o mala fe.³⁶⁹

En un primer momento el actuar de las partes no parece racional. Las partes no tomaron ninguna medida particular para asegurarse que el perito era independiente y que no buscaría favorecer indebidamente a alguna de ellas.³⁷⁰ Asimismo, este tipo de acuerdos no tienen sustento alguno en la norma administrativa, por lo que el GDF, actuando a través del Proyecto Metro, estaría violando la ley aplicable con este tipo de propuestas. Además, parece una solución con un alto nivel de riesgo para las partes, ya que el perito podría no estar plenamente cualificado para

³⁶⁹ Audiencia de conciliación del 10 de diciembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

³⁷⁰ En los procesos judiciales mexicanos, cuando resulta necesaria la evaluación de un perito, la ley procedimental contempla que cada una de las partes nombre a un perito y, en algunos casos, incluso el Juez o Tribunal puede nombrar perito tercero a fin de tener elementos suficientes para evaluar la imparcialidad de los dictámenes periciales. No es raro observar en este tipo de procedimientos que los peritos de cada parte emitan dictámenes favorecedores a quien los contrató, poniendo en tela de juicio la veracidad de las conclusiones a las que se llegan en dichos dictámenes.

resolver este tipo de controversia y mucho menos tener conocimientos que aseguren que su dictamen sea económicamente eficiente.

Séptima sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 13 de diciembre del 2013, las partes propusieron como solución a su conflicto obligarse a “estar y pasar” por el dictamen que respecto de las discrepancias materia del procedimiento de conciliación, siendo parte consubstancial los dictámenes parciales que lo integran, salvo error manifiesto, dolo o mala fe.

para efectos de lo previsto a través de los incisos i) y j) del artículo 80 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal y en concordancia con lo manifestado por las mismas en la sesión correspondiente a la audiencia de conciliación, celebrada el diez de los corrientes, las partes presentan conjuntamente ante este Órgano Interno de Control, como propuesta de solución respecto de las discrepancias materia del citado procedimiento, la siguiente:

Las partes quedan obligadas a estar y pasar por el dictamen que respecto de las discrepancias materia del procedimiento de conciliación que se tramita, emita el perito aceptado por las mismas, del que serán parte consubstancial los dictámenes parciales que lo integren, salvo error manifiesto, dolo o mala fe.³⁷¹

Tal y como se señaló anteriormente, esta propuesta de solución dejó sin efectos la primera metodología pactada por las partes, dejando la resolución del conflicto en manos de un perito.

En virtud que las partes hemos expresado nuestra propuesta de solución conjunta acordamos dejar sin efectos la metodología establecida en la tercera sesión del presente procedimiento de fecha veinte de noviembre de dos mil trece, así como las fecha programadas para sesiones y entregas de dictámenes.³⁷²

³⁷¹ Audiencia de conciliación del 13 de diciembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

³⁷² *Ibidem*.

Al respecto, la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal no avaló ni prejuzgó dicha propuesta de solución del conflicto.

La Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, no prejuzgará ni avalará sobre la solución al conflicto planteado y se reserva su derecho para realizar las verificaciones, revisiones, inspecciones, visitas o auditorías ordinarias y extraordinarias, respecto del contrato que nos ocupa, en términos de las facultades que le otorga el artículo 113 del Reglamento Interior de la Administración Pública del Distrito Federal.³⁷³

Es decir, la propuesta de solución de las partes no fue avalada en esta sesión por la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, y conforme al procedimiento establecido en el artículo 80 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, dicha autoridad era la única con facultades para determinar la “propuesta de conciliación”, siempre que ésta se encontrara plenamente apegada a derecho.

Resolución y, en su caso, propuesta de conciliación.

La Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal rechazó la solución propuesta por las partes, ya que ésta no cumplía con lo establecido en el artículo 80 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, por lo que las requirió a efecto de formular nuevas propuestas de solución.

Octava sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 14 de enero del 2014, la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal requirió a las partes a formular sus propuestas de solución, aclarando que dicha propuesta debía provenir de las partes y no del perito designado, ya que el dictamen que éste emitiese solo serviría de elemento de apoyo a las partes. En la propuesta de solución las partes deberían valorar los alcances jurídicos del contrato, las disposiciones aplicables de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, los dictámenes de las supervisoras, entre otros elementos.

En relación a la petición efectuada esta Contraloría ACUERDA citar a las partes para que el día 16 de enero de 2014 a las 12:00, para que estén presentes a efecto

³⁷³ *Ibidem.*

de formular sus propuestas de solución y en su caso de conciliación en la inteligencia que, con fundamento en los artículos 80, incisos g), i) y j) y 82 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal corresponderá a las partes y no a terceros exponer las mismas.

En uso de la palabra el Consorcio contratista manifiesta que respecto al acuerdo de esta Contraloría en el sentido de que cita a las partes a efecto de formular sus propuestas de solución y en su caso de conciliación, se aclara que dicha propuesta de solución y de conciliación ya obra en la pasada sesión de conciliación, lo cual se manifiesta para todos los efectos legales a que haya lugar.

En relación a la manifestación efectuada por el consorcio, este Órgano de Control Interno ACUERDA que en términos de los artículos 80, incisos g) i) y j) y 82 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, así como de lo expresado por las partes en la segunda sesión de conciliación, las propuestas de solución y de conciliación del conflicto planteado corresponde a las partes y no al perito designado, siendo en su caso el dictamen emitido un elemento que puede servir de apoyo a las partes para lo cual deberán valorar además, los alcances jurídicos del contrato, las disposiciones aplicables de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, los dictámenes de las supervisoras, entre otros elementos, por lo cual la toma de decisiones corresponde a las partes sin que el dictamen a que aluden constituya en sí mismo una propuesta de solución.³⁷⁴

Mediante el acuerdo anterior, la Contraloría especificó que la solución que propusiesen las partes tendría que ajustarse a los alcances jurídicos del Contrato de Obra Pública y de las leyes administrativas aplicables, por lo que el acuerdo debería respetar la asignación de derechos de propiedad establecida en la norma y el contrato. Lo anterior se explica mediante la teoría de limitación de la discrecionalidad de los funcionarios públicos, siendo además un mecanismo de solución del problema del principal y del agente a que se refieren Pindyck y Rubinfeld. Dichos autores afirman que la alineación de incentivos de los funcionarios públicos puede ser

³⁷⁴ Audiencia de conciliación del 14 de enero de 2014 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

controlada mediante la función de supervisión que desempeñan ciertos organismos públicos,³⁷⁵ como lo es en este caso la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios.

Novena sesión de la audiencia de conciliación.

Celebrada el 16 de enero del 2014, en la cual el representante del Proyecto Metro (GDF) corrige su conducta gracias a la supervisión de la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. En dicha sesión el representante del Proyecto Metro desconoció su acuerdo previo de someterse a la decisión del perito, lo que apoya la idea de que su actuar estuvo afectado por un problema de principal y del agente.

esta Contraloría Interna, sin prejuzgar sobre el conflicto planteado ACUERDA que las partes señalen a esta Contraloría Interna su propuesta de solución y/o conciliación sobre cada uno de los puntos en controversia, expresando los términos y montos respectivos, por ser la voluntad de las partes la que debe exponerse para resolver las discrepancias de carácter técnico o administrativo; para lo cual deberán considerar en la toma de decisión, entre otros elementos, las condiciones, términos y alcances estipulados en el contrato respectivo, las disposiciones jurídicas y administrativas aplicables al contrato materia de controversia, la suficiencia presupuestal, la determinación de las empresas supervisoras, y en su caso, el dictamen del perito designado por las partes.³⁷⁶

En la referida sesión el perito nombrado por las partes hizo entrega de su dictamen, el cual declaró no procedentes los reclamos del GDF y procedentes los reclamos del Consorcio, sin que dicho dictamen hiciese un análisis de la asignación de derechos establecida en el Contrato de Obra Pública y en la norma administrativa o evaluase cuestiones de eficiencia económica. Al respecto el Consorcio manifestó estar conforme, por lo que solicitó que la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios resolviera el conflicto basándose en el referido dictamen pericial.

³⁷⁵ Pindyck. 733. Op. Cit. nota al pie 79.

³⁷⁶ Audiencia de conciliación del 16 de enero de 2014 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

el representante común del Consorcio Contratista integrado por las empresas... hace uso de la palabra para manifestar: Las partes resolverían esta controversia en virtud del dictamen que emitiría el perito e incluso señalamos que reiteramos lo manifestado en el sentido que este sería el único medio para resolver, razón por la cual ratificamos nuestra postura respecto al acuerdo a que llegamos con el Proyecto Metro del Distrito Federal en la séptima sesión de la audiencia de conciliación celebrada el 13 de diciembre de 2013, destacando que el Contralor Interno en dicha acta acordó que atendiendo a lo acordado por las partes estimó pertinente concluir dicha sesión para continuarla el 14 de enero de 2014, por lo que se debe emitir la resolución correspondiente.

Por su parte el GDF, representado por el Proyecto Metro desconoció el acuerdo celebrado en la séptima sesión, al igual que el contenido del dictamen pericial.

Acto seguido el Ingeniero ***, en representación del Órgano Desconcentrado Proyecto Metro del Distrito Federal, hace uso de la palabra para manifestar: El Proyecto Metro del Distrito Federal manifiesta que: 1.- En este acto se entera de que el perito presenta diversos documentos que dicen contienen los dictámenes que ha formulado respecto de las discrepancias materia de este procedimiento de conciliación. 2.- Por lo antes indicado el PMDF no tiene conocimiento de contenido de tales documentos. 3.- El PMDF no cuenta con elemento alguno para presentar una propuesta de solución respecto a las discrepancias origen de este procedimiento y por consecuencia se remite en sus términos a lo manifestado en su oficio del trece de noviembre del año próximo pasado; siendo todo lo que tiene que decir.³⁷⁷

De lo sucedido en esta novena sesión, parece desprenderse que la voluntad del representante del Proyecto Metro del Distrito Federal (GDF) efectivamente se encontraba viciada en virtud de un problema del principal y del agente, lo cual se corrigió una vez que la Contraloría Interna determinó que la propuesta de solución hecha por las partes contravenía lo dispuesto en la norma administrativa. La vigilancia de la Contraloría Interna evitó que el representante del Proyecto Metro del Distrito Federal tomase un acuerdo contrario a los intereses del último

³⁷⁷ *Ibidem.*

nombrado, lo cual resulta eficiente, ya que dicho acuerdo no constituía un acuerdo de mutuo beneficio.

2.5.5. Resultado de la negociación

La Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal dictó resolución el 29 de enero del 2014, determinando que las partes no habían llegado a acuerdo alguno en relación a su controversia, por lo que se dejaron a salvo los derechos de las partes para hacerlos valer como lo considerasen oportuno. Lo que se traducía en que dejaba en libertad a las partes para que acudieran ante un tribunal a hacer valer sus derechos.

En razón del fracaso de las negociaciones, el 9 de mayo de 2014 el Consorcio demandó al GDF el cumplimiento de la propuesta de solución formulada por las partes en la sesión séptima de la audiencia de conciliación. El argumento del Consorcio fue que dicha propuesta podía ser considerada como un “acuerdo” entre las partes de carácter civil, por lo que resultaba intrascendente que la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal hubiese declarado que las partes no habían llegado a un acuerdo. Por su parte, el GDF liquidó unilateralmente el Contrato de Obra Pública, determinando adeudos a cargo del Consorcio por varias razones, entre ellas la no ejecución de obras o mal ejecución de estas, resultado de la compensación de costos de las externalidades.

Lo que nunca fue valorado en el proceso de negociación fue si la modificación del proyecto de construcción constituyó un acto óptimo. Como se explicó en la introducción del presente capítulo, la suspensión de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México tuvo como origen la modificación del proyecto de construcción, mediante el cual se resolvieron las externalidades que se presentaron durante la construcción de la obra. La modificación del proyecto de construcción determinó el trazo final de la obra, provocando que ciertas curvas del trayecto fuesen muy pronunciadas y produjesen un desgaste acelerado en las vías.³⁷⁸

Al igual que ocurrió en el caso de estudio, el teorema de Coase y la teoría de Shavell, no consideran en su modelo de resolución de externalidades mediante negociación la utilidad del acto generador de externalidades, por lo que la solución a que lleguen las partes no necesariamente incrementa la eficiencia económica, o maximiza la suma de las utilidades de las partes, ni incrementa el bienestar social desde un punto de vista económico.

³⁷⁸ “Fallas en diseño y operación en la Línea 12 del Metro: Systra”. Op. Cit. nota al pie 241.

Para comprender lo anterior, en un primer momento es necesario recordar los tres supuestos fundamentales de la teoría de resolución de externalidades mediante negociación de Shavell, basada en el teorema de Coase: (i) hipótesis de los actos óptimos, conforme a la cual solo es óptimo que un acto sea realizado solo si su utilidad para el actor junto con sus efectos externos sobre la utilidad de otros es, en total, positivo; (ii) hipótesis de la minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes, conforme a la cual será eficiente que se tome la precaución (prevención) siempre que su costo sea inferior al daño potencial, *contrario sensu*, será eficiente que se cause el daño cuando el costo de la precaución sea superior al daño potencial; y finalmente (iii) hipótesis de la irrelevancia de la asignación de derechos cuando los costos de transacción son cero, conforme a la cual la asignación de derechos es irrelevante, ya que al no existir costos de transacción las partes serán capaces de reasignarlos de manera eficiente.

Aun y cuando la teoría de resolución de externalidades mediante negociación considera fundamental que solo los actos óptimos se lleven a cabo, el modelo propuesto no siempre conducirá a ese resultado. Tanto el teorema de Coase, como la teoría de Shavell son teorías de costo beneficio en las que solo se consideran dos factores: (i) el costo de la prevención del daño, y (ii) el valor del daño potencial a la víctima. El modelo excluye la utilidad del acto generador de la externalidad, lo que conduce en ocasiones a resultados que no son eficientes desde el punto de vista económico.

A continuación, se citan ejemplos elaborados por Shavell, los cuales están basados en el teorema de Coase, a fin de analizar su resultado. Posteriormente, utilizando los mismos ejemplos, se incorpora la utilidad del acto generador de externalidades, con la intención de determinar si el modelo de resolución de externalidades mediante negociación siempre conduce a resultados eficientes desde el punto de vista económico.

Ejemplo VII: Resultados aparentemente eficientes de la fórmula de Coase, en los que se considera únicamente el valor del daño y el costo de la prevención, siendo irrelevante la asignación de derechos.

Ejemplos de Shavell que involucran la generación de contaminación. En ellos puede apreciarse factores como el costo de precaución y el valor del daño, así como la irrelevancia de la asignación de los derechos, ya que las partes siempre lograrán el resultado eficiente.

A) Asignación de derechos de propiedad a favor de la víctima (regla de no contaminar)

Factores a considerar:

Prevención del daño	30
Valor del daño	50

“En este modelo, es deseable que el causante tome la precaución si y solo si su coste es menor que el daño que podría ser prevenido, para que reduzca al mínimo las pérdidas de las dos partes (o equivalentemente, maximice la suma de sus utilidades). Por lo tanto, si la instalación de un supresor de humo cuesta 30 y prevendría un daño de 50, sería óptimo instalarlo”.³⁷⁹

Resultado.

Se toma la precaución. El causante toma la precaución, ya que prefiere enfrentar el costo de 30 en lugar de pagar los daños a la víctima por el monto de 50.

B) Asignación de derechos de propiedad a favor del causante (regla que permite la contaminación)

Factores a considerar:

Prevención del daño	30
Valor del daño	50

“En la situación que involucra el supresor de humo, cada una de las partes estará mejor si el causante se compromete a tomar la precaución a un costo de 30 a cambio del pago de, digamos, 35 por la víctima; porque entonces la utilidad del causante será aumentada en 5 y la utilidad de la víctima se incrementará en 15 porque va a evitar el daño de los 50. Por lo tanto, nuestra hipótesis es que se hará tal acuerdo”.³⁸⁰

Resultado.

Se toma la precaución: La víctima paga al causante 35, cuya utilidad aumenta en 5. La víctima reduce su pérdida (equivalente a aumentar su utilidad) en 15.

Elaboración propia a partir de los ejemplos de Shavell que siguen el modelo y las fórmulas de Coase.

Los dos ejemplos anteriores dejan ver que, en ausencia de costos de transacción, cuando solo se considera el coste de la precaución y el valor del daño, la asignación de derechos es

³⁷⁹ Shavell. 80. Op. Cit. nota al pie 81.

³⁸⁰ *Ibidem*. 84.

irrelevante, ya que con independencia de que beneficie a la víctima o al causante, las partes lograrán siempre el mismo resultado, el cual califica Coase como eficiente, que en el caso de los ejemplos es tomar la precaución.³⁸¹

Sin embargo, tal y como lo evidencian los ejemplos, el modelo no revela si el acto generador de externalidades es óptimo, es decir, si su utilidad es superior a los efectos externos que provoca o, por lo menos, si es superior al costo de la prevención. Recordemos que la hipótesis de los actos óptimos de Shavell afirma que “es óptimo que un acto sea realizado si y solo si su utilidad para el actor junto con sus efectos externos sobre la utilidad de otros es, en total, positivo”³⁸². A continuación, se analizará si la teoría de resolución de externalidades mediante negociación de Shavell, basada en el teorema de Coase, aseguran que solo los actos óptimos se produzcan, para lo que agregaremos a los ejemplos anteriores un factor adicional: la utilidad del acto generador de externalidades.

Ejemplo VIII: Resultados ineficientes de la fórmula de Coase cuando se contrasta con la utilidad del acto generador de externalidades, lo que se corrige con una correcta asignación de derechos.

Ahora, a efecto de determinar si la fórmula de Coase asegura que solo los actos óptimos se produzcan (conforme a su propia teoría), se analizará el resultado de sus postulados conforme a lo siguiente:

A) Asignación de derechos de propiedad a favor de la víctima (regla de no contaminar)

Factores a considerar:

	Utilidad de la actividad generadora de externalidades (tres supuestos)		
	(a) 60	(b) 40	(c) 20
Prevención del daño:	30	30	30
Valor del daño	50	50	50

³⁸¹ Esta visión sigue siendo limitada. Algunas de las críticas al teorema de Coase insisten en que la cantidad de producción puede incrementar el daño causado y esto solo puede corregirse cuando el causante tiene que absorber la responsabilidad de dicho daño (ver gráfico 1 de externalidades de Pindyck y Rubinfeld). Además, las posibilidades de que la víctima se percate del daño causado son inferiores, contrario a lo que sucede con el causante, quien sabe que su actividad produce daño.

³⁸² Shavell. 80. Op. Cit. nota al pie 81.

Postulado de Shavell (basado en la fórmula de Coase):

“En este modelo, es deseable que el causante tome la precaución si y solo si su coste es menor que el daño que podría ser prevenido, para que reduzca al mínimo las pérdidas de las dos partes (o equivalentemente, maximice la suma de sus utilidades). Por lo tanto, si la instalación de un supresor de humo cuesta 30 y prevendría un daño de 50, sería óptimo instalarlo.”³⁸³

Resultados.

Supuesto (a).

El causante tomará la precaución de 30 ya que: (i) su utilidad se lo permite (60 de utilidad – 30 de daños = 30 de utilidad neta); y (ii) la precaución es más barata que la reparación del daño a la víctima (50 de daño – 30 de precaución = 20 de ahorro). Su actividad es óptima, porque su utilidad supera los daños potenciales (60 de utilidad – 50 de daños = 10 acto óptimo) y el costo de prevención (60 de utilidad – 30 de prevención = 30 acto óptimo). El resultado es eficiente, ya que la utilidad del acto supera el costo de la precaución y el valor del daño potencial, por lo que es deseable que se lleve a cabo.

Supuesto (b).

El causante tomará la precaución de 30 ya que: (i) su utilidad se lo permite (40 de utilidad – 30 de precaución = 10 de utilidad neta); (ii) la precaución es más barata que la reparación del daño a la víctima (50 de daño – 30 de precaución = 20 de ahorro); y (iii) si no toma la precaución, la utilidad de su actividad no le permite pagar el daño causado (40 de utilidad – 50 de daño = -10 de pérdida), por lo que tendría que abandonar su actividad. Su actividad es óptima, aunque su utilidad no supera los daños potenciales, si es mayor al costo de la precaución, lo que incrementa el bienestar social (40 de utilidad – 30 de precaución = 10 acto óptimo). El resultado es eficiente, ya que la utilidad del acto supera el costo de la precaución, por lo que es deseable que se lleve a cabo.

Supuesto (c).

El causante no llevará a cabo su actividad ya que: su utilidad es menor al costo de precaución (20 de utilidad – 30 de precaución = -10 de pérdida neta, acto no óptimo). El resultado es eficiente, ya que la utilidad del acto no supera el costo de la precaución, ni el valor del daño potencial, por lo que no es deseable que se lleve a cabo.

³⁸³ *Ibidem*.

B) Asignación de derechos de propiedad a favor del causante (regla que permite la contaminación)

Factores a considerar:

	Utilidad de la actividad generadora de externalidades (tres supuestos)		
	(a) 60	(b) 40	(c) 20
Prevención del daño:	30	30	30
Valor del daño	50	50	50

Postulado de Shavell (basado en la fórmula de Coase):

“En la situación que involucra el supresor de humo, cada una de las partes estará mejor si el causante se compromete a tomar la precaución a un costo de 30 a cambio del pago de, digamos, 35 por la víctima; porque entonces la utilidad del causante será aumentada en 5 y la utilidad de la víctima se incrementará en 15 porque va a evitar el daño de los 50. Por lo tanto, nuestra hipótesis es que se hará tal acuerdo”.³⁸⁴

Resultados.

Supuesto (a).

La víctima paga al causante 35 por tomar la precaución. La utilidad del causante aumenta en 5 (60 de utilidad de la actividad + 5 de utilidad por prevención = 65 utilidad total) y la víctima reduce su pérdida (equivalente a aumentar su utilidad) en 15. Como el causante no toma la precaución, la utilidad de la actividad generadora no es relevante en el resultado, sin embargo, dado que se conoce dicha utilidad se puede concluir que su actividad es óptima, ya que la utilidad total del causante supera los daños potenciales (65 de utilidad total– 50 de daños = 15 acto óptimo) y el costo de prevención (65 de utilidad total– 35 de prevención = 30 acto óptimo). El resultado es eficiente, ya que la utilidad del acto supera el costo de la precaución y el valor del daño potencial, por lo que es deseable que se lleve a cabo.

Supuesto (b).

La víctima paga al causante 35 por tomar la precaución. La utilidad del causante aumenta en 5 (40 de utilidad de la actividad + 5 de utilidad por prevención = 45 utilidad total) y la víctima reduce su pérdida (equivalente a aumentar su utilidad) en 15. Como el causante no toma la

³⁸⁴ Ibidem. 84.

precaución, la utilidad de la actividad generadora no es relevante en el resultado, sin embargo, dado que se conoce dicha utilidad se puede concluir que su actividad es óptima, aunque su utilidad no supera los daños potenciales, si es mayor al costo de la precaución, lo que incrementa el bienestar social (45 de utilidad total– 35 de precaución = 10 acto óptimo). El resultado es eficiente, ya que la utilidad del acto supera el costo de la precaución, por lo que es deseable que se lleve a cabo.

Supuesto (c).

La víctima paga al causante 35 por tomar la precaución. La utilidad del causante aumenta en 5 (20 de utilidad de la actividad + 5 de utilidad por prevención = 25 utilidad total) y la víctima reduce su pérdida (equivalente a aumentar su utilidad) en 15. Como el causante no toma la precaución, la utilidad de la actividad generadora no es relevante en el resultado, sin embargo, dado que se conoce dicha utilidad se puede concluir que su actividad no es óptima, ya que su utilidad no supera el costo de la precaución, ni el valor del daño potencial, lo que disminuye el bienestar social (25 de utilidad total – 35 de precaución = -10 acto no óptimo). El resultado no es eficiente, ya que la utilidad del acto no supera el costo de la precaución, por lo que no es deseable que se lleve a cabo.

Elaboración propia siguiendo el modelo y las fórmulas de Coase.

Los ejemplos anteriores revelan que cuando: (i) la asignación de derechos favorece al causante (regla que permite la contaminación), y (ii) la utilidad de la actividad generadora de externalidades es menor que el costo de prevención, y éste a su vez es menor que el valor del daño potencial,³⁸⁵ el modelo de resolución de externalidades de Shavell, basado en el teorema de Coase, no conduce a resultados eficientes.

Con base a lo antes expresado es posible concluir que la asignación de derechos no es irrelevante, ya que solo cuando dicha asignación hace responsable al causante de los daños causados, es posible tener certeza de que la actividad es óptima, es decir que genera mayor beneficio que daño. Con base a esta asignación de derechos (en la que el causante es responsable del daño y en caso de generarlo está obligado a pagarlo), las partes podrán reasignarlos libremente a fin de prevenir y no resolver externalidades, ya que las externalidades solo pueden

³⁸⁵ En el capítulo siguiente se analizará el supuesto contrario, cuando el costo de precaución es mayor al daño potencial, en cuyo caso las partes optarán por que el daño se genere, de conformidad con la hipótesis de la minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes, misma que estipula que será eficiente que se tome la precaución (prevención) siempre que su costo sea inferior al daño potencial, *contrario sensu*, será eficiente que se cause el daño cuando el costo de la precaución sea superior al daño potencial.

ser resueltas mediante el pago a la víctima el daño causado lo cual, conforme a lo anterior, conduce a resultados eficientes.

2.5.6. Aplicación de los supuestos de la teoría

La evidencia empírica muestra que el acuerdo ante la autoridad administrativa no es económicamente eficiente ya que (i) el perito es experto en ingeniería civil basó su peritaje en apreciaciones de carácter técnico, (ii) al mismo tiempo no se aseguró la independencia del perito y su imparcialidad. La función para determinar la asignación de los derechos y el impacto de la eficiencia económica del acuerdo le correspondía a un juez de acuerdo a la teoría, y no a prestador de servicios que pudo ser fácilmente influenciado por los grandes montos involucrados.

Asimismo, esta tercera negociación ante una autoridad administrativa, puso de manifiesto un problema de principal agente existente entre los representantes del GDF (agentes) y los intereses del GDF (principal). El primer representante del GDF en el proceso de conciliación actuó en razón de los intereses y limitantes legales que regulan al GDF, sin embargo, el segundo representante va más allá de sus facultades y aquellas que la ley otorga al gobierno, para negociar un acuerdo claramente beneficioso para el Consorcio, y que excede en mucho los límites y facultades establecidas para este órgano gubernamental. El segundo representante del GDF acordó que fuese un perito tercero quién determinase el monto de las externalidades y la responsabilidad de solventarlas, lo que se sobrepasó sus facultades que la ley otorga a los representantes del GDF, incluyendo la máxima autoridad de este gobierno local (Jefe de Gobierno del Distrito Federal).

A partir de esta tercera negociación y el supuesto acuerdo tomado por las partes, el Consorcio fundamentó su demanda ante los tribunales, utilizando el acta de la séptima sesión de la audiencia de conciliación en el que las partes hicieron una propuesta de acuerdo, la cual tenía que ser sancionada por dicha contraloría. En la demanda judicial de carácter civil el consorcio argumentó que la propuesta hecha por las partes constituía un acuerdo ya que contaba con todas las características de un acuerdo de carácter civil, por lo que era independiente del propio procedimiento conciliatorio.

Capítulo III

La Resolución Judicial como un Método Económicamente Eficiente para Resolver Externalidades

3.0. Introducción

Objetivo de este capítulo.

El artículo de Coase titulado “*The Problem of Social Cost*”, ha sido muy importante para la ciencia económica y el derecho; y representa la piedra angular del AED. El objetivo del autor fue el de mostrar el impacto que tiene el sistema judicial y sus decisiones en la eficiencia económica de los mercados. En las últimas décadas se ha utilizado como una metodología para analizar las decisiones de los tribunales dentro de los parámetros de la llamada eficiencia económica. La intención de este capítulo, es precisamente, determinar si las resoluciones judiciales y las acciones tomadas por las partes obedecen a los razonamientos del AED, y si sus teorías son útiles para explicar el caso en cuestión y poder hacer generalizaciones o teorizar sobre el método, sus premisas y razonamientos.

Para los ponentes del AED, la función del derecho: (i) facilita la operación de los mercados y el desarrollo económico (ii) debe minimizar los costes de transacción, (iii) generar certidumbre, (iv) protege los derechos de propiedad y de la libertad contractual.

De la teoría de resolución de externalidades mediante la intervención judicial se desprende que, previo a la aplicación de la misma, deben presentarse ciertas premisas necesarias, así como una serie de criterios de razonamiento de carácter económico, que no son compatibles con los principios básicos del derecho. Entre las condiciones previas a la intervención judicial se encuentra: que la norma para regular la actividad exista, pero no sea lo suficientemente clara y que fracase la negociación para reasignar derechos entre las partes, debido a que los costes sean mayores al daño causado.

Por otra parte, la resolución del juez debe estar basada en premisas o razonamientos que son parte de la metodología del AED y no necesariamente del derecho. En los fallos judiciales deben de prevalecer las consideraciones económicas sobre las jurídicas. A través del método de AED el juez debe de aplicar en su sentencia los razonamientos de la eficiencia económica y la maximización de la riqueza. Dicho método es una sencilla ecuación, basada en razonamientos afines en donde se otorga valor al resultado de la conducta, pero no se incluyen como premisas

el resarcimiento o la compensación del daño, ni se le otorga un valor. Tampoco se incluye el impacto real que la actividad tiene en la economía en general, por ser difícil de estimar según palabras de Coase; pero si se estima el coste de la pérdida de la producción del bien que está causando la conducta dañina.

La parte central del razonamiento del AED, la constituye la función del juez de remodelar o reasignar los derechos de propiedad, conforme a los principios de eficiencia económica, maximización de la riqueza o según la teoría “de quién los valore más”. El objetivo del juez es alcanzar la solución que implique menor coste. Para Coase y seguidores, la función del juez es una eficiente reasignación de recursos más que de derechos. Promueven la reasignación judicial de derechos frente a la norma abstracta elaborada por los legisladores, pues aplica el razonamiento al caso concreto con sus particularidades y no con la abstracción y generalización de la norma.

Las aportaciones de economistas y juristas se han fundido en un nuevo marco de análisis del derecho, que deberá incluir las variables tanto de supuestos previos como los razonamientos económicos que deben gobernar la intervención del juez. Basados en el teorema de Coase, juristas como Shavell han desarrollado en detalle las características del proceso de negociación para la reasignación de derechos. Otros como Calabressi se han enfocado en la responsabilidad y el daño, mientras que Posner ha elaborado los criterios del juez y la defensa del sistema anglosajón sobre el que llama de tradición germánico-romano. Cabrillo y Fitzpatrick elaboran una visión más equilibrada de la metodología del AED y su aplicación a los sistemas de tradición civilista.

Posner describe dos sentidos en los que puede ser de utilidad el AED, para medir el impacto de la norma en la economía y como una serie de parámetros para abogados y jueces principalmente para la resolución de externalidades.

La utilidad del AED:

(i) Como metodología para medir el impacto de la norma en la economía, evaluando las consecuencias que ésta tiene dentro de los mercados, así como en el comportamiento de los agentes económicos, y su repercusión en variables económicas como costes, precios o la oferta y la demanda.

(ii) Como la influencia que deben tener los razonamientos y teorías económicas en la elaboración, interpretación y aplicación de la norma. Recomendando que los actores legales desde funcionarios públicos, abogados litigantes o jueces, apliquen los parámetros y razonamientos económicos a las decisiones legales, buscando la eficiencia económica y la maximización de la riqueza.³⁸⁶

Posner pone de manifiesto que resultan plenamente aplicables los mecanismos de negociación, transacción y de externalidad que el AED utiliza para los supuestos de incumplimiento del derecho contractual. Pero como jurista destaca y analiza en particular los razonamientos económicos para la resolución de externalidades en los tribunales. El juez se convierte en el actor más adecuado para reasignar los derechos de propiedad de acuerdo al impacto en la economía y la resolución que tenga un menor coste para resolver la externalidad.

El AED, conocido en el mundo anglosajón bajo la denominación de *law and economics*; constituye una de las escuelas del pensamiento económico y jurídico que más rápido ha evolucionado en el último medio siglo. Esta disciplina ha sido recibida con cierto escepticismo, sobre todo en el mundo jurídico del derecho conocido como *civil law*, por considerarla que se aparta de los objetivos y la naturaleza de justicia y equidad que deben guardar las normas y su aplicación; sustituyéndola por las de la eficacia económica y maximización de la riqueza de la ciencia económica.

En este capítulo se aplica la teoría de resolución de externalidades al caso concreto consistente en los litigios de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, mismos que se dieron con motivo de la resolución de externalidades que se presentaron durante la construcción de la obra pública, las cuales a su vez generaron nuevas externalidades.

Estructura del capítulo.

El capítulo se divide en dos grandes secciones: una teórica, que aglutina las teorías de los diferentes autores relevantes a la resolución de externalidades a través del fallo de los jueces; y otra de análisis al caso concreto en donde se exploran algunos de los razonamientos y metodologías más relevantes de la teoría a fin de determinar si esta es aplicable al caso de las externalidades de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, y si se pueden generalizar sus conclusiones en beneficio de teorización de la ciencia económica y jurídica.

³⁸⁶ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

La estructura de este capítulo se divide en ocho secciones. En primera instancia se presentan las bases teóricas de Coase y Posner sobre la resolución de externalidades a través de los fallos judiciales. Asimismo, se analizan la teoría de la obra de Cabrillo y Fitzpatrick, con una visión más ecléctica.

Una vez explicado el marco teórico, se analiza el caso concreto de externalidades de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, en seis secciones. La primera sección revisa uno de los supuestos previos a la intervención del juez que es la debilidad de la ley. El fracaso de las negociaciones se analiza en la segunda sección. La tercera sección se centra en el debate del AED sobre la reasignación de los derechos por parte del juez frente la aplicación estricta de la ley.

La cuarta sección estudia la aplicabilidad de la doctrina y los razonamientos del modelo del AED al caso concreto de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, analizándolo desde el conflicto judicial entre las partes por el fuero (civil o administrativo). En la quinta sección se analiza al caso concreto los principios de la eficiencia económica y la maximización de la riqueza frente a los preceptos tradicionales de justicia y asignación original de derechos de los sistemas de la tradición civil. Finalmente, la sexta sección analiza la aplicabilidad del AED al sistema germánico romano, explorando como las partes han entrado en conflicto al buscar un ámbito judicial que favorezca sus demandas (federal o local).

(Primera Parte)

3.1. Marco Teórico

En este capítulo se estudiará una de las alternativas propuestas por el AED para la resolución de externalidades, la reasignación de los derechos de propiedad en los fallos judiciales. La teoría de AED sostiene que cuando la norma falla y las partes no alcanzan un acuerdo debido a la presencia de altos costos de transacción, entonces se deberá acudir ante la autoridad jurisdiccional para que se asignen los derechos de propiedad.

Para el AED el Juez reviste una trascendental importancia en la justa aplicación del derecho a las actividades económicas y las conductas sociales. Para Coase existen tres supuestos fundamentales sobre el Juez: (i) el juzgador sabe más que el legislador, (ii) el juzgador influye directamente en la justa aplicación de las normas y (iii) la decisión de los jueces genera incentivos para una conducta futura. Posner adiciona otras dos variables a considerar, (i) que los principios que rigen el *common law* (jurisprudencial) son aplicables a tradiciones jurídicas civilistas (tradicción romano-germánica) y (ii) advierte que los jueces deben ser inmunes a las presiones políticas y jurídica al remodelar los derechos de propiedad.

La tarea del juez es remodelar la estructura existente de los derechos de propiedad, a través de ciertos criterios y premisas que promueve el AED para dictaminar los fallos judiciales, mismas que serán analizadas detalladamente a continuación.

3.1.1. La Resolución Eficiente de Externalidades a través de los fallos judiciales

La reasignación de derechos de propiedad a través de fallos judiciales es el corazón de la teoría de Coase y Posner para la resolución de externalidades. Los principios de los economistas laureados con el premio nobel como Coase y Becker, así como las aportaciones de algunos juristas como Calebrasi, Posner, Shavell, Cabrillo y Fitzpatrick fueron sumando razonamientos a la metodología del AED para resolver eficientemente las externalidades vía judicial. La teoría del AED nos dice que se debe evitar la intervención del Estado en la resolución de externalidades, ya que la manera más eficiente de resolverlas es a través de un acuerdo de transacción de derechos entre las partes (negociación). Siguiendo el teorema de Coase si la negociación no se lograra debido a los costes elevados (mayores al daño causado) se debe acudir ante la autoridad judicial para que reasigne los derechos de propiedad bajo los principios de

eficiencia económica y maximización de riqueza no previstos por las máximas del derecho. Posner en “*Economics of Justice*” propone razonamientos a aplicar por el juez a fin de maximizar la riqueza social en los casos de externalidad.³⁸⁷ Así pues, la teoría se resume en que, la función del juez no es determinar a quién le asiste la razón jurídica, sino reasignar los derechos conforme a una valoración económica enfocada a reducir costes.

El rol del derecho juega un papel fundamental en el desarrollo de los mercados libres y la libertad contractual. El objetivo según Posner es lograr un entorno óptimo para el capitalismo.³⁸⁸

Función del derecho desde la perspectiva del AED

Al hablar de la función del derecho, Posner establece que principalmente es “facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles”.³⁸⁹ Esto resume la función del juez a un reasignador de recursos más que un asignador de derechos.

Jiménez San Vicente estudia las teorías de Posner en relación a la función del derecho en la obra del jurista, resumiéndolas en cuatro teorías: (i) para facilitar la operación de los mercados y el desarrollo económico (ii) minimizar los costes de transacción y de asignación de derechos, (iii) generar certidumbre, (iv) para proteger los derechos de propiedad y de la libertad contractual.³⁹⁰ A continuación se describe cada una de ellas.

a. Facilitar la operación de los mercados y el desarrollo económico

En el artículo “El AED en el *common law*, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo” Posner comienza diciendo que “la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres...”³⁹¹ El mercado capitalista requiere de un sistema legal claro que genere certidumbre a los agentes económicos, además de no intervenir con los procesos internos del mercado que solos encontrarán un equilibrio. El derecho es fundamental para el desarrollo de las empresas y las transacciones contractuales.

³⁸⁷ Posner. *Economics of Justice*. Op. Cit. nota al pie 125, p. 62.

³⁸⁸ Posner. *Economic Approach*. 757-782. Op. Cit. nota al pie 155; y Posner. *Law and Economics*. 1-13. Op. Cit. nota al pie 155.

³⁸⁹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 9. Op. Cit. nota al pie 21.

³⁹⁰ Jiménez San Vicente. *Desestructurando las teorías de Posner*. Op. Cit. nota al pie 169.

³⁹¹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 8. Op. Cit. nota al pie 21.

Posner insiste en la importancia del derecho para el buen desarrollo de los negocios y lo que él llama un entorno óptimo para el capitalismo, al escribir: “las reglas no prescriben las acciones privadas, no dicen a la gente qué tipo de contrato hacer, qué riesgos tomar, qué profesión seguir. En cambio, crean el marco dentro del cual la gente puede realizar sus negocios, adquiriendo y explotando propiedades, haciendo contratos, invirtiendo y prestando, involucrándose en actividades riesgosas y así sucesivamente, con la confianza de que reglas sustancialmente neutrales, claras y conocidas proveen la declaración exclusiva de sus derechos y deberes públicos. En la medida en que el sistema legal se amolde a estos criterios, logra una racionalidad formal, el entorno óptimo para el capitalismo”.³⁹²

Asimismo, explora la estrecha relación entre el marco legal y el desarrollo económico. En el AED “comparativo” entre el *common law* y el derecho civilista, Posner observa que el Derecho cambia según los distintos países (derecho jurisprudencial o derecho germánico-romano), preguntándose si ¿las diferencias deberían atribuirse a diferencias económicas relevantes o al hecho que algunos países no tienen teorías y sistemas legales eficientes?³⁹³ Concluye el jurista que la eficiencia del sistema legal y el tipo de doctrinas y metodologías que utiliza el sistema judicial contribuyen directamente al desarrollo económico y la prosperidad de las naciones. Aunque sus obras son una alegoría a las doctrinas y metodología del sistema anglosajón, su análisis comparativo no deja de ser útil para sustentar la relevancia de la eficiencia del sistema legal en el desarrollo económico del país.

b. Minimizar costes de transacción

Posner deja muy claro que el rol del derecho y las instituciones y doctrinas que consagran el AED, debe ser el de minimizar los costes de transacción. El jurista sanciona:

(El derecho) debe defender claramente los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas cuando hay un incumplimiento de contrato. Los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado.³⁹⁴

³⁹² *Ibidem.* 9.

³⁹³ *Ibidem.*

³⁹⁴ *Ibidem.* 11.

Los costes de transacción es la gran aportación de Coase a la ciencia económica. En su artículo *The Nature of the Firm*³⁹⁵, el autor introdujo el concepto de costo de transacción al análisis económico. Coase critica la teoría económica neoclásica y ofrece una explicación sobre el surgimiento y la naturaleza de la empresa.³⁹⁶

El análisis económico neoclásico se concentra en el análisis de la oferta y la demanda, en el mecanismo de precios y en la combinación óptima de insumos, sin problemas de intercambio ni en el mercado ni en la empresa. Esta teoría no incluye el análisis de los problemas de jerarquía, los costos de transacción, la tecnología, la racionalidad de los actores, los incentivos, el monitoreo, y los procesos de conocimiento y de cooperación que se dan dentro de la empresa para maximizar la utilidad. Coase se distancia de la tradición neoclásica, que concibe a los precios como instrumentos de coordinación económica en el mercado dentro de un vacío institucional. Explica algunos de estos factores ignorados por la teoría clásica resaltando la importancia de los costes de transacción en la búsqueda de la maximización de la utilidad de la empresa.³⁹⁷

Coase señala que las instituciones permiten que los costos de transacción disminuyan al facilitar el intercambio y con ello coadyuvan a la especialización del trabajo y al aumento de la productividad.³⁹⁸ Por lo que es fundamental que exista un marco institucional y un sistema legal eficiente para el óptimo funcionamiento económico.

El llamado “teorema de Coase” sostiene que, cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada.³⁹⁹ Esta es la base para la teoría de la resolución de externalidades a través de la negociación del AED, que es un procedimiento cuyo objetivo es minimizar los costes de transacción del mercado.⁴⁰⁰

Por otro lado, el teorema también se refiere a la cuestión de los costes, tanto en el proceso de negociación como en el de reasignación judicial. En el supuesto de la resolución judicial este

³⁹⁵ Coase. *The Nature*. 386-405. Op. Cit. nota al pie 99.

³⁹⁶ Coase, Ronald. “La naturaleza de la empresa”. *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. Coords. Oliver Williamson, y Sidney Winter. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 29-48. Impreso.

³⁹⁷ Coase. *La empresa*. Op. Cit. nota al pie 101.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

debe fallar conforme a quién le sea menos costoso resolver la externalidad. Como explicó, los jueces deberán identificar “las doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado”.⁴⁰¹ Esto se logra a través de la resolución judicial donde el juez debe “imitar” en su fallo, como se hubiera resuelto el conflicto bajo las reglas del libre mercado. Como escribió sobre la función del derecho donde los costes de transacción son altos “imitar al mercado, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles”.⁴⁰²

Para Posner los dos corolarios de la teoría de Coase son:

- (i) El Derecho, en cuanto compete a la promoción de la eficiencia económica, debería procurar minimizar los costos de transacción (procedimientos para lograr el objetivo de minimizar los costes de transacción del mercado).

- (ii) Cuando a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costes de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.⁴⁰³

El jurista añade que el objetivo del AED debe ser “defender claramente los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas cuando hay un incumplimiento de contrato”.⁴⁰⁴ Los economistas, según este autor, están aportando importantes recursos metodológicos, y una herramienta heurística para ayudar a los jueces a tomar las decisiones más adecuadas en términos de eficiencia económica. Estos razonamientos constituyen guías para la toma de decisiones de los jueces a fin de que disminuyan los costes de la resolución de externalidades. Posner reiteró que: “los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado”,⁴⁰⁵ siendo la más relevante la minimización de costes para la empresa.

⁴⁰¹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 13. Op. Cit. nota al pie 21.

⁴⁰² *Ibidem*. 11.

⁴⁰³ *Ibidem*. 12.

⁴⁰⁴ *Ibidem*. 11.

⁴⁰⁵ *Ibidem*. 14.

Para Coase los jueces deben resolver las controversias por externalidades buscando el mínimo coste para resolver la externalidad a futuro, y no en base a los principios tradicionales del derecho como la justicia, compensación o reparación del daño. El autor considera que al convencer al juez de resolver en este sentido se promueve la eficiencia económica, además de dejar que los agentes encuentren la forma más barata en términos de costes para resolver la externalidad. Posner coincide con esta apreciación al declarar que la labor del juez consiste en “explicar la racionalidad económica de las reglas y las prácticas: simplificar el análisis legal rompiendo los límites doctrinales”.⁴⁰⁶

La teoría de costes de transacción es una forma de analizar los intercambios entre las partes, a través de la definición, asignación y transferencia de derechos de propiedad. Coase desarrolló el concepto de costes de transacción en dos de sus principales escritos “La naturaleza de la Empresa” de 1937 y “El Problema del Costo Social” de 1960, este último relacionándolo con el rol del Derecho y la reasignación de derechos de propiedad en los fallos judiciales. Para sus seguidores, los costes de transacción subyacen los problemas más comunes en la asignación de derechos y sus posibles efectos distributivos, presentes en los marcos institucionales y los mercados.

Para Coase en un mercado libre, en donde los costes de transacción sean bajos o inexistentes, los derechos de propiedad deben ser reasignados a aquellos que los valoran más, para alcanzar una resolución económicamente eficiente, aunque esta pueda contradecir las sentencias jurídicas tradicionales de los tribunales. Los jueces deben buscar minimizar los costes mediante sus fallos judiciales, basándose en los principios del AED, más que en las máximas de derecho en cuanto al resarcimiento de daños. Esta reasignación de derechos debe favorecer, de acuerdo a Coase, a quién valore más esos derechos, que en el marco de la negociación es quién está dispuesto a pagar más por ellos. Para el caso de la resolución judicial, ésta deberá favorecer la solución que conlleve un menor coste para resolver la externalidad en el futuro, sin atender el daño causado en el pasado. Este razonamiento muchas veces podría incluir casos en que la víctima corra con parte o la totalidad del gasto de prevención del daño, y no sea resarcida por el daño que le fue causado. El argumento que justifica este razonamiento, alejado del principio de equidad y justicia del derecho, es que la sociedad en general se beneficia más con la actividad productiva. Sin embargo, las resoluciones judiciales que no logran una razonable protección de los derechos de propiedad, y que premian las apropiaciones de derechos sin compensación o el

⁴⁰⁶ Ibidem.

abuso en el uso de los derechos frente a los derechos del otro, no son sustentables ni recomendables. Tampoco son resoluciones que maximicen la riqueza, aunque sean económicamente eficientes, pues causan gran incertidumbre en los mercados lo cual siempre se traduce en mayores costes de transacción para las empresas en el futuro. El modelo no muestra cómo medir el supuesto impacto positivo de la actividad productiva más allá de la utilidad del agente productivo.

c. Generar certidumbre al mercado

Una máxima jurídica es que un derecho predecible genera certidumbre. Si el objetivo de la Economía es explicar el comportamiento de los agentes económicos a fin de poder predecir su conducta a través de teorías y metodologías de corte científico-matemático, entonces éstas deberían contribuir a generar modelos que provoquen mayor certidumbre en la actuación de los actores. El objetivo de las teorías económicas es hacer predecible la conducta de los agentes económicos. Para Coase, la metodología del AED busca explicar el comportamiento de los individuos, instituciones y las empresas (agentes económicos) asignándoles un sentido a sus conductas, lo que nos lleva a sistemas legales más predecibles, generando una mayor certidumbre jurídica.

Por lo tanto, se pueden inferir los siguientes razonamientos de la teoría de Coase:

(i) La metodología es una progresiva formalización de supuestos y de los medios para comprender las conductas de los agentes económicos frente a la resolución de externalidades, y promover el razonamiento de eficiencia económica entre los magistrados y estudiosos del derecho.

(ii) La formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignarle sentido a un universo muy extenso de conductas, en la forma de modelos matemáticos que ofrezcan parámetros científicos para estudiar y predecir las conductas de los agentes económicos.

(iii) Dado que el concepto de eficiencia responde a fundamentos económicos con fuerte influencia de criterios matemáticos, para Coase estos dan más certidumbre a las teorías sobre el comportamiento de los agentes económicos, y su impacto en el mercado.

(iv) La metodología de AED permite la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas en la economía, así como en el impacto económico de las resoluciones judiciales, lo que genera certidumbre jurídica.⁴⁰⁷

La naturaleza empírica del AED ofrece la posibilidad de anticipar eventuales consecuencias de la interacción social, especializándose en el vínculo entre el derecho y la economía. Justamente su pragmatismo permite la construcción y comprobación de modelos de comportamiento de los agentes económicos para predecirlo y de alguna manera influir para que estos sean lo más racional y económicamente eficiente posible.

Max Weber pensó que el capitalismo necesitaba un marco legal que tuviese un carácter predecible.⁴⁰⁸ Siguiendo esta reflexión Posner advierte de la neutralidad y racionalidad de los jueces en sus decisiones, a fin de lograr un entorno óptimo para el capitalismo. Al respecto reflexiona que:

los jueces no tienen que ser alentadores del capitalismo. Ellos deben hacer cumplir, en los casos en los cuales tienen que tomar una decisión, las normas sin importar las consecuencias para las personas y las actividades evaluadas. Esta neutralidad del juez debe aplicar, no solo con respecto al valor personal (tal como en el concepto de justicia correctiva de Aristóteles) sino también respecto a la ideología. La neutralidad es importante para realzar el carácter predecible de la ley –y es su carácter predecible, principalmente, lo que Weber pensó que los capitalistas necesitaban del marco legal–, así como para tranquilizar a las clases potencialmente inquietas de la sociedad preocupadas que la ley no favorezca a una clase particular.⁴⁰⁹

Cooter y Ulen se refieren a la falta de una teoría en el campo del derecho que permita hacer predicciones o explicaciones empíricas basadas en teorizaciones generales y abstractas, y cómo el AED está aportando ese valioso instrumento a la teoría legal.⁴¹⁰ Para algunos autores latinoamericanos el abogado tradicional y el académico doctrinario o dogmático no cuentan

⁴⁰⁷ Jiménez San Vicente. *Desestructurando el Teorema de Coase*. Op. Cit. nota al pie 139.

⁴⁰⁸ Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica España, 1993.

⁴⁰⁹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

⁴¹⁰ Cooter y Ulen. 15. Op. Cit. nota al pie 19.

con una teoría de la acción, una hipótesis uniforme de las motivaciones de los operadores del sistema legal que le permita ofrecer predicciones, o explicaciones empíricas basadas en teorización abstracta y general. Para examinar las funciones y los efectos del sistema legal es imprescindible contar con alguna teoría de la acción, alguna descripción básica del modo en el cual las personas responden a cambios en las reglas legales. De acuerdo a Cooter y Ulen este es probablemente el mayor aporte de la economía a la teoría legal.

d. Protección de los derechos de propiedad y la libertad contractual

El sistema legal tiene por objeto defender los derechos en general, esto es conocido como un sistema garantista. En el sistema garantista se deben de reconocer los derechos de propiedad y la libertad contractual como necesarios indispensables, para la operación de la economía de mercado.⁴¹¹

Un tema central en el análisis de esta tesis, es el conflicto ante tribunales por la protección de los derechos de propiedad y la libertad contractual, dos premisas que Posner considera indispensables para una economía de mercado. El jurista escribió: “lo que el capitalismo requiere “esencialmente” de la ley es la protección de los derechos de propiedad y de la libertad contractual, por parte de jueces razonablemente desinteresados, más que las máxima de claridad y coherencia alcanzada por las normas legales”.⁴¹² Por ello es indispensable, entender la importancia que reviste la claridad de la protección de los derechos de propiedad en la ley, y luego entender como los derechos de propiedad están tutelados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, considerada como “garantista”, de tales derechos. La visión compartida por los seguidores del AED y el sistema legal mexicano es que la ley es el mejor medio para proteger los derechos de propiedad.

Los derechos de propiedad en México se encuentran claramente delimitados en la Constitución mexicana, que los tutela como un derecho fundamental de sus ciudadanos y son considerados derechos públicos subjetivos. De acuerdo a la doctrina jurídica, un derecho público subjetivo consiste en la capacidad que tiene una persona para recibir algo o impedir un daño en su esfera jurídica patrimonial. Estos son derechos fundamentales que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto están dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar. En este sentido se explican las doctrinas que aseveran la

⁴¹¹ Ver la explicación de Estado garantista en el derecho de propiedad en el capítulo de marco teórico.

⁴¹² Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 15. Op. Cit. nota al pie 21.

existencia de derechos subjetivos derivado de la expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), adscrita a un sujeto por la norma jurídica.

Los derechos subjetivos se dividen de manera general en sociales e individuales, son derechos subjetivos sociales lo que tienen todos los individuos de la colectividad por el simple hecho de ser personas.

De acuerdo a la doctrina jurídica mexicana los derechos subjetivos de persona son los que protegen directamente al individuo como ente titular de la protección de la esfera jurídica fundamental, como la libertad, la igualdad y el debido proceso, así como su domicilio. Entre ellos se encuentran los de bienes y propiedad que son los derechos públicos subjetivos que protegen la esfera jurídica patrimonial del gobernado.⁴¹³

En el caso mexicano parece que los derechos de propiedad están claramente delimitados y protegidos por la norma, sin embargo, existen diferentes interpretaciones respecto de su alcance y significado, lo que lleva a las partes a los tribunales para que sea esclarecida la naturaleza de la norma y la intención del legislador, como se mostrará en la parte analítica de este caso. Es aquí donde la teoría del AED sobre la claridad de la norma reviste relevancia para el caso de estudio, pues esta interpretación de la protección de los derechos de propiedad y libertad contractual es la que da origen a la Litis analizada. Aunque no se puede argumentar que éste sea realmente el caso para México, es una hipótesis que merece ser explorada en la tesis. Su trascendencia radica en que la resolución de esta disputa legal generará un precedente en la interpretación de la norma, influyendo en las futuras transacciones de obra pública y la interpretación del marco legal e institucional.

La teoría del AED nos dice que una legislación débil y un sistema legal ineficiente tienen un impacto directo en la economía, pues limitan transacciones más complejas. Posner exploró esta idea:

cuando la ley es débil, el cumplimiento de los derechos de propiedad y de los derechos contractuales depende con frecuencia de la amenaza y algunas veces de la realidad de la violencia, de alianzas familiares que pueden ser disfuncionales bajo las condiciones de la economía moderna, y de métodos de autoprotección

⁴¹³ Véase “Grandes Divisiones del Derecho”. Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Web. Consultado el 30 oct. 2015. <www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art1.pdf>

engorrosos. Estos substitutos crean también una predisposición en contra de nuevas empresas, las cuales no cuentan con una reputación que puedan utilizar para persuadir a potenciales socios contratantes de su confiabilidad. Asimismo, crean una propensión a favor de intercambios simples y simultáneos en vez de transacciones más complejas, ya que mientras más cerca de ser simultáneo es el cumplimiento de los contratantes, es menor la necesidad de soluciones legales contra incumplimiento.⁴¹⁴

La libertad contractual.

La teoría del AED nos dice que la libertad contractual es una premisa fundamental del sistema capitalista, pues es la base del intercambio económico, y aunque esta debe estar garantizada por la ley, debe permitir cierta flexibilidad para funcionar eficientemente en economías más avanzadas, admitiendo que las partes puedan renegociar frente a nuevas condiciones y no solo prever el cumplimiento forzoso de los contratos, como lo estipula la legislación romano-germánica. Los tribunales deben tutelar no solo la protección de los derechos, sino también que el marco legal donde se dan las transacciones económicas funcione de manera óptima.

El AED se fundamenta en que la búsqueda del ideal de justicia no se base solamente en la interpretación formalista de la ley, sino que en la protección de los derechos del individuo y de la sociedad, donde debe ponderarse la eficiencia económica tanto en las normas como en la resolución de los conflictos, en los ámbitos de conciliación o del proceso judicial. Siendo que la base del sistema capitalista se encuentra en los contratos, es indispensable entender como el sistema legal regula el cumplimiento de éstos.

El cumplimiento de los contratos.

Para Posner el cumplimiento de los contratos se da con mayor facilidad en el modelo del *common law* que en el europeo continental, ya que los jueces regularmente no condenan a la ejecución forzada del contrato, mientras que en el sistema civilista europeo es el remedio legal estándar para el caso de incumplimiento de un contrato, sin que ofrezca flexibilidad para que las partes puedan renegociar frente a condiciones cambiantes. Posner critica el cumplimiento forzado del contrato del derecho europeo continental:

⁴¹⁴ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 14. Op. Cit. nota al pie 21.

el remedio legal estándar en el caso de incumplimiento de un contrato en el *common law* es la indemnización por daños y perjuicios. La ejecución forzada (es decir, una orden, un mandato judicial por naturaleza, que obligue al infractor a cumplir con sus obligaciones según lo estipulado en el contrato) es disponible únicamente cuando la indemnización es inadecuada. Y veamos el caso del Derecho de Europa continental, en donde la ejecución forzada no constituye un remedio legal excepcional para el incumplimiento de un contrato. Un sistema de remedios que hace énfasis en la indemnización de los daños hace que sea más fácil para las partes “retirarse” del contrato, pues una corte no puede forzarlas a cumplir con sus deberes contractuales, y, por lo tanto, debe compensar a la otra parte por las consecuencias que cause tal incumplimiento. En contraste, cuando la ejecución forzada es un remedio legal estándar para los casos de incumplimiento contractual, las partes no pueden retirarse del contrato sin haber negociado primero un arreglo con la otra parte. Este acuerdo inducirá a esta última a desistirse de la ejecución forzada y la necesidad de dicha negociación hará que sea más difícil incumplir el contrato.⁴¹⁵

Asimismo, el jurista comenta que “cuando el énfasis se encuentra en la indemnización de los daños y una corte no puede forzarlas a cumplir con sus deberes contractuales, hace que sea más fácil para las partes “retirarse” del contrato”. Posner favorece el modelo del *common law*, pues hace más difícil incumplir un contrato, ya que otorga la posibilidad de un acuerdo para evitar la ejecución forzada. En el modelo europeo no se permite la renegociación de las condiciones en juicio, sino únicamente el cumplimiento de lo estipulado (como es el caso de México). Por lo que no es el instrumento óptimo para una economía dinámica como la americana, donde las condiciones son cambiantes y se requiere de un sistema más flexible.

Para este ideólogo americano, la economía de Estados Unidos es más dinámica respecto la de Europa continental, pues se adapta más rápido a condiciones del mercado. A fin de aprovechar las oportunidades, se necesita un sistema legal que permita el ajuste de las relaciones contractuales. Lo explicó así al señalar que:

por razones que pueden no estar relacionadas con las diferencias en las instituciones legales, Estados Unidos tiene una economía más dinámica que Europa continental,

⁴¹⁵ *Ibidem.* 13.

en cuanto se adapta más rápido a condiciones diferentes y a las nuevas oportunidades, por lo que existe una mayor necesidad de permitir el ajuste de las relaciones contractuales cuando las condiciones cambian con respecto a las existentes al momento de celebrar el contrato.⁴¹⁶

Cabrillo y Fitzpatrick coloca la libertad de contratación al centro de las transacciones de mercado, pero enfatizan correctamente que en el siglo XX se ha favorecido más la alternativa de la regulación.

En este sentido Cabrillo y Fitzpatrick explican:

Al centro de las transacciones de los mercados se encuentra la libertad de contratación, según la cual, las personas deciden por su propia voluntad intercambiar voluntariamente bienes y servicios. La libertad de contratación ha recibido muchas críticas desde el comienzo del siglo 20. La ley, con el apoyo de la investigación jurídica, ha pintado la libertad de contratación con una imagen desfavorable, favoreciendo la opción de la regulación, principalmente llevada a cabo través de los procesos políticos y jurisdiccionales.⁴¹⁷

Adicionalmente Cabrillo y Fitzpatrick redefinen el rol del Estado en la teoría del AED, al advertir que “aunque en el pasado estaba ampliamente aceptado que la misión fundamental del gobierno en la economía política era la administración macroeconómica, ahora las circunstancias han cambiado y el énfasis se ha dirigido mayoritariamente al rol del Estado como regulador”.⁴¹⁸

Las teorías antes expuestas sobre el incumplimiento de los contratos y su tratamiento judicial, serán fundamentales en el estudio del caso concreto. En un principio el tema central de debate entre las partes fueron las externalidades, sin embargo, la Litis se centró en el incumplimiento de contrato, donde las externalidades se convirtieron en variables secundarias frente al principio jurídico de la libertad contractual. Vemos en el caso de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, que los juicios no se dan en el ámbito administrativo para definir la parte responsable por la externalidad, sino en un tribunal civil ordinario, ante un juez civil para que este proteja los derechos y las obligaciones de la libertad contractual. Condiciones típicas de la Litis en el sistema del *common law*.

⁴¹⁶ Ibidem.

⁴¹⁷ Cabrillo. 14. Op. Cit. nota al pie 43.

⁴¹⁸ Ibidem.

3.1.2. Supuestos previos a la intervención del Juez

La teoría del AED exige una serie de supuestos previos para aplicar los razonamientos de la metodología económica a la resolución de las controversias por externalidades en los tribunales. Estos supuestos incluyen:

- (i) La existencia de una externalidad, respecto la cual la ley no es clara en la asignación de derechos.
- (ii) La no intervención del Estado con normas, sanciones o impuestos compensatorios en los casos de externalidades, dejando en libertad a las partes a fin de que encuentren sus propias soluciones (contrario a la teoría de Pigou).
- (iii) Las partes a través de la negociación pueden lograr un acuerdo mutuamente beneficioso, mediante una eficiente reasignación de derechos, ya que la negociación es superior a la norma. Sin embargo, puede que las partes no alcancen un acuerdo en virtud de costes relativos a la negociación.
- (iv) Si falla la norma y la negociación, el juez decide. El juez debe reasignar los derechos atendiendo a los valores de eficiencia económica y maximización de la riqueza, y no necesariamente a los principios generales del derecho.

a. Existencia de una externalidad y falta de claridad de la ley respecto la asignación de derechos

En su célebre artículo titulado “*The Problem of Social Cost*”, Coase hace dos severas críticas, la primera al modelo de Pigou para resolver las externalidades a través de la regulación, los impuestos o sistemas compensatorios, y la segunda a los razonamientos legales mediante los cuales los jueces británicos y americanos resuelven las externalidades en las resoluciones judiciales.⁴¹⁹

Como hemos explicado antes, en la economía una externalidad es una situación en la que una variable decisoria de un agente entra en la función objetivo de otros agentes. Lo que significa

⁴¹⁹ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

que el bienestar de un agente y el mercado están afectados por las acciones de otro agente en la economía. Las externalidades pueden ser tanto negativas como positivas.

La definición de externalidades más adecuada para el análisis del caso concreto es la que propone Steven Shavell en su libro “*Foundations of Economic Analysis of Law*”,⁴²⁰ ya que ésta se refiere a las externalidades asociadas a los derechos de propiedad, es decir, los efectos externos que derivan del uso de la propiedad, efectos que son experimentados por terceros.

Se dice que la acción de una parte causa efectos externos -o crea externalidades- si ésta influye o puede influir con probabilidad en el estado de bienestar de otra persona, en comparación con algún criterio de referencia... Las externalidades pueden fluctuar dentro de una variedad de dimensiones; estas pueden causar beneficio o perjuicio a la parte afectada; se pueden presentar de manera inmediata a la acción tomada, o aparecer en el futuro; y quizás solo se presenten bajo ciertas contingencias. Sobre todo, pueden afectar a una, varias o múltiples partes.⁴²¹

Basados en el concepto de eficiencia asignativa, los gobiernos establecen normas para alcanzar el bienestar social. Sin embargo, de acuerdo a Posner, muchas veces las diferentes entidades del gobierno no se ponen de acuerdo respecto a la prevención óptima y como deben resolverse eficientemente las externalidades.⁴²² Para Coase la disputa para la resolución de externalidades es resultado de una legislación inadecuada.⁴²³ En este sentido, Congregado escribe que el teorema de Coase permite interpretar “que la presencia de externalidades es el síntoma de una legislación inadecuada en lo referente a los derechos de propiedad”.⁴²⁴

En primera instancia los seguidores del AED reconocen que es la regulación económica el mecanismo más apropiado para prevenir y corregir las distorsiones de las externalidades. Sin embargo, la postura generalizada de esta disciplina económica es su férrea oposición a la intervención del Estado, incluyendo la regulación, puesto que puede limitar la competencia o distorsionar las fuerzas del mercado. Así, los seguidores del AED aceptan que una clara regulación es el mecanismo más adecuado para evitar las externalidades negativas, pero debe

⁴²⁰ Shavell. Op. Cit. nota al pie 81.

⁴²¹ *Ibidem.* 77-78.

⁴²² Véase Posner. *Economic Approach.* 757-782. Op. Cit. nota al pie 155; y Posner. *Law and Economics.* 1-13. Op. Cit. nota al pie 155.

⁴²³ Coase. *The problem.* 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

⁴²⁴ Congregado. 331-339. Op. Cit. nota al pie 47.

ser la última alternativa. En algunos casos la participación del Estado a través de la regulación está justificada, pues evita injusticias y distorsiones del mercado. Las externalidades afectan a los mercados y en los casos de obra pública, como lo es el caso de estudio, acaban afectando el beneficio que aportarían a la sociedad y hacen la obra innecesariamente cara.

b. No intervención del Estado mediante regulación, sanciones por daños o impuestos

Los modelos de Coase y Posner consideran al intervencionismo como no deseable en ninguna de sus modalidades, inclusive la regulación. Rechazan la imposición de sanciones administrativas por externalidades, al igual que la imposición de impuestos compensatorios por los daños causados, como los proponía la teoría de Pigou. Este autor proponía la intervención del Estado cuando existiesen externalidades negativas, mediante el cobro de impuestos compensatorios de la actividad nociva, regulación o subsidios en el caso de la externalidad positiva.⁴²⁵

De alguna manera Coase y Posner se oponen incluso a la intervención judicial, dejándola como última instancia, ya que consideran que se puede alcanzar una redistribución más eficiente de derechos a través de la negociación, que es una transacción de mercado de los derechos de las partes. Dichos autores señalan en sus libros y artículos que los jueces en muchas ocasiones no utilizan los razonamientos que fomentan la eficiencia económica y la maximización de la riqueza.⁴²⁶ La forma óptima según el AED es sin duda la negociación para la resolución de externalidades, ya que a través de la negociación (transacciones de mercado) es posible cambiar la asignación legal de derechos.

c. La Negociación para resolver externalidades: la transacción de derechos de propiedad

Este supuesto ha sido analizado con gran detalle en el capítulo anterior. Sin embargo, es relevante recordar algunos de sus principales argumentos. Para Posner, el teorema de Coase sostiene que: “cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada (negociación)”.⁴²⁷

⁴²⁵ Véase Pigou. *The Law of Diminishing*. Op. Cit. nota al pie 95; Pigou. *Economic Progress*. Op. Cit. nota al pie 95; Pigou, Arthur. *Wealth and Welfare*. London: McMillan and Co. Limited, 1912; y Pigou, Arthur. *Economics of Welfare*. London: McMillan and Co. Limited, 1920.

⁴²⁶ Véase las críticas de Coase a las resoluciones no eficientes de los jueces en “*The Problem of Social Cost*” o las similares críticas de Posner al poder judicial y sus resoluciones que no persiguen el principio de maximización económica en “*The Economic Analysis of the Law*”, y “*The Economics of Justice*”. Véase Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63; Posner. *Economic Analysis of Law*. Op. Cit. nota al pie 39; y Posner. *Economics of Justice*. Op. Cit. nota al pie 125.

⁴²⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 21. Op. Cit. nota al pie.

Según Coase, en contraposición a Pigou la intervención del Estado no siempre es necesaria y a veces se debe permitir la externalidad. Se logra un “óptimo social” mediante la negociación, si los costes de transacción son menores a lo que se busca obtener con el intercambio. La intervención del Estado, solo es recomendable si el beneficio que se pudiera obtener eliminando la externalidad, es mayor que el daño que se produce al eliminar la actividad generadora.⁴²⁸ Por lo que siempre se debe de buscar la negociación como opción óptima.⁴²⁹

Con independencia de cuál sea la distribución final de derechos de propiedad que determine la negociación, Coase habla de “reciprocidad” a la hora de solucionar el problema de la externalidad ya que ambas partes, el productor de la actividad y el receptor del daño, participaron en la negociación. El eufemismo de “reciprocidad” lo interpreta como que ambas partes son corresponsables en resolver la externalidad, aunque claramente es el generador del daño el único responsable de que la externalidad exista. Por otro lado, no se refiere a la “reciprocidad”, sobre la utilidad que obtuvo el causante del daño con la actividad generadora de esta, ya que dicha probada utilidad debería ser compartida con aquel que involuntariamente participo en la misma. Pues si es reciproco en la solución del problema, lo debería de ser igualmente en el beneficio generado por la actividad.⁴³⁰

Contrario a la tradición jurídica en la que los causantes del daño son responsables de resarcirlo, la teoría de la resolución óptima a través de la negociación es indiferente a si al causante del daño se le puede asignar responsabilidad o no, ya que inclusive en un escenario de responsabilidad, las partes podrán alcanzar una resolución óptima a través de la negociación, la cual se presentará de manera espontánea.⁴³¹ Sin embargo, la negociación solo es aceptable para el agente causante del daño si esta le representa un ahorro frente al pago potencial del daño y solo si es nulo o muy bajo el coste de llevar a cabo la negociación. En el supuesto de que la negociación le implique un coste significativo al causante del daño, este preferirá resolver la controversia ante los tribunales, en dónde buscará que el juez resuelva en términos de eficiencia económica, que se traduce sencillamente en solucionar la externalidad en base a quién le es

⁴²⁸ De acuerdo a Coase solo se debe prohibir las actividades que generan más daño que beneficio, pero no presenta un modelo de cómo evaluar el coste-beneficio total en la sociedad, por considerarlo muy complicado.

⁴²⁹ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

⁴³⁰ Ver crítica de Jiménez San Vicente, en Jiménez San Vicente. *Desestructurando el Teorema de Coase*. Op. Cit. nota al pie 139; y Miró Rocasolano, Pablo. El Teorema de Coase y sus implicaciones según “El problema del Coste Social”. *Contribuciones a la economía de La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes*. Web. Consultado el 9 de abr. 2016. <<http://www.eumed.net/coursecon/colaboraciones/index.htm>>

⁴³¹ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63; y Coase. *Economics and Contiguous*. 201–211. Op. Cit. nota al pie 97.

menos costoso resolverla, y no en términos de a quién le asiste el derecho en su interpretación convencional.

En la teoría de Coase se otorga a las normas un valor o precio, por lo que pueden ser sujetas de una negociación. Coase y Posner consideran que las normas jurídicas funcionan como un sistema de incentivos para sus destinatarios y en los cálculos racionales de los sujetos se les asigna un precio (valor).⁴³² El precio de algo se entiende como una relación de valor frente a otras opciones, en la cual existe una elección por parte del agente económico. Bajo el precepto de Coase, los derechos del otro tienen un precio y pueden ser adquiridos a través de la negociación. Lo que convierte al modelo de negociación de Coase en una simple compra-venta de derechos, alejada de todo precepto jurídico sobre la naturaleza de los derechos de propiedad, basándose solo en el hecho de que estos puedan ser transmitidos a través de un acuerdo de voluntades. Esto es considerado como una de las mayores aportaciones del AED a la ciencia jurídica, pues cambia totalmente la forma de entender los derechos de propiedad, su interpretación y aplicación frente a la ley.

Coase y Shavell proponen un sistema de transacción de derechos de propiedad para prevenir y resolver las externalidades mediante la negociación entre el causante de la externalidad y el que la sufre, negociación que solo funcionará cuando los costes de la misma sean bajos o no excedan el coste de las externalidades causadas. Esta propuesta para resolver las externalidades es conocida como “el teorema de Coase”, y se resume en que mediante la negociación se reducen los costes de la resolución de externalidades, evitando que causante pague la reparación del daño, así como la cancelación de la actividad que lo causó. Esta teoría de resolución de externalidades se da como consecuencia de las propuestas presentadas por Coase en su artículo sobre la naturaleza de la empresa y la utilidad, enfocado a la reducción máxima de los costes, incluyendo no solo los de producción sino también aquellos relacionados con la propia transacción.⁴³³

Las negociaciones para reasignar derechos de propiedad han sido muy criticadas, ya que como se ha explicado, éstas acaban convirtiéndose en una especie de compraventa de los derechos, simple transacción de mercado, ajena a los principios que gobiernan tradicionalmente el derecho.⁴³⁴

⁴³² Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 39. Op. Cit. nota al pie 52.

⁴³³ Véase los temas relacionados con los costes de las empresas en Coase. *The Nature*. 386-405. Op. Cit. nota al pie 99.

⁴³⁴ Véase críticas en Jiménez San Vicente. *Desestructurando el Teorema de Coase*. Op. Cit. notal al pie 139.

d. Fallando la norma y la negociación, es el juez quién debe resolver la externalidad

De acuerdo a Coase y Posner en los casos en que la legislación no sea clara, y después del fracaso de la negociación entre las partes para resolver las externalidades, son los jueces los que deben buscar la eficiencia económica. Los ponentes del AED, en una crítica a la interpretación tradicional del derecho por los jueces, señalan que la estricta aplicación del derecho, sobre todo en lo que respecta al proceso y la formalidad, muchas veces distorsiona la eficacia económica. La ambigüedad tanto en la regulación, la competencia, la jurisdicción y las resoluciones judiciales sobre la aplicación de la norma traen consigo incertidumbre jurídica.

Los seguidores del AED sugieren que la falta de los principios de eficiencia económica en los organismos jurisdiccionales causa graves distorsiones en la economía y por consiguiente en el bienestar social. Cuando se dan resoluciones jurisdiccionales con repercusiones económicas, la mayoría de las veces son intencionadamente parciales y ambiguas, lo cual no permite ir creando criterios legal-económicos en el ámbito jurisdiccional que permitan la eficiencia económica.

Los supuestos antes descritos, serán analizados detalladamente en la sección de aplicación de la teoría de este capítulo, dónde se encontrará una interesante similitud a la propuesta de la teoría, pero con resultados distintos.

3.1.3. El sistema legal y la función de los jueces desde la perspectiva del AED

Coase argumenta en “La empresa, el mercado y la ley” que es fundamental que exista un marco institucional y un eficiente sistema legal para que el sistema económico opere eficientemente, principalmente frente a complejas relaciones inter-organizacionales y de contratos múltiples, típicos de las economías avanzadas.⁴³⁵ Los vínculos de colaboración inter-organizacionales (contratos a largo plazo, licencias, franquicias y fusiones, etc.) forman parte del marco institucional del sistema económico y su funcionamiento tiene lugar mediante las normas, el sistema legal, el sistema político-social, la cultura, entre otros.⁴³⁶ Estas variables son fundamentales para el estudio y la comprensión de la estructura institucional de la producción, siendo la premisa básica que el aumento de la productividad y la especialización se logran al

⁴³⁵ Coase. *La empresa*. Op. Cit. nota al pie 101.

⁴³⁶ *Ibidem*.

minimizar los costes de transacción, pues facilitan las transacciones y el intercambio entre las partes.⁴³⁷

El sistema legal reviste gran importancia para el AED, ya que es una institución social que tiene una gran trascendencia sobre la economía y los mercados. Los sistemas legales son considerados eficientes cuando contribuyen a la generación de riqueza y no limitan el equilibrio natural de los mercados. Para la teoría Coase-Posiana, el rol del juez es fundamental ya que éste puede aplicar el sentido de la norma mejor que la abstracción del legislador en la norma en general. El uso de la metodología y los razonamientos del AED aportan criterios a los jueces para dictar sus sentencias con un sentido de eficiencia económica, en las cuales no se aplican los valores tradicionales del derecho como la justicia, la reparación del daño o la determinación de responsabilidad pecuniaria, sino aquellos propios de la economía. Los estudios de Cabrillo y Fitzpatrick sobre los costes en la sociedad y para las empresas de sistemas legales ineficientes, sirven de marco para explorar los incentivos perversos que causan el uso abusivo de recursos legales en los juicios, o los supuestos de la teoría de agente principal en el sistema legal.⁴³⁸

Los Jueces y su rol.

Para Cabrillo y Fitzpatrick los tribunales sirven para resolver disputas y en el caso del derecho jurisdiccional para crear normas jurídicas de las resoluciones de los jueces. Señalando:

Los tribunales proporcionan dos tipos de funciones. El primero es la resolución de disputas - evaluar si una norma ha sido vulnerada. La segunda función de los tribunales se relaciona con la creación de normas jurídicas como consecuencia de la resolución de procesos judiciales.⁴³⁹

El derecho está evolucionando y cada vez se vuelve más planeado y racional. En el sistema judicial los jueces cada vez están más profesionalizados y las decisiones se sustentan en razonamientos más objetivos y racionales.

El Derecho... se vuelve cada vez más planeado, racional y burocrático. Cada vez más un sistema en el cual funcionarios públicos desinteresados, quienes constituyen un Poder Judicial profesionalizado, resuelven disputas aplicando

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ Cabrillo. 75-120. Op. Cit. nota al pie 43.

⁴³⁹ *Ibidem*. 15.

reglas claramente establecidas, diseñadas para promover un planeamiento económico racional de parte de los actores públicos y privados a hechos que estos funcionarios públicos averiguan también racionalmente.⁴⁴⁰

Para Coase y Posner los jueces deben aplicar los razonamientos de la eficiencia económica y maximización de la riqueza en sus sentencias. Las sentencias judiciales tienen por objetivo no resarcir el daño sino prevenirlo en el futuro. La tarea principal del juez es remodelar la estructura existente de los derechos de propiedad. Siguiendo a Max Weber con su definición de “racionalidad formal”, Posner propone que para que el derecho sea “impersonal”, y que “los jueces se abstraigan de las características personales de las partes del litigio y que traten (a los individuos) como representantes de los tipos de actividades”, sugiere usar la metodología y los razonamientos del AED.⁴⁴¹

Asimismo, dicho autor señala que los jueces en el *common law* han estado inconscientemente aplicando el AED para la modelación de los derechos y por consiguiente una asignación eficiente de los recursos. El juez señala:

La teoría económica positiva del *common law* (es decir, el Derecho de origen jurisprudencial, que es distinto del Derecho legislativo...) entiende mejor como los jueces, al desarrollar ese Derecho, hubiesen estado intentando conscientemente (lo cual no estaban haciendo) lograr una asignación eficiente de los recursos.⁴⁴²

Para el AED los jueces a través de los fallos judiciales son los que asignan mejor los derechos, comparado con la mera abstracción de la ley. Posner defiende la presunción de Coase de que los jueces pueden objetivamente identificar y aplicar en sus resoluciones aquellas medidas que contribuyan a una mejor eficiencia económica. Los jueces deberán tener el poder discrecional de seleccionar entre las medidas de corrección o prevención sopesando los costes y beneficios de sus decisiones.

En los casos en que las partes no lleguen a un acuerdo, el juez que deberá reconocer quién valora más el derecho, no en términos de a quién le asiste el derecho o beneficia más (a la parte

⁴⁴⁰ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 11. Op. Cit. nota al pie 21, 11.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² *Ibidem*. 15.

o la sociedad), sino en términos de quién está dispuesto a pagar más por ese derecho. El juez debe tomar esto en consideración y otorgarle el derecho “a quién más lo valora”. Para Posner como Coase, el determinante más adecuado para definir a quién se le debe asignar el derecho es la voluntad de pago por ese derecho y su capacidad de pago por él, ya que en sí mismo ese derecho confiere riqueza, aunque no necesariamente la genera. Sin embargo, Weber desconfiaba de la discrecional de los jueces y Friedrich von Hayek siguiendo sus doctrinas llegó al punto de negar que los jueces debían utilizar la Economía en sus decisiones, por los riesgos que esto implicaba en la propia economía.⁴⁴³

Supuestos sobre el rol del juez.

Coase desarrolla tres supuestos sobre el rol del juez en el sistema anglosajón: (i) el juzgador sabe más que el legislador, (ii) el juzgador influye directamente en la probabilidad de aplicación de las normas (aplica al modelo anglosajón), (iii) decisión de los jueces genera incentivos para una conducta futura.⁴⁴⁴

Estos supuestos le confieren una ventaja clara al sistema de *common law*, sobre el derecho de tradición civil, basados en la estricta aplicación de la norma. Las ventajas son que el juzgador sabe más que el legislador, pues tiene conocimientos de derecho, idealmente un método de AED para evaluar la externalidad y su resolución y conoce de casos concretos no de abstracciones generales previstas en la norma. La exacta aplicación de la norma la determina el juez, al aplicar los criterios que deben gobernar las conductas económicamente eficientes al caso concreto. Por último, al resolver en determinado sentido, el juez está marcando los parámetros para futuras conductas tanto de los agentes económicos como de los razonamientos de los jueces.

a. Sabe más el juzgador que el legislador

El juzgador cuenta con una ventaja sobre el legislador, que consiste en que puede percatarse más de las consecuencias de una norma porque ésta ya se aplicó en la realidad y no solo en la abstracción de la teoría. Por lo tanto, el juez cuenta con más información que el legislador y tiene la oportunidad de corregir externalidades negativas causadas por la aplicación de la norma.

⁴⁴³ Hayek, F.A. “Camino de Servidumbre”. *Obras Completas Vol II*. Madrid: Unión Editorial S.A., 2008. Impreso; y Hayek, F.A. *Derecho, Legislación y Libertad: Una Nueva Formulación de los Principios Liberales de la Justicia y de la Economía Política*, Madrid: Unión Editorial S.A., 2006. Impreso.

⁴⁴⁴ Jiménez San Vicente. *Desestructurando el Teorema de Coase*. Op. Cit. notal al pie 139.

De acuerdo a Cabrillo y Fitzpatrick los jueces pueden aplicar la norma mejor que los legisladores, pues no se les puede manipular fácilmente.

en teoría no necesitan considerar los deseos de la mayoría en sus decisiones. A este respecto, algunos han argumentado que el poder judicial, tiene que rendir menos cuentas que el legislativo ante las mayorías, advirtiendo contra el derecho creado con las decisiones de los jueces. Si bien es evidente que algo de verdad en el argumento, también hay que darse cuenta de los límites presentes en las alternativas. Los jueces per se no pueden considerarse menos responsables de rendir cuentas a la mayoría que los legisladores, ya que el proceso político en sí tiene numerosos puntos débiles. De hecho, la historia está repleta de ejemplos de los legisladores cediendo a las preferencias de los grupos de interés o cayendo en flagrante populismo, haciendo caso omiso de los costes y beneficios de sus propias acciones. Son bien conocidas las dificultades para alinear los incentivos de los representantes políticos con los de sus representados, así como incluir las preferencias individuales.⁴⁴⁵

Otro beneficio es que los jueces no tienen que rendirles cuentas a las mayorías. Los jueces deben estar aislados de los peligros del populismo y clientelismo; a diferencia de los políticos, estos no necesitan considerar en sus decisiones los deseos de la mayoría.

b. La aplicación de la norma la da el juez

El juzgador influye directamente en la probabilidad de aplicación de las normas, ya que es la actividad judicial la que naturalmente establece el porcentaje en el que determinada norma se aplicó a una situación dada.⁴⁴⁶ El juez tiene más información que el legislador y tiene la oportunidad de corregir externalidades negativas causadas por la aplicación de la norma. Por otro lado, el juzgador cuenta con una ventaja sobre el legislador, que consiste en que puede percatarse directamente de las consecuencias de una norma al aplicarla, evaluándola en los casos reales.

Esto se resume que en el *common law* los jueces aplican mejor la norma que el propio legislador, pues lo hacen al caso concreto. Para Coase vale más la reasignación de derechos de un juez que

⁴⁴⁵ Cabrillo. 19. Op. Cit. nota al pie 43.

⁴⁴⁶ Este supuesto más bien aplica para el modelo anglosajón, ya que los casos que llegaban a juicio representan solo una fracción de la aplicación del supuesto, la mayoría se cumple sin necesidad de llegar a juicio.

la asignación original que de un legislador. Es más eficiente la asignación de derechos que realiza un juez que la que hace el legislador, pues ve las características propias del caso y puede evaluar mejor que es más beneficioso para maximizar riqueza y la eficiencia económica y no simplemente generalizar como hace la norma.⁴⁴⁷ Posner considera que el hecho de que sean los jueces los que casi siempre determinen la asignación de derechos y no la norma, genera certidumbre.⁴⁴⁸

c. La decisión de los jueces genera incentivos para una conducta futura y certidumbre jurídica

Una máxima del derecho es que éste norma la conducta humana. Se basa en los modelos axiológicos del derecho positivo, su deber es conducir a la conducta óptima. Las resoluciones de los jueces generan incentivos para la conducta futura de los agentes económicos. El juez debe considerar el probable efecto de fallos alternativos y su probable impacto sobre el comportamiento futuro de los individuos o empresas (entes sociales). El derecho debe ser el sistema a través del cual, el Estado pensando en el bienestar común y la certidumbre jurídica, busque incentivar o desincentivar la realización de ciertas conductas o actividades, aunque estas generen riqueza.

En teoría el AED se comporta como un factor incentivador de la conducta legalmente óptima, en la medida que promueve la eficiencia económica: las resoluciones judiciales sirven de incentivo a la conducta de los agentes económicos hacia lo óptimo. El juez del *common law* incentiva la reconfiguración del ordenamiento jurídico en su conjunto, en las resoluciones jurídicas, apoyando las necesidades de innovación social ante las condiciones cambiantes de la economía. Sus resoluciones jurídicas son más flexibles y efectivas para una economía avanzada.

La naturaleza empírica del AED ofrece la posibilidad de anticipar eventuales consecuencias de la interacción social. Justamente su pragmatismo permite la construcción y comprobación de modelos de comportamiento de los agentes económicos. Los jueces deben utilizar estos modelos para predecirlo y de alguna manera influir para que este sea lo más racional y eficiente posible desde la perspectiva económica. El juez debe considerar el probable efecto económico de sus decisiones alternativas sobre el comportamiento futuro de los individuos, para optar entre una decisión u otra.

⁴⁴⁷ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

⁴⁴⁸ Posner. *Economics of Justice*. Op. Cit. nota al pie 125.

La comprensión de estos razonamientos en los jueces y estudiosos del derecho, convierte al AED en un factor incentivador de la conducta legalmente óptima, en la medida que promueve la eficiencia económica, y sirve de parámetro científico racional para los razonamientos del legislador al legislar, para una reconfiguración del ordenamiento jurídico, así como el de los jueces en la resolución de externalidades. De tal forma que el AED se convierte en un instrumento racionalizador de las soluciones jurídicas.

3.1.4. La función principal del Juez: reasignación de derechos

El teorema de Coase se centra en las consecuencias económicas de la aplicación del derecho para las empresas. Desde la perspectiva de Coase, los fallos de los tribunales deben de tomar en cuenta las consecuencias de sus decisiones. Como resultado de que las transacciones implican importantes costes para los agentes productivos, las asignaciones originales entre las partes pueden modificarse para reducir dichos costes.⁴⁴⁹ Coase entendía que, si no hubiera costo implicado en las transacciones de mercado, es decir, si no hubiera costo para los intereses involucrados, sería suficiente que las decisiones judiciales establecieran un arreglo o asignación clara de los derechos de las partes en conflicto.⁴⁵⁰

La tarea de un juez es remodelar la estructura existente de los derechos de propiedad, cuando se presenta una Litis entre las partes por una externalidad. Para Coase y Posner los derechos de propiedad cuentan, en razón del valor que estos tengan para las partes, por lo que en un mercado de transacción (negociación) su valor no puede ser fijo. Hoppe analizando esta presunción, argumenta que no hay un criterio estable por el que se pueda determinar ex ante quién va a prevalecer en cada caso, ya que cuando los derechos de propiedad se asignan de una forma que maximice la riqueza “solo se pueden determinar ex post”, esto es cuando el juez reasigna el derecho con su sentencia.⁴⁵¹ Este modelo aplica más al modelo anglosajón que al sistema civilista. La visión de reasignar derechos bajo principios económicos, ha sido severamente criticada por los estudiosos del derecho, pues quitarle a la ley su sentido de normar, para darle todo el poder a los jueces para reasignar derechos según su criterio crea incertidumbre jurídica.

⁴⁴⁹ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63; y Coase. *Economics and Contiguous*. 201-211. Op. Cit. nota al pie 97.

⁴⁵⁰ Coase. *La empresa*. Op. Cit. nota al pie 101.

⁴⁵¹ Hans-Hermann, Hoppe. “The Ethics and Economics of Private Property”. *LewRockwell.com*. Web. 11 de oct. de 2014. Printed.

El proceso judicial representa una alternativa para la asignación de recursos en la economía, para los seguidores del AED. De acuerdo a Cabrillo y Fitzpatrick “existen dos alternativas al proceso de asignación de recursos económicos dentro de una sociedad, el mercado y el proceso político. Estas alternativas no actúan por separado, sino que se basan en la interdependencia. La administración judicial ocupa una posición de primera importancia, ya que sirve como una alternativa para la asignación de recursos en la economía”.⁴⁵²

Los preceptos que gobiernan el razonamiento legal como justicia y equidad, son sustituidos por conceptos como utilidad, eficiencia económica y maximización de la riqueza. Posner se aparta de los preceptos legales tradicionales aludiendo al pragmatismo económico, señalando: “en mi opinión, el criterio definitivo debería ser pragmático: no deberíamos preocuparnos de si el análisis coste-beneficio está bien asentado en alguna teoría del valor (jurídico). Deberíamos preguntarnos si sirve bien a cualquier objetivo que pueda tener”.⁴⁵³ La expresión “cualquier objetivo que pueda tener” es demasiado amplia, pues esta acepción puede ser interpretada como “todo está permitido mientras genere un beneficio”. Este tipo de posturas pueden generar abusos, como aquellos que el mismo Posner criticó de la teoría del utilitarismo (conductas monstruo) y de la cual busca afanosamente distanciarse en su libro “*The Economics of Justice*”.⁴⁵⁴

El valor de los derechos, al igual que el de los precios o el valor del trabajo no es fijo, es resultado de una transacción. Según la teoría del AED el valor del derecho está determinado por lo que las partes están dispuestas a pagar por él durante la negociación. Coase y Posner se refieren a la idea anterior mediante un eufemismo “aquel que valore más el derecho”, y que en términos simples puede ser explicado como “aquel que está dispuesto a pagar más por el derecho del otro”. Esto presenta un grave problema en el supuesto intercambio voluntario, ya que el factor riqueza influye decisivamente para determinar quién adquirirá el derecho del otro. Esto pone en una posición de desigualdad a las partes, ya que aquella con mayor riqueza siempre tendrá mayor capacidad de adquirir el derecho, sin que esto signifique necesariamente que dicha parte sea quien más lo valore. Este modelo ocasiona que los derechos sean adquiridos por la parte que tenga más riqueza, por lo que claramente beneficia a aquellos con mayores recursos.

⁴⁵² Cabrillo. 14. Op. Cit. nota al pie 43.

⁴⁵³ Posner. *Cost-Benefit*. 1156. Op. Cit. nota al pie 171.

⁴⁵⁴ Ver la clara diferenciación que desea hacer Posner en *Economics of Justice* de su teoría de maximización de riqueza con la del utilitarismo. Véase Posner. *Economics of Justice*. Op. Cit. nota al pie 125.

Posner justifica la utilización del modelo del AED por los jueces, a fin de diseñar un sistema de resolución de externalidades de bajos costes, el cual modifique la conducta futura de los agentes económicos.⁴⁵⁵ El método del AED es una herramienta que puede ser muy importante tanto para las partes, como para la sociedad en general, ya que las resoluciones que se tomen bajo estos criterios crearán precedentes para la resolución de futuros casos. En el caso de estudio, la resolución de la Litis tendrá un considerable impacto en la interpretación de la ley y la asignación de los recursos públicos cuando se presenten externalidades.

3.1.5. Criterios para dictar sentencias judiciales

La resolución del juez debe imitar al mercado.

Cuando Posner define la función del derecho, señala que las resoluciones judiciales deben “imitar” la operación de los mercados, al fomentan las transacciones:

la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles.⁴⁵⁶

Coase en su célebre artículo titulado “*The Problem of Social Cost*”, hace una crítica a los razonamientos legales con los que los jueces británicos y americanos dictan sus sentencias para resolver externalidades. El laureado economista propone nuevos criterios para resolver los fallos judiciales. Por su parte, en la tercera parte de su libro “*The Economics of Justice*”, Posner hace una crítica a las resoluciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos contrarias a los postulados de la teoría de AED en los fallos sobre discriminación racial. En esta crítica Posner afirma que existen algunas formas de discriminación que no son consideradas ineficientes desde el punto de vista económico, aunque ellas no se adecuan a las nociones de justicia de la mayoría de las personas. La discriminación puede tener como objetivo el economizar en costes de información, no obstante aclara que, aunque en algunas instancias la discriminación puede ser eficiente económicamente, esto no significa que sea legal.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52.

⁴⁵⁶ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 13. Op. Cit. nota al pie 21.

⁴⁵⁷ Posner. *Economics of Justice*. 363. Op. Cit. nota al pie 125.

Otra de las reflexiones relevantes de Posner en este libro, es aquella mediante la cual hace notar que, en las resoluciones de judiciales en el Reino Unido y los Estados Unidos, se han estado aplicando los principios del AED.⁴⁵⁸ El jurista no clarifica si los jueces lo han estado haciendo de una manera consciente o de manera intuitiva, o inclusive como resultado de la presión de los agentes económicos interesados.

Jiménez San Vicente, analizando las teorías de Coase y Posner, desestructura los criterios de los jueces para dictar sus fallos dentro de los razonamientos del AED, encapsulándolos en seis criterios que pueden contradecir los criterios jurídicos tradicionales.

- (i) En la decisión judicial, no imperan los preceptos generales jurídicos, sino los razonamientos económicos.
- (ii) El Juez buscará la eficiencia económica y la maximización de la riqueza en sus resoluciones.
- (iii) El AED no tiene un sentido resarcitorio o compensatorio, ni busca determinar la responsabilidad. Su objetivo es la reasignación de derechos, favoreciendo aquella opción que minimice los costes de la resolución del conflicto.
- (iv) La reasignación de derechos debe realizarse en favor de quien los valore más (al que esté dispuesto a pagar más por ellos en la negociación, o al que le cueste menos resolver la externalidad, en el fallo judicial).
- (v) La resolución del Juez debe mirar hacia delante, hacia el futuro (ex post vs ex ante).
- (vi) El objetivo final de la resolución judicial es minimizar los costes para la actividad productiva.⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ Véase *Ibidem*; Posner. *Economic Approach*. 757-782. Op. Cit. nota al pie 155; y Posner. *Law and Economics*. 1-13. Op. Cit. nota al pie 155.

⁴⁵⁹ Jiménez San Vicente, Armando. “La Metodología del AED para resolución de externalidades”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/resoluc_externa>

a. En la decisión judicial, no imperan los preceptos generales jurídicos, sino los razonamientos económicos

Los argumentos legales no son relevantes sino las máximas económicas. La solidez de los argumentos teóricos legales no va a ser decisiva en la resolución de los jueces, lo importante es que la decisión sea pragmática, entendiéndola como económicamente eficiente.⁴⁶⁰ El objetivo es el concepto de eficiencia económica, que implica una mejora relativa de las partes, sin que ello signifique el resarcimiento o la compensación del daño. En el AED las máximas legales como la justicia, o la equidad son conceptos meramente contingentes. Sin embargo, ningún sistema legal puede existir sin que se determinen y promuevan las máximas de lo correcto e incorrecto.

En la teoría del derecho la justicia se califica como distributiva o conmutativa. La justicia distributiva aspira a repartir entre las personas los bienes, los derechos, los deberes y los honores, en función del valor y de las aptitudes de cada uno y de su función en la sociedad.⁴⁶¹ Este tipo de justicia encaja con los principios de la teoría económica, dejando en desventaja a los actores con menores medios económicos para organizarse y defender sus intereses. Mientras que la justicia conmutativa vela por una igualdad aritmética en los intercambios, apartándose de los conceptos de eficacia y maximización de la riqueza de la teoría económica, y aportando igualdad entre las partes. El juzgador a la hora de reasignar los derechos de propiedad debe decidir al emitir su fallo si sigue los principios y las máximas del derecho, enfocadas a la maximización del bienestar social, o si su fallo se basa en la metodología del AED, donde se busca maximizar las utilidades mediante la minimización de los costes.

Posner explora “la racionalidad económica de las reglas y las prácticas: simplificar el análisis legal rompiendo los límites doctrinales”.⁴⁶² Para ello, Posner utiliza un ejemplo en donde la incertidumbre juega un papel decisivo, “(después de) relacionar el Derecho penal con el Derecho de la responsabilidad civil extracontractual, asignando al primero un papel complementario... en donde una decisión bajo incertidumbre juega un papel decisivo en ambos análisis. La incertidumbre que tiene el criminal de ser atrapado, al igual que la incertidumbre de una acción negligente que conduce a causar un daño, es un determinante crítico de la sanción óptima”.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Posner. *Cost-Benefit*. 1156. Op. Cit. nota al pie 171.

⁴⁶¹ Véase “Enciclopedia Jurídica”. *Jurídica*. Web. Consultada 18 feb. 2016. <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/justicia/justicia.htm>>

⁴⁶² Posner. *Cost-Benefit*. 1156. Op. Cit. nota al pie 171.

⁴⁶³ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

El juzgador deberá utilizar la metodología del AED para medir el impacto de su decisión en la economía, evaluando las consecuencias que ésta tiene dentro de los mercados, así como su influencia en el comportamiento de los agentes económicos, y su repercusión en variables económicas como costes, precios, oferta y la demanda. Debe seguir los razonamientos y teorías económicas en la interpretación y aplicación de la norma, buscando la eficiencia económica y la maximización de la riqueza.

b. El Juez buscará la eficiencia económica y la maximización de la riqueza en sus resoluciones

Coleman en su obra *“Efficiency, Utility, and Wealth Maximization”* explica que la maximización de la riqueza, la utilidad y la eficiencia deben de ser la finalidad de la economía.⁴⁶⁴ Basado en estos principios, las resoluciones judiciales deberán sustentarse en la eficiencia económica según Coase, y la maximización de la riqueza según Posner. Las sentencias judiciales deben aplicar estos razonamientos de la ciencia económica, y no los principios tradicionales del derecho.⁴⁶⁵ Posner defiende el modelo de eficiencia de Kaldor-Hicks, respecto del cual señaló: “No quiero jugármelo todo en una defensa del concepto de eficiencia de Kaldor-Hicks. Para mí, la prueba definitiva del análisis de coste-beneficio que emplee ese concepto es pragmática: si su uso mejora el rendimiento del gobierno en cualquier sentido de mejora que el observador (la víctima) considere apropiado”.⁴⁶⁶

Posner en *“Economics of Justice”* propone razonamientos que el juez debe aplicar a fin de maximizar la riqueza social en los casos de externalidad.⁴⁶⁷ Por su parte, Markovits en *“On the Relevance of Economic Efficiency Conclusions”*, realizó una severa crítica del uso del criterio de eficiencia en el derecho. Markovits cuestiona el argumento de que la eficiencia económica conlleva a resoluciones justas y deseables. Los economistas no reconocen la incompatibilidad entre la aplicación de conceptos de eficiencia económica y justicia.⁴⁶⁸

Como se analizó en el Marco Teórico, Posner defiende los modelos de eficiencia de Kaldor-Hicks y de Pareto. Con esta base teórica, Posner propone una nueva metodología que llama

⁴⁶⁴ Coleman, Jules L. “Efficiency, Utility, and Wealth Maximization”. *8 Hofstra Law Review*, 1979: 524. Printed.

⁴⁶⁵ Posner. *Ethical and Political*. 491. Op. Cit. nota al pie 155.

⁴⁶⁶ Posner. *Cost-Benefit*. 1155 y 1156. Op. Cit. nota al pie 171.

⁴⁶⁷ Posner. *Economics of Justice*. 60. Op. Cit. nota al pie 125.

⁴⁶⁸ Markovits, Richard S. “On the Relevance of Economic Efficiency Conclusions”. *Florida State University Law Review* 29. N° 1, Autum 2001: p. 5. Printed.

“*Potential Pareto Efficiency*” (Eficiencia Potencial basada en la fórmula de Pareto) y que lleva a la maximización de la riqueza. En la fórmula de superioridad de Pareto, después de la negociación, una de las partes se encontrará en una situación peor y la otra en una mejor que al principio.⁴⁶⁹ Por su parte, Posner propone que cualquier beneficio marginal en las partes sea considerado como beneficioso, pues implica en términos relativos la maximización de la riqueza. Para este autor la maximización de la riqueza es el fin último de la sociedad, pues considera que “la riqueza es conducente a la felicidad, la libertad, la autoexpresión y otros bienes indudables”.⁴⁷⁰ En un esfuerzo por encontrar el fin último de la sociedad, Posner combina las teorías de Bentham de utilitarismo ilimitado y la inviolabilidad de los derechos individuales (conocidos como kantianos) instaurándolos en una teoría unificada que tituló “la maximización de la riqueza”.⁴⁷¹

Sobre la maximización de la riqueza, Kronman en “*Wealth Maximization as a Normative Principle*”, asegura que este es un principio fundamental de la economía que puede ser aplicado al derecho, sin embargo no se puede considerar a la generación de la riqueza como el fin último de la sociedad.⁴⁷² Asimismo, Coleman hace una crítica al modelo de maximización de Posner diciendo que su definición adolece de redundancia, ya que para que exista una distribución de la riqueza, primero tiene que existir ésta y una serie de normas de cómo debe ser distribuida.⁴⁷³ Sobre la reasignación de derechos de propiedad a través de la vía judicial, Dowkin critica que el juez deba utilizar los criterios de maximización de las utilidades al aplicar la ley.⁴⁷⁴ En un sentido similar, Englard escribió sobre el fracaso de la premisa de maximización de la riqueza al derecho, pues este principio no puede considerarse como una máxima universal.⁴⁷⁵

Asimismo, se critica que el principio de la maximización de la riqueza tiende a beneficiar a los ricos. Cuando la redistribución de derechos se basa en una transacción económica sustentada en la voluntad y la capacidad de pago de las partes, y una de las partes no tiene la misma capacidad que la otra, no se podrá negociar en igualdad de circunstancias. De hecho, tendrá que aceptar lo que le ofrezcan en la negociación (transacción) por su falta de capacidad económica para pelear por sus derechos en los tribunales.

⁴⁶⁹ Posner. *Cost-Benefit*. 1155 y 1156. Op. Cit. nota al pie 171.

⁴⁷⁰ Posner, *Economics of Justice*, pág. 244

⁴⁷¹ Posner. *Economics of Justice*. Op. Cit. nota al pie 125.

⁴⁷² Kronman, Anthony T. “Wealth Maximization as a Normative Principle”. *Journal of Legal Studies* 9. N° 2 March 1980. Printed.

⁴⁷³ Coleman. *Efficiency, Utility*. 509, 525-526 Op. Cit. nota al pie 458.

⁴⁷⁴ Dowkin, Ronald. *Laws Empire*. Cambridge M.A.: Harvard University Press, 1988. Printed.

⁴⁷⁵ Englard, Izhak. “The Failure of Economic Justice (Book Review)”. *Harvard Law Review* Vol. 95 No. 5, 1982: 1162.

Anthony T. Kronman, antiguo decano de la Facultad de Derecho de Yale escribió sobre esta situación de desigualdad en las negociaciones: “El principio de maximización de la riqueza favorece necesariamente a quienes ya tengan dinero o los recursos para ganarlo y por tanto sean capaces de pagar más que otros para tener una nueva regla legal definida de forma que les favorezca”.⁴⁷⁶ La naturaleza inequitativa de la teoría propuesta fue reconocida también por su fundador Coase cuando dijo: “Una implicación menos agradable de la aproximación de la maximización de la riqueza es que la gente que sea muy pobre (...) solo cuentan si son parte de la función de utilidad de alguien que tiene riqueza”.⁴⁷⁷ Por lo que no puede considerarse esta como una teoría universal, si solo aplica cuando las partes tienen capacidad económica para negociar, pues excluye a los que no tienen suficiente riqueza para adquirir los derechos del otro.

En el análisis comparativo de los sistemas legales de Posner, éste parece sugerir que los países son pobres porque no aplican la maximización de la riqueza en sus sistemas legales. La forma de pensar en sociedades (países) que no promueven la maximización de la riqueza, influye en su realidad socio económica. Sostiene, en respuesta a la crítica a su teoría, que aquellas sociedades que rechazan la teoría de la maximización de la riqueza, tienden a ser por lo regular pobres, insinuando que su situación en gran medida se debe a su forma de pensar.⁴⁷⁸ Inclusive llega a cuestionar la solidaridad con aquellos que menos tienen, opinando: “Yo no sé si exista un amplio deber social de apoyar a las personas que no se ayudan a ellas mismas o no pueden hacerlo. En un sistema guiado por la maximización de la riqueza, como consecuencia algunas de estas personas no productivas tal vez morirán de hambre”.⁴⁷⁹

c. El AED no tiene un sentido resarcitorio o compensatorio, ni busca determinar la responsabilidad. Su objetivo es la reasignación de derechos, favoreciendo aquella opción que minimice los costes de la resolución del conflicto

Coase asevera que no siempre es deseable “determinar la responsabilidad por daños”.⁴⁸⁰ La resolución judicial basada en el AED no tiene un sentido resarcitorio o compensatorio, ni tiene por objeto determinar la responsabilidad, si objetivo es reasignar los derechos de manera tal que se minimicen los costos en la resolución del conflicto. Cuando el juez aplica los principios del AED, no busca resarcir el daño ni compensarlo, sino maximizar la riqueza, según Posner.

⁴⁷⁶ Kronman. *Wealth Maximization*. 240. Op. Cit. nota al pie 466.

⁴⁷⁷ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

⁴⁷⁸ Posner. *A Reply to Some Criticisms*. 791. Op. Cit. nota al pie 217.

⁴⁷⁹ *Ibidem*. 775 y 791.

⁴⁸⁰ Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

A diferencia de la teoría legal, la definición de lo justo y lo correcto no debe ser relevante para una sentencia económicamente eficiente.

En la teoría Coase-Posiana no es relevante determinar la responsabilidad, ni resarcir el daño en la sentencia del juez.

Los economistas y juristas que aplican el AED sostienen que, si no hay modificación en la asignación de recursos productivos, resulta indiferente quién tenga que responder por los costes. Sin embargo, Cachanosky opina que necesariamente tiene que operarse una reasignación de los recursos productivos y que no es indistinto en este proceso quién tenga la responsabilidad de la externalidad. Al respecto escribió: “no es indistinto para la asignación de los recursos productivos que pague una u otra parte los costos de la disputa”.⁴⁸¹ Además, es importante señalar que un sistema de resolución judicial no puede basarse en un paradigma donde no sea relevante la definición de lo correcto y a quién le compete la responsabilidad.

El modelo del AED como expresión de las fórmulas matemáticas de Coase, le otorgan un valor de cero al resarcimiento del daño sufrido por la víctima, y dan por hecho que es deseable mantener la actividad económica nociva causante del daño, ya que ésta genera utilidad y que esta es mayor al daño causado. Tratándose de un modelo matemático, la variable del resarcimiento del daño y su valor debería de considerarse en la fórmula, así como la utilidad de la actividad generadora de la externalidad, como quedó demostrado en el capítulo de negociación.

d. La reasignación de derechos debe realizarse en favor de quien los valore más

La reasignación de los derechos en favor de quién los valore más se interpreta de dos formas: (i) en el proceso de negociación, favorece a aquel que esté dispuesto a pagar más por ellos, y (ii) en el proceso judicial favorece a aquella parte a quien resulte más costoso resolver la externalidad, mientras que la parte contraria (a quien resulta menos costoso resolver la externalidad) será quien asuma los costos, independientemente de la asignación original de derechos.

⁴⁸¹ Cachanosky, Juan C. “Economía, derecho y el ‘AED’”. *Hispanic American Center for Economic Research-HACER*. Web. Consultado el 25 marzo 2016. <<http://www.hacer.org/pdf/Cachanosky00.pdf>>

Uno de los corolarios del teorema de Coase, según Posner, es que cuando los costes de transacción son altos, el rol del derecho a través de los jueces debe “simular” la asignación de recursos en razón de quién los valore más. Al respecto señala:

(cuando) a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad a los usuarios que más los valoren.⁴⁸²

Posner también concluye que, en el caso de la resolución judicial, la forma en que el juez puede determinar quién valora más el derecho es haciendo responsable de resolver la externalidad a la parte a quién le cuesta menos corregirla, sin importar quién sea el causante del daño.

Coase establece que el juez debe resolver de acuerdo “a quién valore más los derechos”, y no puede fiarse de la evaluación del daño que realice la víctima, ya que ésta tiende a exagerar el daño causado. En este mismo sentido, Cooter y Ulen utilizando el teorema de Coase, señala que existen dos formas en que la ley puede incrementar la eficiencia cuando los costes de transacción son positivos. Primero, la ley puede “lubricar” los intercambios privados al reducir los costes de transacción y segundo, la ley puede asignar los derechos a la parte que los valore más.⁴⁸³

Para Cooter y Ulen la eficiencia requiere asignar el derecho a la parte que valora más el derecho. Cuando no hay cooperación entre las partes para una negociación, entonces la asignación judicial de los derechos es necesaria para alcanzar la eficiencia.⁴⁸⁴ Explica el concepto “al que los valore más” en el contexto de la asignación de los derechos; usando el ejemplo de un granjero que necesita bordear su huerto para que el ganado del vecino no dañe su huerto, y en donde la víctima tiende a exagerar los daños sufridos.

desafortunadamente, los legisladores no saben quién valora más los derechos, y descubrirlo puede ser difícil. Para ilustrarlo, considere el problema de determinar el coste de bordear el huerto del granjero. Cuando este testifica en el tribunal, el

⁴⁸² Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 11. Op. Cit. nota al pie 21.

⁴⁸³ Cooter y Ulen. 98. Op. Cit. nota al pie 19.

⁴⁸⁴ *Ibidem*. 88.

granjero tiene un incentivo a exagerar los daños. Sabiendo este hecho, el juez y el jurado no estarán ciertos en creer o no al granjero.⁴⁸⁵

Añade que el juez anglosajón, quién dicta su fallo en base a los precedentes, puede decidir mejor que los propios legisladores, ya que tiene menores costes de información.

Los legisladores con información limitada tienen que compensar el coste de transacción y los costes de información. Por un lado, las cortes al aplicar los precedentes legales evitan el coste de determinar quién valora los derechos más. Las cortes al aplicar una estricta adherencia a los precedentes, las partes tienen que cargar el coste de transacción de corregir la ineficiente asignación de los derechos.⁴⁸⁶

e. La resolución del Juez debe mirar hacia delante, hacia el futuro (ex post vs ex ante) La aproximación económica (posneriana) para resolver las externalidades por la vía judicial “mira hacia delante”, por lo que la distribución inicial de derechos no importa.

Posner afirma que “dónde debería recaer la responsabilidad depende en definitiva de una respuesta a una pregunta acerca del futuro y no del pasado”.⁴⁸⁷ En las decisiones judiciales bajo los razonamientos de la eficiencia económica, los derechos de las partes son irrelevantes, y no existe un criterio estable por el que se pueda determinar *ex ante* quién va prevalecer en cada caso. Para que los derechos de propiedad se asignen de una forma que maximice la riqueza, estos se deben asignar *ex post*, esto significa a través de una decisión judicial que ha tomado en cuenta la teoría del análisis económico del derecho. Respalda esta visión, Hoppe escribió que si los derechos de propiedad se asignan de una forma que maximice la riqueza esta “solo puede determinarse si se realiza *ex post*.”⁴⁸⁸

En contraposición con el argumento de que la distribución inicial de derechos no importa, Zipursky critica la visión posneriana. Resalta que es un error mirar “hacia delante”, una vez que el daño ha sido causado, cuando por su naturaleza el derecho sobre daños tiene que “mira hacia atrás”, a la situación que guardaban los derechos antes del daño.⁴⁸⁹ Para Zipursky la forma correcta de evaluar jurídicamente la situación es mirar al pasado y determinar la estructura de

⁴⁸⁵ *Ibidem*. 98.

⁴⁸⁶ Cooter y Ulen. 99. Op. Cit. nota al pie 19.

⁴⁸⁷ Posner. *Economics of Justice*. 78. Op. Cit. nota al pie 125.

⁴⁸⁸ Hans-Hermann. *The Ethics*. Op. Cit. nota al pie 445.

⁴⁸⁹ Zipursky, Benjamin. “Pragmatic Conceptualism”. *Legal Theory* 6, N° 4, Dec. 2000: 462-463. Printed.

derecho que estaba implantada antes del daño, analizar las acciones del demandante y demandado; y sobre esta base poder determinar la responsabilidad del daño.⁴⁹⁰

f. El objetivo final de la resolución judicial es minimizar los costes para la actividad productiva

Desde la perspectiva del AED, el objetivo de la ley es eliminar los costes de transacción para que las negociaciones entre particulares puedan llevarse a cabo. El principio normativo de el teorema de Coase señala que hay que estructurar la ley de tal forma se eliminen los impedimentos a los acuerdos entre particulares.⁴⁹¹ De igual forma, Posner deja muy claro el rol del derecho y el valor de las instituciones y doctrinas del AED, es la de minimizar los costes de transacción:

(El derecho) debe defender claramente los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas cuando hay un incumplimiento de contrato. Los analistas económicos del Derecho han identificado una serie de doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costos de transacción del mercado.⁴⁹²

El teorema de Coase sobre la resolución de externalidades tiene por objetivo fundamental el minimizar costes para la actividad productiva. Para Posner hay dos corolarios importantes en relación a la asignación de derechos por parte del juez del teorema de Coase: (i) debería procurar minimizar los costos de transacción y (ii) cuando los costes de transacción sean altos el rol del derecho debe simular la asignación de recursos en razón de quién los valore más.

El coste de la transacción está estrechamente vinculado al principio que gobierna las resoluciones de los jueces, y que influye en la determinación de quién valora más el derecho.

las cortes pueden tratar de determinar quién valora más el derecho y ajustar la norma en correspondencia. Al reasignar los derechos, las cortes u otros legisladores deben cargar con el coste de la información de determinar quién

⁴⁹⁰ Zipursky es un representante del llamado “conceptualismo pragmático”, quien cuestiona el AED de daños en su obra. *Ibidem*. 462.

⁴⁹¹ Cooter y Ulen. 97. Op. Cit. nota al pie 19.

⁴⁹² Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 15. Op. Cit. nota al pie 21.

valora los derechos más. La eficiencia económica requiere que las cortes determinen (quién lo valora más) conforme al que sea menos costoso.⁴⁹³

3.1.6. La aplicabilidad del AED a los sistemas legales germánicos-romanos

Richard Posner en su artículo “El AED, en el *common law* y en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo”, aporta un detallado análisis de la aplicabilidad del AED al sistema civil, al que llama germánico-romano, y cómo esta metodología para las resoluciones judiciales puede ser un detonador del desarrollo económico y la prosperidad de las naciones en vías de desarrollo. En este artículo académico narra cómo este movimiento se ha desarrollado a lo largo del mundo. Asimismo, explica cómo el enfoque económico permite entender por igual el *common law* y el sistema romano-germánico, haciendo posible explicar sus diferencias y similitudes. Finalmente, Posner advierte que el AED puede ayudar a determinar qué cambios legales son necesarios en países en vías de desarrollo para su adecuada aplicación.⁴⁹⁴

En este artículo Posner realiza un estudio sobre el *common law*, comparado con el sistema germánico-románico y su posible aplicabilidad de los preceptos del AED al sistema civilista. El jurista concluye que la metodología del AED aplica a las naciones con una tradición jurídica diferente. Sostiene que pese a las marcadas diferencias en los sistemas, los principios económicos y la teoría del coste-beneficio, son aplicables para la elaboración y la función judicial al aplicar la norma.⁴⁹⁵

Posner analiza los beneficios del movimiento del AED americano en el contexto del derecho estadounidense. El autor considera que los argumentos de valor de la metodología se pueden aplicar a los sistemas del derecho civil, “he estado discutiendo el Derecho estadounidense y el movimiento del análisis económico del derecho estadounidense, no obstante la mayoría de lo que he dicho es igualmente aplicable a los sistemas del Derecho civil”.⁴⁹⁶ Reconoce que las diferencias institucionales entre el *common law* (especialmente Estados Unidos) y el derecho civil (continental europeo) son profundas, y tienen que ver principalmente con las distintas estructuras de la carrera judicial y los principios de razonamiento.⁴⁹⁷

⁴⁹³ Cooter y Ulen. 99. Op. Cit. nota al pie 19.

⁴⁹⁴ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 15. Op. Cit. nota al pie 21.

⁴⁹⁵ *Ibidem*. 14.

⁴⁹⁶ *Ibidem*. 16.

⁴⁹⁷ *Ibidem*. 15.

Asimismo, enfatiza que pese a sus formas y estilos diferentes las dos principales tradiciones jurídicas son convergentes. Aunque destaca las bondades del derecho anglosajón frente al civilista, desmitifica las posiciones históricas que los han desacreditado a lo largo de la historia.

El Poder Judicial continental es más creativo y menos limitado por reglas, menos “burocrático”, de lo que Weber creía; mientras que el *common law* ha sido siempre más predecible de lo que los foráneos lo han percibido. Por tanto, para ser breve, el *common law* y la tradición romano-germánica son convergentes.⁴⁹⁸

a. Diferencias entre los sistemas legales

La función del juez en el *common law* es crear normas jurídicas basadas en los precedentes, mientras que en el modelo civilista las decisiones de los jueces solo tienen un carácter persuasivo.

En los sistemas de *common law*, estos se manifiestan como sistemas basados en precedentes. A diferencia de los sistemas que siguen la tradición del *common law*, las jurisdicciones basadas en el derecho civil no se adhieren al principio de *stare decisis* en la adjudicación de derechos, ya que los precedentes (en el sistema civil) están confinados a una función más de carácter persuasivo.⁴⁹⁹ Continúa añadiendo: “más allá de la doctrina de la jurisprudencia constante, un tribunal solo debe tomar en consideración pasadas decisiones, donde existe suficiente uniformidad en la jurisprudencia previa y la jurisprudencia dividida no es considerada. Los tribunales (civilistas) tratan los precedentes como una especie de “ley blanda” una vez que la uniformidad se ha desarrollado.”⁵⁰⁰

Examina las importantes diferencias entre los dos sistemas legales, destacando que los jueces anglosajones eran más propensos a defender los preceptos del AED.

Los jueces anglosajones respaldan más los preceptos de la eficiencia económica en sus resoluciones. El contenido de las normas legales es tan importante como su forma y las normas del *common law* desarrolladas por jueces ingleses y estadounidenses pueden haber contenido preceptos que respaldaban más la

⁴⁹⁸ *Ibidem*. 14.

⁴⁹⁹ Cabrillo. 15-16. Op. Cit. nota al pie 43.

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

eficiencia económica que las reglas de los países de tradición romano-germánica. La razón podría ser que los jueces ingleses y estadounidenses son seleccionados entre quienes ejercen el Derecho (o, en el caso de Estados Unidos, entre los que enseñan Derecho) y son, por lo tanto, más prácticos que sus contrapartes que siguen la carrera judicial de los sistemas de tradición romano-germánica.⁵⁰¹

Una reflexión relevante de los estudios de Posner es que el sistema legal tiene un impacto directo en el desarrollo económico de las naciones. El economista asegura que, si una sociedad no puede pagar un buen sistema legal, esta situación muy probablemente se traducirá en que ese país no deje de ser pobre. Al respecto Posner señaló: “un país pobre puede no estar listo para costear un buen sistema legal, pero sin un buen sistema legal puede ser que nunca llegue a ser lo suficientemente rico como para costear tal sistema”.⁵⁰²

El dilema se centra en entender cómo se puede crear un sistema legal eficiente. Posner considera que los países en vías de desarrollo se enfrentan a un dilema, entre crear instituciones legales eficientes u optar por una alternativa más sencilla, crear leyes eficientes, ya que es más costoso y requiere mayor tiempo crear instituciones legales eficientes.

por tanto, podría argumentarse que (debido a que es mucho más costoso y toma mucho más tiempo crear instituciones legales eficientes que promulgar normas eficientes para que sean administradas por las instituciones ineficientes) la reforma debiera concentrarse en esto último.⁵⁰³

b. Sistemas convergentes

En el debate sobre la aplicabilidad de los razonamientos y métodos del AED al derecho romano-germánico (derecho civil), Posner concluye que, aunque son muy diferentes los sistemas, estos pueden ser convergentes en la metodología del AED.⁵⁰⁴

El análisis económico del derecho es genuinamente internacional, y tiene tanta relevancia sobre el Derecho romano-germánico y los países en desarrollo como en los países del *common law*. De hecho, existe un movimiento del AED romano-

⁵⁰¹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 13. Op. Cit. nota al pie 21.

⁵⁰² *Ibidem*. 11.

⁵⁰³ *Ibidem*.

⁵⁰⁴ *Ibidem*. 7-16.

germánico que se concentra en temas del régimen legal que son de particular importancia para los países en desarrollo.

3.1.7. Sistemas legales ineficientes y el abuso del sistema judicial

Un sistema legal ineficiente tiene un impacto directo en la economía, pues limita las transacciones económicas complejas que sustentan el desarrollo y la prosperidad de las naciones en el sistema capitalista. Posner considera que un sistema legal ineficiente con leyes débiles “crea una propensión a favor de intercambios simples y simultáneos en vez de transacciones más complejas, ya que mientras más cerca de ser simultáneo es el cumplimiento de los contratantes, es menor la necesidad de soluciones legales contra incumplimiento”.⁵⁰⁵ Las dos premisas que Posner considera indispensables para una economía de mercado son: “lo que el capitalismo requiere “esencialmente” de la ley es la protección de los derechos de propiedad y de la libertad contractual, por parte de jueces razonablemente desinteresados, más que la máxima de claridad y coherencia alcanzada por las normas legales”.⁵⁰⁶

Entre los economistas existe una crítica reiterada al abuso de recurrir a los tribunales para buscar la reasignación de derechos de propiedad, puesto que implica un alto coste para el Estado, a las partes y al mismo tiempo para la sociedad. Los procesos judiciales y administrativos son costosos tanto en recursos económicos como en tiempo. Así que, contrario a la postura de Coase de no intervención del Estado, estos apoyan la regulación óptima que inhiba a las empresas a realizar actividades económicas que causen un daño, que luego la propia empresa no pueda interiorizar en sus costes de producción. A fin de cuentas, toda la teoría de la eficiencia económica se basa en el principio de costes y utilidad.

Cabrillo y Fitzpatrick analizan la demora indebida en los procedimientos como un síntoma de la crisis que experimentan muchos sistemas legales. Dichos autores afirman que los sistemas legales en muchos países de tradición civil están en crisis, son sesgados, ineficientes, lentos y costosos, tanto para el Estado como para la sociedad.

La inercia legal, el sesgo y la mala administración son la norma en muchos países, con repercusiones sociales y económicas devastadoras. Los comentaristas sostienen que la justicia civil está en crisis, los retrasos están causando que los

⁵⁰⁵ *Ibidem.*

⁵⁰⁶ *Ibidem.*

tribunales sean inútiles, los costos monetarios de adjudicación de derechos hacen casi imposible a todos acudir a los tribunales, menos para los ricos; los jueces no están conscientes de la realidad de las empresas; las instituciones formales no están sincronizadas con las prácticas informales; los jueces no son independientes y favorecen a los ricos y poderosos; los costos de la justicia para el Estado son demasiado altos; y hay una explosión en el número de litigios.⁵⁰⁷

En el AED “comparativo” Posner observa que el Derecho cambia según los distintos países (derecho jurisprudencial o derecho germánico-romano), preguntándose si las diferencias deberían atribuirse a diferencias económicas relevantes o al hecho que algunos países no tienen teorías y sistemas legales eficientes.⁵⁰⁸ Posner señala que la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costos de transacción en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles.⁵⁰⁹

Para desarrollar un sistema legal eficiente existen dos posibles caminos: promulgación de leyes eficientes o desarrollar instituciones eficientes. La creación de normas es más sencilla y representa costes insignificantes, mientras que el desarrollo de las instituciones legales requiere un alto costo de capacitación.⁵¹⁰

(...es mucho más costoso y toma mucho más tiempo crear instituciones legales eficientes que promulgar normas eficientes para que sean administradas por las instituciones ineficientes) la reforma debiera concentrarse en esto último. La creación y diseminación de una regla supone pequeños costos fijos y (al igual que otros bienes de información) costes marginales insignificantes, mientras que las instituciones legales requieren una gran cantidad de trabajo capacitado de alto coste.⁵¹¹

Por su parte, Cabrillo y Fitzpatrick proponen algunas recomendaciones para mejorar el sistema legal: (i) la simplificación de la ley, (ii) la independencia judicial, y (iii) la simplicidad de los procedimientos.

⁵⁰⁷ Cabrillo. 14. Op. Cit. nota al pie 43.

⁵⁰⁸ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

⁵¹⁰ *Ibidem*. 7.

⁵¹¹ *Ibidem*. 9.

a. Simplificación de la ley

Las reglas claras hacen que los mercados funcionen bien, este es un objetivo primordial para el buen funcionamiento de la economía capitalista. Para que un sistema legal funcione requiere de reglas claras, ya que tiene serias consecuencias la falta de claridad en el sistema de mercado.

Las reglas no prescriben las acciones privadas, no dicen a la gente qué tipo de contrato hacer, qué riesgos tomar, qué profesión seguir. En cambio, crean el marco dentro del cual la gente puede realizar sus negocios, adquiriendo y explotando propiedades, haciendo contratos, invirtiendo y prestando, involucrándose en actividades riesgosas y así sucesivamente, con la confianza de que reglas sustancialmente neutrales, claras y conocidas proveen la declaración exclusiva de sus derechos y deberes públicos.⁵¹²

Asimismo, las reglas claras y la simplicidad de las normas tienen un gran impacto en la operación del poder judicial ya que facilita el control de los jueces, reduce la corrupción y disminuye la posibilidad de influencia de los políticos y agentes económicos poderosos.

Para Posner la simplicidad de las reglas, tendrá dos consecuencias para el poder judicial débil (común en países en desarrollo).⁵¹³

- (i) La aplicación de las reglas demanda menor tiempo y competencia de los jueces, y por lo tanto es menos costosa y probablemente más exacta.
- (ii) Reglas claras y simples facilitan el control de los jueces y reducen la probabilidad de sobornos y la influencia de los políticos en los procesos judiciales. Cuanta menos discreción de los jueces más fácil determinar si la resolución es contraria a la ley o favorece sistemáticamente a un grupo económico.

Este reconocimiento de la simplicidad de la norma, es un reconocimiento al sistema legal civil que otorga menor facultades discrecionales a los jueces para interpretar la ley; aunque cabe señalar que Posner lo relacione con un sistema ineficiente propio de las naciones en vías de desarrollo.

⁵¹² *Ibidem*.

⁵¹³ *Ibidem*. 8.

La simplificación de la ley puede tener un impacto sustancial sobre la naturaleza y el nivel de los litigios. Cuando la ley es clara, se hace más fácil para monitorear las acciones, y menos costoso para resolver disputas. Las reglas simples pueden ayudar a los tribunales en la resolución de una controversia a un menor coste. Por otra parte, cada vez menos casos irán a juicio, ya que las partes pueden evaluar fácilmente sus costos o ganancias esperadas y, por tanto, negociar.⁵¹⁴

b. Independencia del Juez

La decisión del juez puede ser influida por presiones de poderosos agentes económicos o políticos (se insinúa que esto no sucede tanto en el derecho anglosajón, pero sí en los países en vías de desarrollo). Esta visión ha sido analizada con mayor detalle en la teoría de gobernanza industrial, que entiende a la economía como un sistema de distribución del poder en las relaciones entre los agentes económicos. El mercado es visto como un sistema de relaciones de poder que no tiende necesariamente al equilibrio. En las negociaciones es más importante la distribución de poder que el precio. Las instituciones sociales, entre ellas la ley, evitan el abuso del poder de las partes más fuertes. Las instituciones son sistemas de reglas que definen el control sobre los medios de producción, el acceso a los recursos, a la información y su control estratégico; pero son susceptibles de ser influenciadas por el poder económico y político.⁵¹⁵

En el plano institucional-constitucional, la independencia del poder judicial se traduce en que éste debe ser capaz de conducir sus asuntos de forma independiente a los poderes legislativo y ejecutivo. La función constitucional del poder judicial como guardián del estado de derecho, revisando las acciones de las otras dos ramas del gobierno en términos de su cumplimiento constitucional y legislativo.⁵¹⁶ En el contexto de la economía política, se debe entender la independencia judicial como la garantía de que el juez resolverá los asuntos sin la presión e influencia de los poderes políticos y económicos de facto. Cabrillo y Fitzpatrick sostienen que los sistemas judiciales varían de un país a otro, sin embargo, las sociedades que se rigen por los principios democráticos universales tienen como objetivo crear y hacer cumplir las leyes en las esferas pública y privada de manera objetiva, y de forma independiente, sin el uso arbitrario del poder y la influencia.⁵¹⁷

⁵¹⁴ Cabrillo. 225. Op. Cit. nota al pie 43.

⁵¹⁵ Véase “Gobernanza Industrial”. Web. Consultado el 27 de feb. 2014. <www.gobernanzaindustrial.com>

⁵¹⁶ Cabrillo. 241. Op. Cit. nota al pie 43.

⁵¹⁷ *Ibidem*.

La independencia judicial es “la capacidad de un juez para decidir un asunto libre de presiones, prejuicios o sesgos y alicientes”.⁵¹⁸ Cabrillo y Fitzpatrick definen tres tipos de independencia judicial:

la independencia sustantiva se refiere a que el ejercicio de sus funciones oficiales no esté sujeto a ninguna otra autoridad que no sea la ley. La independencia personal se refiere a seguridad adecuadas en términos judiciales de la oficina, el salario y la tenencia. Independencia colectiva de refiere a asegurar adecuadamente la administración central de los tribunales, y la independencia interna se refiere a la independencia de los jueces superiores y colegas.⁵¹⁹

Desde la perspectiva de Posner, los jueces deben ser imparciales y éticos. Los jueces no tienen que ser “alentadores del capitalismo”, pero sus decisiones tienen que generar certidumbre y tranquilizar a los diferentes agentes económicos de que no se está beneficiando a alguno de ellos.

Ellos deben hacer cumplir, en los casos en los cuales tienen que tomar una decisión, las normas sin importar las consecuencias para las personas y las actividades evaluadas. Esta neutralidad del juez debe aplicar, no solo con respecto al valor personal (tal como en el concepto de justicia correctiva de Aristóteles) sino también respecto a la ideología. La neutralidad es importante para realzar el carácter predecible de la ley –y es su carácter predecible, principalmente, lo que Weber pensó que los capitalistas necesitaban del marco legal–, así como para tranquilizar a las clases potencialmente inquietas de la sociedad preocupadas que la ley no favorezca a una clase particular.⁵²⁰

Posner describe los riesgos de la influencia económica y política sobre los jueces, y su repercusión en la economía. Advierte de las condiciones de incompetencia y corrupción marcan negativamente el sistema de mercado en las naciones con sistemas legales ineficientes.

La producción jurídica de los jueces responde a las exigencias y recoge las preocupaciones de la sociedad, sin embargo, en el proceso de interpretación de la norma frecuentemente

⁵¹⁸ *Ibidem*.

⁵¹⁹ *Ibidem*.

⁵²⁰ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 16. Op. Cit. nota al pie 21.

predominan los intereses de grupo o elites con mayor poder para influenciar las decisiones. El AED, en cierta medida, contribuye a evidenciar esa lógica de funcionamiento del sistema jurídico. Posner expone que “el derecho no evoluciona siguiendo una lógica interna, sino en respuesta a las presiones políticas y económicas del entorno social”.⁵²¹

En el mismo sentido, Cabrillo y Fitzpatrick comentan los intentos de manipulación a fin de influir en las decisiones judiciales:

El principio de la independencia judicial es violada con frecuencia en muchos países en desarrollo. Muchos medios son sutiles y pueden implicar la manipulación del presupuesto judicial, pero algunos son bastante evidentes, y pueden venir en forma de postulaciones a puestos judiciales basados en fidelidades partidistas u otras lealtades, amiguismos y beneficios, el soborno, o disciplinar a los miembros del poder judicial que no siguen la línea que les imponen.⁵²²

Por su parte, Posner habla de la necesidad de que los sistemas legales cuenten con jueces éticos y profesionales, y sugiere una serie de medidas para reducir la incompetencia judicial y la corrupción:

- (i) Reservar una compensación judicial generosa en forma de pensión que se pierde, si el juez es removido de su cargo por incompetencia o corrupción. Esto puede generar un incentivo importante para que aparte de la conducta nociva.
- (ii) Hacer que los jueces resuelvan en tribunales (grupo colegiado) o utilizando el sistema de jurados, para disminuir la corrupción aumentando la probabilidad de que se descubra si aceptan sobornos, por denuncia de alguno de los colegiados.
- (iii) Reducir las penas para poder reducir la ganancia de sobornar a los jueces y a otros funcionarios a fin de que no las impongan con el propósito de sobornar a otros.
- (iv) Priorizar y crear cortes especializadas para los temas sensibles del país. Si esta se dedica a temas puramente económicos, Posner confía en que las

⁵²¹ Posner. *Overcoming Law*. 17. Op. Cit. nota al pie 155.

⁵²² Cabrillo. 241. Op. Cit. nota al pie 43.

autoridades políticas le otorgarán autonomía, pues entenderán cuanto puede hacer esa institución por la nación.⁵²³

Cabrillo y Fitzpatrick resaltan la importancia de las reglas claras para evitar la corrupción, particularmente en aquellos sistemas en donde los jueces gozan de una mayor discrecionalidad al dictar sus fallos.

las reglas claras y simples no solo aumentan la previsibilidad del derecho, también pueden reducir la corrupción en aquellos entornos en los que la corrupción judicial es un problema, dado que los jueces gozan de una menor discrecionalidad en la toma de decisiones. Además, cuando el capital humano es un problema, genera menos presión en los jueces si la ley en un caso particular es clara. Sin embargo, precisamente debido a que los jueces gozan de una menor discrecionalidad en la toma de decisiones, las reglas simples pueden también tener un coste, ya que dado las reglas simples no necesariamente son “la opción que mejor encaja” con el supuesto. Debido a que las reglas simples no son necesariamente la opción que mejor encaja, el desarrollo de normas claras y sencillas requiere una inversión sustancial ex ante por los legisladores en la determinación de lo que es óptimo.⁵²⁴

c. Simplificación de Procedimientos

Los procedimientos complejos tienen grandes repercusiones en los litigios. No solo pueden crear incentivos perversos que promuevan la corrupción, sino que crean alicientes equivocados en las relaciones de agente-principal entre los abogados y sus clientes. Se debe reducir el poder de los abogados para controlar el ritmo de los procedimientos, así como incrementar los costes del juicio al presentar recursos y mociones. Muchos procedimientos son innecesarios, incrementan los costes del juicio y no solo no favorecen la justa aplicación de los derechos, sino que pueden crear situaciones injustas que impliquen la pérdida de los derechos. En esta tesis se analiza como la dilación en el proceso tuvo por consecuencia la pérdida de derechos en perjuicio de una de las partes.

Los procedimientos complejos son una fuente obvia de demora en los juicios. Países como España y especialmente Italia son conocidos por los retrasos debido

⁵²³ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

⁵²⁴ Cabrillo. 225. Op. Cit. nota al pie 43.

a la complejidad de los procedimientos y la acumulación de trámites en gran medida obsoletos. Aunque se compensan los valores de costes, con los de duración y precisión, esto no quiere decir que la holgazanería (letargo) en el sistema no exista. Muchos procedimientos no favorecen la justa aplicación de los derechos, e incluso pueden hacer lo contrario. En algunos casos, puede fomentar que se juegue aprovechándose del sistema y adoptar un comportamiento táctico buscando su beneficio. Se debe fomentar la reducción del poder de los abogados para controlar el ritmo de los procedimientos, así como su capacidad para presentar mociones y solicitudes provisionales (recursos), ya que estos pueden acelerar y frenar los casos usando un comportamiento estratégico a favor de sus intereses.⁵²⁵

La especialización frente a la generalidad.

En el debate en torno a los procedimientos jurisdiccionales especializados o generales, los sistemas judiciales, se divide en dos alternativas: en primer lugar, si un tribunal debe tener jurisdicción sobre cualquier disputa que surja dentro de un área geográfica, es decir, la jurisdicción ordinaria. En segundo lugar, si un tribunal (u otro órgano judicial) podrían tener jurisdicción sobre disputas relacionadas con un tema específico sobre un área geográfica, es decir, la jurisdicción especializada. Estos patrones de organización podrían aplicarse a los órganos jurisdiccionales de primera instancia única, a las apelaciones solamente, o a ambos primera instancia y de apelación.⁵²⁶

La lógica detrás de la especialización de las funciones es el intento de obtener ventajas asociadas con la división del trabajo. Los beneficios potenciales de la especialización y la división del trabajo han sido ampliamente expuestos en la economía clásica que sugiere que la división del trabajo aumenta la productividad, ya que los rendimientos del tiempo dedicado a las tareas son generalmente mayores para los trabajadores que se concentran en un rango más estrecho de habilidades.⁵²⁷

Cabrillo y Fitzpatrick afirman que la especialización en el sector judicial es una ventaja comparativa del derecho civilista. En los países de tradición civil, los tribunales ya están organizados por ámbitos jurídicos (civil, administrativo, penal), y esto ha creado una serie de ventajas para el sistema civil.

⁵²⁵ *Ibidem.* 226.

⁵²⁶ *Ibidem.* 62.

⁵²⁷ *Ibidem.*

los países de derecho civil gozan de una ventaja comparativa con respecto a los países de derecho común respecto al papel de la especialización de muchas funciones judiciales. Hay numerosas razones para esto, siendo el más importante el relacionado con el papel del juez. En primer lugar, los jueces en los países de derecho civil ya están especializadas en determinados ámbitos jurídicos: administrativo, penal, etc. En segundo lugar, hay una mayor proporción de jueces que abogados en los países de derecho civil frente a los países de derecho común. Esto está claramente relacionado con el papel más activo que toman en los procedimientos y la naturaleza de las tareas que asumen. En tercer lugar, la tendencia en las tradiciones del derecho civil hacia la codificación es más propicio para la expansión del papel de la especialización. En cuarto lugar, los jueces con una trayectoria judicial pueden ser introducidos con mayor facilidad a la especialización (lo aceptan más fácilmente), lo que hace que sea más fácil tanto para dirigir y aumenta el tamaño de los tribunales que en los sistemas de derecho común.⁵²⁸

Sin embargo, la teoría económica ofrece numerosas explicaciones de por qué los beneficios derivados de la especialización pueden no cristalizarse. Cabrillo y Fitzpatrick destacan cuatro factores en contra a la especialización:

El primer factor es el tamaño del mercado, pues este influye en las ganancias que se pueden obtener con la especialización. Un segundo factor es el problema de coordinación pues limita los beneficios que se obtienen de la especialización. Cuanto mayor sea la cantidad de especialización de funciones, más difícil se hace para coordinar las actividades. Esto puede conducir a problemas de principal-agente, el aumento de los costes de seguimiento, problemas de cautividad y así sucesivamente. Dada la estructura del sistema judicial los costes en los países de derecho civil pueden ser sustancialmente más bajos que en los países de derecho común. Un tercer factor que limita los beneficios que se obtienen de la especialización es el nivel de conocimientos disponibles en una economía. Donde hay un mayor nivel de habilidades, los beneficios de la especialización son mayores (en igualdad de condiciones). Cuando el nivel de capital humano es bajo

⁵²⁸ *Ibidem.* 62-63.

- como es el caso en muchos países en desarrollo - la teoría económica, sugiere que los rendimientos de la especialización no pueden ser tan altos como se esperaba.⁵²⁹

Por otra parte, la especialización también causa dificultades, una de las críticas a la especialización es que aumenta el riesgo de parcialidad.

Un riesgo de la especialización es el peligro de parcialidad. El problema no se limita únicamente a los jueces, dado que el mismo dilema está ocurriendo con la creación de organismos reguladores genéricos y especializados, en los que en muchas ocasiones se pone a prueba la imparcialidad. Criticar la independencia en favor de la especialización sería un error que podría debilitar el propio mecanismo. En este orden de ideas, la especialización puede prestarse a una mayor partidismo e influencia ideológica. Los jueces, dado que se centran en un área específica, pueden llegar a ser sensibles a determinada ideología o ser sujetos a una mayor influencia.⁵³⁰

Otro de los argumentos en contra de la especialización es que los juzgados especializado están más influenciados por los grupos de interés que con los jueces generalistas. Se hacen algunas suposiciones sobre el poder de influencia de los grupos de interés en los ámbitos laboral y comercial. Supone que los tribunales comerciales son más homogéneos, y que existen menor presión de los grupos de interés. Sin embargo, esta teoría desconoce la abrumadora evidencia tanto en países desarrollados como aquellos en vía de desarrollo, donde debido a la presión que se ejerce en los tribunales comerciales, estos tienden a beneficiar principalmente los intereses de las grandes empresas.

Dado lo anterior, es evidente que los tribunales se vuelven más atractivos para los grupos de interés especial cuando se estrecha su jurisdicción (especialización). Esto pone aún más énfasis en la importancia del proceso de nombramiento, que es particularmente atractivo de interferencia por el establecimiento político. Aunque pueden aparecer distinciones entre diferentes tipos de tribunales. Por ejemplo, uno podría esperar mayores problemas de influencia en los tribunales laborales que en los tribunales comerciales. Los

⁵²⁹ *Ibidem.* 61.

⁵³⁰ *Ibidem.* 64.

tribunales de trabajo son heterogéneos en la fachada, pues existen claras demarcaciones institucionales entre los intereses de los empleadores y de los empleados. Por otro lado, los tribunales comerciales son en gran medida homogéneos, generalmente con menor inclinación a los intereses de grupo.⁵³¹

La centralización.

Por otra parte, un grado de centralización excesiva aumenta los costos para las partes que intervienen en el proceso. Por ejemplo, acudir a un tribunal que se encuentra a una distancia de 20 o 30 kilómetros, conlleva numerosas horas de viaje, lo que incrementa los costos de las partes, por lo que es de esperarse que el tamaño territorial de un tribunal específico sea menor, de modo tal que al acudir a éste solo tome unos pocos minutos. Estos costos de transacción se reducen como consecuencia del progreso técnico. Del mismo modo, la posibilidad de presentar documentos a una corte a través de la tecnología, naturalmente, aumenta el tamaño de la jurisdicción de un tribunal óptimo.⁵³²

⁵³¹ *Ibidem.* 64-65.

⁵³² *Ibidem.* 58.

(Segunda Parte)

3.2. Antecedentes

Tal y como se describió en el capítulo anterior, las negociaciones entre el GDF y el Consorcio concluyeron sin éxito. Esto dio motivo a que las partes iniciasen al menos una docena de juicios relacionados a la controversia. Muchos de los juicios no prosperaron o no tuvieron ninguna consecuencia significativa en la resolución del conflicto, sin embargo, otros podrían tener efectos de gran relevancia, no solo para partes, sino también para la sociedad. El sentido de las resoluciones judiciales de estos juicios, generará precedentes en la impartición de justicia que, sin lugar a duda, influirán en los actores económicos relacionados al ámbito de la contratación pública.

Las características de algunos de los juicios, parecen indicar una tendencia en los jueces mexicanos a favor de aplicar principios del AED ya sea de manera intencional o intuitiva. Esto convierte al caso de estudio en un ejemplo perfecto de análisis, a efecto de determinar la aplicabilidad de las teorías del AED, su funcionamiento y resultados, así como los incentivos que genera en las partes este tipo de razonamiento económico.

A continuación, se describirán a grandes rasgos los principales juicios y procedimientos en los cuales se centra la controversia de las partes, mismos que se estarán analizando con mayor detalle en la tercera parte del presente capítulo, la cual estudia la aplicabilidad del marco teórico al caso concreto.

3.2.1. Las partes litigantes

Las partes que participaron en los conflictos judiciales son las mismas que en la negociación, el GDF y el Consorcio.

Como se expuso en el capítulo de negociación, el Consorcio se integró de tres empresas constructoras, ICA, Carso y Alstom, quienes actuaron de manera coordinada mediante un representante legal. Por parte del GDF, dada la importancia del asunto, fueron muchas las dependencias de la Administración Pública del Distrito Federal las que participaron de manera coordinada en los juicios, tales como la Jefatura de Gobierno del Distrito Federal, la Contraloría General del Distrito Federal, la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, la Secretaría de

Obras y Servicios y el Proyecto Metro, siendo las dos últimas las de mayor participación e importancia, ya que la obra dependía directamente de dichas dependencias.

3.2.2. Principales juicios y procedimientos emprendidos por las partes

Previo a la descripción de los juicios y procedimientos que actualmente litigan las partes en conflicto, se relatará brevemente el primer juicio emprendido por el Consorcio, el cual no prosperó por encontrarse pendiente el procedimiento conciliatorio ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, mismo que se analizó detalladamente en el capítulo referente a la negociación. Estos hechos fueron de gran importancia, ya que determinaron la controversia entre las partes.

Primer juicio y conciliación ante la autoridad administrativa.

El 14 de diciembre de 2012 el Consorcio inició una demanda de carácter civil local, en contra del GDF, la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal y el Proyecto Metro, exigiendo el pago de trabajos adicionales y extraordinarios derivados de externalidades, mismos que desde su perspectiva se encontraban fuera del alcance del Contrato de Obra Pública.⁵³³

En este primer juicio se demandó el pago de la cantidad de \$3,835 millones de pesos, más impuestos, gastos financieros, intereses moratorios, gastos y costas judiciales.⁵³⁴ El 23 de abril de 2013 el Juez que admitió a trámite la demanda determinó no entrar al estudio del fondo de la controversia, en virtud de lo establecido en el Contrato de Obra Pública referente a un procedimiento administrativo de conciliación, el cual tendría que agotarse previo al juicio, sin perjuicio de los derechos procesales y sustantivos del Contratista en caso de que la conciliación no diese frutos. En razón de lo anterior, las partes intentaron conciliar sus diferencias en un procedimiento no judicial, con el propósito de resolver los reclamos económicos de ambas con motivo de las externalidades ocurridas en el proyecto Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.⁵³⁵

⁵³³ Reporte Anual 2015 ICA. Op. Cit. nota al pie 294. Véase también “Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado, para el año terminado el 31 de diciembre de 2014, presentado por ICA, S.A.B. de C.V. para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”. Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Web. Consultado el 21 mayo de 2016. <files.shareholder.com/downloads/AMDA...8c7b.../REPORTE_ANUAL_2014.pdf>

⁵³⁴ Reporte Anual 2015 ICA. Op. Cit. nota al pie 294.

⁵³⁵ *Ibidem*.

En la audiencia celebrada el 13 de diciembre de 2013, dentro del procedimiento de conciliación tramitado ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, el Consorcio y el GDF presentaron una propuesta de solución a los conflictos existentes entre ellas, que en resumen consistió en obligarse a lo dictaminado por un perito designado y aceptado por ambas partes, señalando que dicha propuesta de solución constituía el único medio que consideraban viable para la solución de discrepancias técnico y administrativas, ya que se determinaría la existencia o no de obra extraordinaria, así como la correcta y completa ejecución de la obra contemplada en el Contrato de Obra Pública.⁵³⁶

El 16 de enero de 2014, el perito designado por ambas partes entregó al GDF y al Consorcio sus dictámenes, en atención a lo acordado el 13 de diciembre de 2013, determinando: (i) que los reclamos del GDF no resultaban procedentes debido a la imposibilidad técnica del Consorcio de ejecutar ciertos aspectos del proyecto Línea 12 del Metro de la Ciudad de México; y (ii) la existencia de obra extraordinaria a la establecida en el Contrato de Obra Pública, cuantificada por un total de \$2,248'913,000.00 pesos, monto adeudado por el GDF al Consorcio.⁵³⁷ Resulta relevante señalar que el perito en cuestión no lo era en derecho, sino solo en ingeniería civil, por lo que no analizó el alcance del Contrato de Obra Pública o de la ley aplicable al caso concreto, ni mucho menos aplicó criterios de eficiencia económica propios del AED.⁵³⁸

En la audiencia final del procedimiento de conciliación, la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios determinó que las partes no habían logrado conciliar sus diferencias, por lo que el GDF desconoció el adeudo determinado por el perito a favor del Consorcio.⁵³⁹

a. Juicio mediante el que se solicita el pago de obras extraordinarias resultado de las externalidades (en lo subsecuente “Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias”).

El 9 de mayo de 2014, el Consorcio presentó demanda ordinaria civil federal en contra del GDF mediante la cual requirió la formalización y cumplimiento del acuerdo que tomaron las partes en la audiencia del 13 de diciembre de 2013, celebrada ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. En la demanda el Consorcio exigió el

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ *Ibidem*.

⁵³⁸ Audiencia de conciliación del 16 de enero de 2013. Op. Cit. nota al pie 370.

⁵³⁹ *Ibidem*.

cumplimiento del referido acuerdo, desvinculándolo del proceso conciliatorio y transformándolo en un convenio de carácter civil, para que en consecuencia fuese condenado el GDF al pago de \$2,247'913,000.00 de pesos más accesorios.⁵⁴⁰

Después de diversos cuestionamientos jurisdiccionales en cuanto a la competencia por razón de fuero y materia, la demanda fue admitida por el Juez nueve meses más tarde, el 25 de febrero 2015. El GDF fue emplazado el 3 de marzo del 2015, y dio contestación a la demanda el 21 de abril de 2015. Finalmente, el 15 de abril de 2016, el expediente se turnó para dictar sentencia.⁵⁴¹

No obstante, el procedimiento se vio suspendido debido a cierto conflicto competencial en razón del fuero, planteado por el GDF y del que conoce actualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo subsecuente la “Corte”), máximo tribunal jurisdiccional en México.⁵⁴²

Este juicio es el de mayor relevancia para el análisis de las teorías del AED, debido a sus características, por lo que será analizado a mayor detalle en la tercera parte del presente capítulo.

b. Juicio mediante el que solicita el estricto cumplimiento del Contrato de Obra Pública conforme a su naturaleza jurídica administrativa (en lo subsecuente “Juicio Estricto Cumplimiento del Contrato”).

El 24 de abril de 2014 el GDF presentó demanda en la vía ordinaria civil en contra de las empresas que conforman el Consorcio. Este juicio fue iniciado como estrategia de defensa en contra del reclamo pecuniario hecho por el Consorcio al GDF, ya que el objetivo de este juicio fue obtener una declaración judicial, en la que se determinase que el Contrato de Obra Pública había sido celebrado bajo la modalidad de precio alzado y que por tal razón no procedía ninguna modificación al monto y al plazo de ejecución, lo que en consecuencia invalidaría el reclamo económico del Consorcio por las obras extraordinarias derivadas de las externalidades.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Reporte Anual 2015 ICA. Op. Cit. nota al pie 294.

⁵⁴¹ *Ibidem*.

⁵⁴² *Ibidem*.

⁵⁴³ *Ibidem*.

El 12 de marzo de 2015 se dictó sentencia dentro del juicio mediante la cual el Juez resolvió que:

(i) Que el Consorcio se encontraba obligado a realizar todos los trabajos necesarios para la culminación total de las obras pactadas en el Contrato de Obra Pública.

(ii) En el supuesto de que el Consorcio ejecutara por su cuenta trabajos extraordinarios, excedentes o complementarios, no considerados en el alcance original, asumiría los costos correspondientes, aun cuando excedieran el monto total del Contrato de Obra Pública.

(iii) Que el Consorcio se encontraba obligado a otorgar fianza para garantizar su cumplimiento, la calidad de los trabajos, así como los vicios ocultos o cualquier otra responsabilidad que llegaren a surgir durante dos años posteriores a la recepción de la obra pública denominada Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.⁵⁴⁴

La sentencia antes referida fue impugnada mediante recursos de apelación interpuestos por el Consorcio y el GDF, los cuales fueron resueltos por la Sala Civil, favoreciendo en su mayoría al GDF. A su vez, la sentencia de apelación fue combatida por ambas partes, mediante juicio de amparo, mismo que se encuentra pendiente de resolución por un Tribunal Colegiado, cuyo proceso al momento del presente se encuentra suspendido, hasta que se resuelva el conflicto competencial tramitado ante la Corte, el cual también afectó el presente juicio.⁵⁴⁵

c. Liquidación y finiquito del Contrato de Obra Pública, mediante el que se exige el pago de trabajos no ejecutados o mal ejecutados resultado de las externalidades (en lo subsecuente “Liquidación y Finiquito del Contrato”).

El 19 de septiembre del 2014 el GDF a través de un procedimiento de carácter administrativo, emitió la liquidación unilateral del Contrato de Obra Pública⁵⁴⁶ en el que requirió el pago de las

⁵⁴⁴ Sentencia del 12 de marzo de 2015, dictada por el Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 346/2014, consultada en “Sistema Integral para Consulta de Resoluciones”. *SICOR*. Poder Judicial del Distrito Federal. Web. Consultado 30 de julio de 2015. <sicor.poderjudicialdf.gob.mx>

⁵⁴⁵ Reporte Anual 2015 ICA. Op. Cit. nota al pie 294.

⁵⁴⁶ Oficio de Liquidación. Op. Cit. nota al pie 327.

obras no ejecutadas y mal ejecutadas por el Consorcio, entre otros conceptos. La falta de ejecución de ciertas obras atendió a la interferencia de las externalidades.⁵⁴⁷

El GDF reclamó al Consorcio el pago de los siguientes conceptos en el oficio de liquidación unilateral del Contrato de Obra Pública:⁵⁴⁸

Tabla V: Montos reclamados por el GDF al Consorcio en el Oficio de Liquidación

Monto Ejecutado No pagado.-	\$ 101'575,507.77
Trabajos pagados no ejecutados.-	\$ 220,588,934.69
Trabajos mal ejecutados.-	\$ 66,750,860,69
Diferencial por costo unitario.-	\$ 172,639,580,41
MINISTRACIÓN LIQUIDATORIA.-	\$ 364,403,808,02
Más Intereses por Pagos en Exceso.-	\$ 61'854, 830.49
Más Importe de la Pena Convencional.-	\$1,769,181,716.77
Menos Deducciones por Ley.-	\$ 11'309,083.71
Menos otras devoluciones del Contrato.-	\$ 7'056,773.63
SALDO TOTAL A FAVOR DEL PMDF	\$2,177,074,497.94

Fuente: Copia exacta de la tabla de montos adeudados contenida en el oficio de liquidación del Contrato de Obra Pública. Solicitud de transparencia.

Para el presente análisis solo resultan relevantes los conceptos de trabajos pagados no ejecutados y trabajos mal ejecutados, ya que estos fueron resultado de las externalidades presentadas en la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

d. Juicio contra la Liquidación y Finiquito del Contrato, reclamando su falta de legalidad y solicitando la estricta aplicación de la ley administrativa (en lo subsecuente “Juicio vs la Liquidación y Finiquito del Contrato”).

En septiembre de 2014 el Consorcio acudió al amparo de la justicia federal alegando una violación constitucional (habeas corpus), a su derecho de audiencia contemplado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Consorcio argumentó que no tuvo oportunidad de participar y ser escuchado en el proceso de liquidación del Contrato de Obra Pública, buscando con esto dejar insubsistente la liquidación del Contrato de Obra Pública

⁵⁴⁷ Escrito inicial del procedimiento de conciliación. Op. Cit. nota al pie 326.

⁵⁴⁸ Oficio de Liquidación. Op. Cit. nota al pie 327.

por \$2,177'074,497.94 pesos, solicitando además que se declararan prescritas las facultades del GDF para emitir una nueva liquidación, en estricto cumplimiento de la ley administrativa.⁵⁴⁹

En el juicio de amparo, la Contratista obtuvo la suspensión definitiva sobre la ejecución de la liquidación y el finiquito, lo que evitó que el GDF hiciera efectivas las garantías otorgadas por el Consorcio, como lo fue la fianza de cumplimiento y de vicios ocultos, con la que se garantizó la propia suspensión, situación que constituyó una irregularidad. Con esta suspensión, el GDF se encontró impedido de ejecutar arbitrariamente cualquier acción tendiente a la imposición de sanciones o cobros hasta la resolución en definitiva del juicio de amparo.⁵⁵⁰

El 11 de septiembre del 2015 el Juez de Distrito resolvió el amparo favorablemente al Consorcio, determinando insubsistente la liquidación unilateral emitida por el GDF. Asimismo, decretó que a la fecha de dicha resolución las facultades del GDF para emitir liquidación y/o finiquito habían caducado, por lo que la autoridad estaba imposibilitada a emitir nuevamente dicho acto con relación al Contrato de Obra Pública.⁵⁵¹

Ambas partes interpusieron recursos de revisión en contra de los resolutiveos de la sentencia que no les fueron favorables, cuya resolución se encuentra pendiente a la fecha del presente documento.⁵⁵²

Respecto a la fianza con la que el Juez tuvo garantizada la suspensión definitiva, la estrategia del Consorcio fue alargar el juicio de amparo lo suficiente a efecto de lograr que dicha fianza perdiera vigencia, lo cual ocurrió el 6 de mayo de 2015, ya que ésta era la misma que garantizaba el cumplimiento y vicios ocultos del Contrato de Obra Pública. Al concluir la vigencia de la referida póliza de fianza, se requirió al Consorcio nueva garantía, misma que el Consorcio no exhibió ya que el objetivo marcado consistía en evitar que el GDF tuviese una fianza vigente mediante la cual pudiera cobrar la liquidación y finiquito del Contrato de Obra Pública. Al no exhibir nueva fianza la suspensión quedó sin efectos, siendo la expectativa del Consorcio que el GDF no pudiese ejecutar la fianza de cumplimiento y vicios ocultos debido a la pérdida de vigencia.⁵⁵³

⁵⁴⁹ Reporte Anual 2015 ICA. Op. Cit. nota al pie 294.

⁵⁵⁰ *Ibidem*.

⁵⁵¹ *Ibidem*.

⁵⁵² *Ibidem*.

⁵⁵³ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio de Amparo Indirecto 1773/2014, promovido por el Consorcio reclamando la liquidación del Contrato de Obra Pública, mediante la aplicación del artículo 57 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal (Juicio vs la Liquidación y Finiquito del Contrato),

No obstante, el GDF reclamó el pago de la fianza de cumplimiento y vicios ocultos, reclamo que conforme a las características de la fianza y las leyes mexicanas tendría que haber sido satisfecho de inmediato. Sin embargo, la afianzadora promovió juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, basando su acción en diversos argumentos, entre ellos el de la falta de vigencia de la póliza, procedimiento que al 15 de abril de 2016 estaba pendiente de resolución. Por su parte, el Consorcio promovió juicio de amparo indirecto, con motivo de la reclamación de fianza presentada por el GDF, cuya resolución al 15 de abril de 2016, se encuentra pendiente.⁵⁵⁴

cuya inconstitucionalidad se reclama, del que conoce el Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio de Amparo Indirecto, tramitado ante el Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal dentro del expediente 1773/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre 2016. <<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

⁵⁵⁴ Reporte Anual 2015 ICA. Op. Cit. nota al pie 294.

(Tercera Parte)

3.3. Aplicación de las teorías del AED al caso concreto

3.3.1. Debilidad de la ley: alegatos de falta de claridad en la norma y en el Contrato de Obra Pública

Tal y como se expuso en el marco teórico del presente capítulo, Posner y Coase consideran que cuando la ley es débil es necesaria la intervención del Juez a fin de resolver dicha debilidad mediante la resolución judicial.⁵⁵⁵

En primera instancia, el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias promovido por el Consorcio, bajo la estricta aplicación del derecho, debió ser analizado y resuelto por los Jueces Administrativos aplicando normas administrativas. Sin embargo, la falta de claridad en la ley respecto a los asuntos que pueden conocer estos tribunales, permitió que un Juez del Orden Civil tuviese competencia para conocer del caso. La legislación mexicana establece que los Jueces Administrativos solo pueden conocer de asuntos expresamente citados en su ley orgánica, por lo que todos aquellos supuestos no contemplados serán atendidos supletoriamente por tribunales y jueces ordinarios civiles.⁵⁵⁶

La postura del Consorcio en este proceso siempre ha pugnado porque el asunto sea conocido por los tribunales civiles y se estudie bajo la luz de las leyes civiles no administrativas. En seguimiento de los principios del AED, de manera consiente o intuitiva, la representación jurídica del Consorcio pasó nueve meses intentando que jueces ordinarios conocieran y aceptaran esta causa; lo cual consiguió el 25 de febrero 2015.

En relación a lo anterior, es relevante señalar que en México a nivel federal la contratación y construcción de obras públicas está regulada por una ley administrativa específica, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.⁵⁵⁷ En su primer artículo dicha ley

⁵⁵⁵ Véase Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63; y Posner. *Economics of Justice*. Op. Cit. nota al pie 125.

⁵⁵⁶ De acuerdo a de la fracción VIII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los Jueces de Distrito Civiles Federales puede conocer de todos aquellos asuntos que no estén asignados específicamente a los juzgados especializados en materia administrativa, penal o laboral.

⁵⁵⁷ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Op. Cit. nota al pie 302.

dispone que toda obra que reciba financiamiento de recursos federales, deberá observar los criterios y procedimientos previstos en esta Ley.

Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de contrataciones de obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen:

...

VI. Las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal. No quedan comprendidos para la aplicación de la presente Ley los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

Las personas de derecho público de carácter federal con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como las entidades que cuenten con un régimen específico en materia de obras públicas y servicios relacionadas con las mismas, aplicarán los criterios y procedimientos previstos en esta Ley, solo en lo no previsto en los ordenamientos que los rigen y siempre que no se contrapongan con los mismos, sujetándose a sus propios órganos de control.⁵⁵⁸

La Línea 12 del Metro de la Ciudad de México fue financiada parcialmente con recursos federales,⁵⁵⁹ por lo que el Contrato de Obra Pública está regulado por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en sus artículos 45 y 59. Conforme a lo dispuesto en dichos artículos los contratos de obra pública a precio alzado no aceptan cambios en monto y plazo. En teoría la ley es clara, sin embargo, después de muchos intentos, el juicio fue admitido en un juzgado civil, en lugar de uno administrativo, lo que es un reconocimiento de debilidad en la ley por falta de claridad. A continuación, se citan los artículos 45 y 59 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas:

⁵⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁵⁹ El 23 de julio del 2009 y el 26 de marzo del 2010 la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, representando al Gobierno Federal, y el GDF, celebraron Convenios de Coordinación en Materia de Reasignación de Recursos, cuyo objeto fue que el Gobierno Federal transfiriera recursos presupuestarios federales al GDF para ser distribuidos y aplicados a la construcción de infraestructura denominada Línea 12 del Metro. Dichos convenios fueron publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 18 de agosto del 2009 y 16 de abril del 2010. Véase Gaceta Oficial. *CDMX*. Op. Cit. nota al pie 301.

Artículo 45. Las dependencias y entidades deberán incorporar en las convocatorias a las licitaciones, las modalidades de contratación que tiendan a garantizar al Estado las mejores condiciones en la ejecución de los trabajos, ajustándose a las condiciones de pago señaladas en este artículo.

Las condiciones de pago en los contratos podrán pactarse conforme a lo siguiente:

...

II. A precio alzado, en cuyo caso el importe de la remuneración o pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por los trabajos totalmente terminados y ejecutados en el plazo establecido.

Artículo 59. ...

Los contratos a precio alzado o la parte de los mixtos de esta naturaleza no podrán ser modificados en monto o en plazo, ni estarán sujetos a ajustes de costos.

Sin embargo, cuando con posterioridad a la adjudicación de un contrato a precio alzado o la parte de los mixtos de esta naturaleza, se presenten circunstancias económicas de tipo general que sean ajenas a la responsabilidad de las partes y que por tal razón no pudieron haber sido objeto de consideración en la proposición que sirvió de base para la adjudicación del contrato correspondiente; como son, entre otras: variaciones en la paridad cambiaria de la moneda o cambios en los precios nacionales o internacionales que provoquen directamente un aumento o reducción en los costos de los insumos de los trabajos no ejecutados conforme al programa de ejecución; las dependencias y entidades deberán reconocer incrementos o requerir reducciones, de conformidad con las disposiciones que, en su caso, emita la Secretaría de la Función Pública.⁵⁶⁰

Por una cuestión de forma del sistema judicial mexicano, la competencia de los jueces administrativos está limitada a conocer de cierto tipo de asuntos, mientras que los jueces civiles pueden conocer de cualquier tipo de asunto que no encaje en los supuestos de competencia de jueces de otra materia. Esto podría considerarse como una debilidad de la norma, puesto que

⁵⁶⁰ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Op. Cit. nota al pie 302.

abre la puerta para que, en ciertos casos, asuntos de carácter netamente administrativos sean juzgados en tribunales ordinarios civiles, como sucede en el caso del derecho consuetudinario o *common law* anglosajón.⁵⁶¹

De acuerdo a de la fracción VIII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, los Jueces de Distrito Civiles Federales puede conocer de todos aquellos asuntos que no estén asignados específicamente a los juzgados especializados en materia administrativa, penal o laboral.⁵⁶²

Artículo 53. Los jueces de distrito civiles federales conocerán:

...

VIII. De los asuntos de la competencia de los juzgados de distrito en materia de procesos federales que no estén enumerados en los artículos 50, 52 y 55 de esta ley.⁵⁶³

En la fracción antes citada puede observarse el principio conocido como “*vis atractiva*”, el cual consiste en otorgar a los jueces del orden común (civiles) la facultad para conocer de procesos federales que no estén reservados a los jueces especializados en las materias administrativa, penal y laboral.⁵⁶⁴

a. Resolución judicial que determinó la competencia del Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias, en virtud de debilidad de la ley
Fue la sentencia de amparo indirecto dictada por el Segundo Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa, la que resolvió la competencia del Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias. Dicho Tribunal dictaminó que el asunto era de carácter civil y no administrativo, fundamentando su resolución en el artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación antes citado.⁵⁶⁵ En dicha resolución se observa que el análisis

⁵⁶¹ Ver teorías de Dicey en el Capítulo I, correspondiente al Marco Teórico

⁵⁶² Ver artículos 50, 52, 53 y 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en “Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”. Cámara de Diputados. Web. Consultado 27 jun. 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172_170616.pdf>

⁵⁶³ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Op. Cit. nota al pie 556.

⁵⁶⁴ Según el Diccionario Jurídico, “*vis-atractiva*” es la preferencia de los autos a los cuales son acumulados otros. Véase “Vis Atractiva”. Diccionario Jurídico. Ley Derecho. Web. Consultado el 18 de julio de 2016 <<http://leyderecho.org/vis-atractiva/>>

⁵⁶⁵ Sentencia del 15 de octubre de 2014, dictada por el Segundo Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa en el Primer Circuito dentro del expediente 85/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 12 mayo 2016. <<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

realizado por el tribunal se ajusta específicamente a cuestiones de forma, y a una interpretación literal de las normas de procedimiento.⁵⁶⁶

La resolución, desde el punto de vista jurídico es correcta, sin embargo, posiciona al Estado en desventaja respecto a su contraparte, ya que si bien es cierto resulta indiscutible que la competencia del asunto es federal en atención a la naturaleza de los recursos, daría mayor equilibrio a las partes que fuese un Juez Administrativo quien juzgara el asunto y analizara las facultades del Estado para poder o no obligarse en términos de un pretendido acuerdo tomado dentro de un procedimiento conciliatorio. Sin embargo, las facultades que otorga la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación a los Jueces Administrativos Federales son en extremo restrictivas, por lo que su competencia se limita a la atención de asuntos específicos, lo que obliga a que sea un Juez Civil Federal quien conozca del asunto, desde una perspectiva de derecho privado y no público. Estas ambigüedades en la ley se pueden interpretar como las debilidades en la legislación a que hace mención Coase y Posner en sus teorías.⁵⁶⁷

En la sentencia del Segundo Tribunal Unitario el juez determinó que el caso en cuestión no encuadraba con los supuestos legales de competencia de los juzgados de carácter administrativo:

Tal aclaración conduce a concluir que el asunto no encuadra en los supuestos legales de competencia de los Juzgados de Distrito en materia Administrativa, previstos en el artículo 525 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; pues ninguno de ellos permite conocer a un juez de esa materia, de prestaciones relacionadas con un contrato de obra pública, como lo es en el caso.⁵⁶⁸

Sin embargo, la interpretación y cumplimiento del Contrato de Obra Pública debería realizarse conforme a lo dispuesto en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (Ley Federal), ya que como se sabe, la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de

⁵⁶⁶ En este análisis se presenta el extracto de la Sentencia del Segundo Tribunal Unitario, expediente 85/2014. Op. Cit. nota al pie 559.

⁵⁶⁷ Ver las teorías de Coase y Posner sobre la debilidad de la ley, en la sección la primera parte del presente capítulo.

⁵⁶⁸ Cita textual de la Sentencia del Segundo Tribunal Unitario, expediente 85/2014. Op. Cit. nota al pie 559.

México fue financiada parcialmente con recursos federales y este tipo de obras, en teoría, aplica el estricto cumplimiento de la ley administrativa.⁵⁶⁹

Otra muestra de la falta de claridad en la ley son los argumentos esgrimidos por el GDF y el Consorcio y que dieron forma a la Litis existente entre ellos. La debilidad de la norma administrativa se generó a raíz de la interpretación de una cláusula del Contrato de Obra Pública y de un pretendido acuerdo a que llegaron las partes dentro de un procedimiento conciliatorio, lo que tuvo consecuencias en el ámbito jurisdiccional de competencia del asunto, llevándolo del administrativo al civil.

A continuación, se señalarán los principales argumentos esgrimidos por las partes en el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias, analizando en un primer momento los del Consorcio, los cuales tuvieron como punto de partida ciertas declaraciones hechas por las partes durante el procedimiento conciliatorio ante la autoridad administrativa a que se refiere el capítulo anterior.⁵⁷⁰

a) Argumentos del Consorcio.

La acción ejercida por el Consorcio se sustentó principalmente en los siguientes argumentos⁵⁷¹:

(i) Cláusula del Contrato de Obra Pública a Precio Alzado.

En términos de la cláusula décima primera del Contrato de Obra Pública, las partes pactaron que éste no podía ser modificado en cuanto a su plazo y monto de ejecución, estableciendo que, si el Consorcio ejecutaba por su cuenta trabajos extraordinarios, excedentes o complementarios, el GDF no tendría obligación de pagar los mismos.

⁵⁶⁹ El 23 de julio del 2009 y el 26 de marzo del 2010 la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, representando al Gobierno Federal, y el GDF, celebraron Convenios de Coordinación en Materia de Reasignación de Recursos, cuyo objeto fue que el Gobierno Federal transfiriera recursos presupuestarios federales al GDF para ser distribuidos y aplicados a la construcción de infraestructura denominada Línea 12 del Metro. Dichos convenios fueron publicados en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 18 de agosto del 2009 y 16 de abril del 2010. Véase Gaceta Oficial. CDMX. Op. Cit. nota al pie 301.

⁵⁷⁰ Proceso de negociación privada y frente a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, a que se refiere el capítulo II referente a la negociación.

⁵⁷¹ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias), del que conoce el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Civil Federal, tramitado ante el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 326/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre 2016. <<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

Décima Primera.- Modificación del proyecto y especificaciones:

“EL GDF” podrá modificar las especificaciones de este contrato, mediante comunicado por escrito a “EL CONTRATISTA”, las modificaciones se considerarán incorporadas al texto del contrato una vez que hayan sido acordadas por las partes por escrito y por lo tanto serán obligatorias para ambas partes, dentro de los límites de tiempo y costo, fijados en este contrato, en virtud de que el presente contrato no podrá ser modificado en monto o plazo de conformidad con el artículo 44 fracción II de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.

En el supuesto de que “EL CONTRATISTA” pretenda ejecutar o ejecute por su cuenta y riesgo trabajos extraordinarios, excedentes o complementarios no considerados en el alcance original, “EL GDF” no tendrá obligación de pagar los mismos.⁵⁷²

Si se interpreta a *contrario sensu* el segundo párrafo de la cláusula décima primera antes citada, se tiene lo siguiente:

En el supuesto de que “EL CONTRATISTA” pretenda ejecutar o ejecute por instrucción o autorización de “El GDF” trabajos extraordinarios, excedentes o complementarios no considerados en el alcance original, “EL GDF” tendrá obligación de pagar los mismos.⁵⁷³

De lo anterior el Consorcio dedujo lo siguiente: en caso de que el proyecto de construcción de la Línea 12 tuviese que ser modificado, sería necesario que las partes celebraran un nuevo convenio, acuerdo o contrato en relación a dichas modificaciones; y, si el Consorcio ejecutaba por su cuenta trabajos extraordinarios, excedentes o complementarios, GDF no estaría obligado a pagar los mismos, a no ser que éstos obedecieran a una instrucción girada por el GDF.⁵⁷⁴

⁵⁷² Contrato de Obra Pública. Op. Cit. nota al pie. 303.

⁵⁷³ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias), del que conoce el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

⁵⁷⁴ *Ibidem*.

(ii) Trabajos extraordinarios.

El Consorcio afirmó que durante la ejecución de los trabajos de construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, el proyecto previsto en el Contrato de Obra Pública fue modificado sustancialmente por instrucción del GDF, por lo que el Consorcio reclamó el pago de las obras y trabajos adicionales y extraordinarios,⁵⁷⁵ tramitando al efecto el procedimiento conciliatorio previsto en la cláusula décimo novena del Contrato de Obra Pública.⁵⁷⁶

(iii) Acuerdo tomado por las partes dentro de un procedimiento conciliatorio.

Durante el desahogo del procedimiento conciliatorio frente a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, antes de su resolución definitiva, el 13 de diciembre del 2013 el GDF y el Consorcio acordaron sujetarse, en lo relativo al pago de las obras y trabajos adicionales y extraordinarios, a lo que determinara un perito aceptado por las partes.⁵⁷⁷

De conformidad con el acuerdo antes referido, en enero del 2014 el perito nombrado por las partes entregó al GDF y al Consorcio los dictámenes correspondientes. No obstante, lo anterior el GDF se negó a pagar al Consorcio las cantidades derivadas de dichos dictámenes, y, consecuentemente, cumplir el acuerdo celebrado el 13 de diciembre del 2013.⁵⁷⁸

b) Argumento del GDF.

El GDF por su parte ha defendido la estricta aplicación de la ley administrativa local, además de emprender acciones legales tendientes a ratificar su criterio y la claridad de la ley.⁵⁷⁹ Dichas acciones pueden resumirse de la siguiente forma:

⁵⁷⁵ Ver listado de obras adicionales reclamadas por el Consorcio en el capítulo II de negociación.

⁵⁷⁶ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias), del que conoce el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

⁵⁷⁷ Véase la propuesta de acuerdo formulada por el Consorcio y el GDF en la “Negociación ante la autoridad administrativa” dentro del capítulo II referente a la negociación.

⁵⁷⁸ Audiencia de conciliación del 16 de enero de 2013. Op. Cit. nota al pie 370.

⁵⁷⁹ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias), del que conoce el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

(i) Contestación de la demanda dentro del Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias, defendiendo el estricto cumplimiento del Contrato de Obra Pública y aplicación de la ley administrativa.

(ii) Presentación del Juicio Estricto Cumplimiento del Contrato en contra del Consorcio, solicitando a al Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal que declarase la obligación a cargo del Consorcio a realizar todos los trabajos necesarios para la culminación total de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, aun y cuando resultaran de mayor valor del indicado en el Contrato de Obra Pública, hasta su terminación y puesta en servicio, de conformidad con lo pactado en las cláusulas primera y segunda del Contrato de Obra Pública.⁵⁸⁰

Ambas acciones legales se basan en el argumento de que los derechos de propiedad de las partes están claramente definidos en la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal (ley local), así como en el Contrato de Obra Pública, por lo que el Consorcio no puede exigir ningún pago adicional, ya que dicha ley en su artículo 44 establece claramente que los contratos de obra pública a precio alzado, como lo es el celebrado por las partes, no pueden ser modificados en monto o plazo, y no pueden ser sujetos a ajustes de costos,⁵⁸¹ tal y como se desprende a continuación:

Artículo 44.- Los contratos de obra pública para efectos de esta Ley, podrán ser de tres tipos:

...

II. A precio alzado, en cuyo caso el importe del pago total fijo que deba cubrirse al contratista será por ministraciones que se establecerán en el contrato, en función de avances o actividades terminadas. Las propuestas que presenten los contratistas en este caso, tanto en los aspectos técnicos como económicos, deberán estar desglosados por actividades principales.

Los contratos a precio alzado no podrán ser modificados en monto o plazo, ni estarán sujetos a ajustes de costos.

⁵⁸⁰ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Local 346/2014, promovido por el GDF contra el Consorcio, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio Estricto Cumplimiento del Contrato), del que conoce el Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal (Juez Local). Véase Juicio Ordinario Civil Local, tramitado ante el Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 346/2014, consultado en “Sistema Integral para Consulta de Resoluciones”. *SICOR*. Poder Judicial del Distrito Federal. Web. Consultado 10 octubre de 2015. <sicor.poderjudicialdf.gob.mx>

⁵⁸¹ Información que se desprende del análisis de actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565; y Juicio Ordinario Civil Local 346/2014. Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal. Op. Cit. nota al pie 574.

Los proyectos integrales, siempre deberán contratarse a base de precio alzado.⁵⁸²

En relación al Juicio Estricto Cumplimiento del Contrato, el hecho de que éste se haya tramitado resulta interesante, ya que pone de manifiesto que existe debilidad de la ley. El GDF vio conveniente que un juez ratificara el sentido y alcance de la ley administrativa en el caso concreto, ya que consideró que la norma administrativa por sí misma era insuficiente. Por otro lado, resulta curioso que el GDF a pesar de argumentar la estricta aplicación del derecho, en particular de la legislación administrativa (Ley de Obras Públicas del Distrito Federal), en un posible guiño inconsciente al AED acudió a un tribunal del orden común (Juzgado Civil del Distrito Federal) para que reconociera y declarara que el Consorcio y el GDF debían observar la estricta aplicación de la ley administrativa y el cumplimiento del Contrato de Obra Pública al caso concreto.

Por otra parte, el GDF exige el estricto cumplimiento del Contrato de Obra Pública, tema que también fue analizado en el marco teórico del presente capítulo. Al respecto, Posner critica el cumplimiento forzado del contrato en los sistemas de derecho civil como lo es el mexicano. Resulta claro que el actuar del GDF estuvo determinado por este tipo de interpretación de los contratos, ya que contaba con que el Juez optara por el estricto cumplimiento, lo cual beneficiaría a su parte, ya que eliminaría la posibilidad de que el Consorcio pudiese reclamar el pago de obras extraordinarias, derivadas de las externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México.

3.3.2. Fracaso en la negociación

En el capítulo anterior se explicó detalladamente las razones por las que las tres negociaciones sostenidas entre el GDF y el Consorcio fracasaron, aplicando para su estudio el teorema de Coase y las teorías de resolución de externalidades mediante la negociación sin fricción de Shavell.

Una de las principales razones que provocaron el fracaso fue la posibilidad del que el Consorcio pudiese lograr una reasignación de derechos de propiedad a su favor mediante la tramitación

⁵⁸² Ley de Obras Públicas del Distrito Federal. Op. Cit. nota al pie 302.

de un juicio, lo que evitó que el Consorcio asumiera la pérdida generada por las externalidades y buscara trasladarla a su contraria. Lo anterior provocó resultados ineficientes desde el punto de vista económico, ya que la evidencia apunta a que la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México debió cancelarse cuando aparecieron las externalidades, a efecto de que el GDF buscara otras alternativas de solución a las necesidades de creación de infraestructura de transporte público en la Ciudad de México que fuese más eficiente y que no provocara futuros efectos externos con costos tan elevados.⁵⁸³

La evidencia empírica apunta a que las partes no se pondrán realmente de acuerdo en una negociación cuando sea posible reasignar derechos en juicio que maximice la riqueza individual de una de ellas, y mientras el proceso judicial tenga un coste bajo para las partes, ya que generalmente el coste de la administración de Justicia lo absorbe el Estado.⁵⁸⁴

A continuación, se exponen dos ejemplos de elaboración propia, utilizando el teorema de Coase. En el primero usando las mismas variables, el resultado obtenido es que es más conveniente cancelar la obra, ya que de continuar sus costes superan a los beneficios. En el segundo ejemplo, utilizando también las variables de Coase pero agregando una variable de evidente relevancia que el autor omite (que no incluye pero que se desprende de su teoría), como es la posibilidad de maximización de riqueza a través de mecanismos judiciales de reasignación de derechos, los cuales tienen un coste significativamente bajo con respecto a la ganancia potencial. Resulta que bajo este supuesto el Consorcio buscara la maximización de su utilidad personal por esta vía, aunque esto disminuya la riqueza total de las dos partes.

Ejemplo VIII: Terminación anticipada del Contrato de Obra Pública como resultado eficiente cuando el costo de resolución de externalidades supera el daño sufrido por la víctima (imposibilidad de reasignar derechos en juicio).

Aplicando la teoría del modelo de Coase al caso concreto, se percibe que la decisión óptima de la empresa conforme a dicho modelo, era la de terminar anticipadamente el contrato ya que el coste de solucionar las externalidades superaba su expectativa de utilidad.

⁵⁸³ Como se explicó en el capítulo II de negociación, las obras mediante las cuales se solucionaron las externalidades presentadas durante la construcción de la Línea 12 del Metro y de las cuales el Consorcio exige su pago, fueron el origen de nuevas externalidades que llevaron a la suspensión de la Línea 12 del Metro aproximadamente durante un año e hicieron necesarias obras adicionales de rehabilitación y mantenimiento constante, con un costo muy superior a lo habitual para este tipo de transporte público.

⁵⁸⁴ ICA reconoce tener varios litigios similares donde busca que las autoridades judiciales reasignen derechos a su favor después de no haber alcanzado un convenio de resolución de externalidades con las partes. Véase Reporte Anual 2015 ICA. Op. Cit. nota al pie 294.

Dicho teorema señala que la asignación de derechos es irrelevante, ya que las partes siempre llegarán al resultado eficiente mediante negociación. En base a la afirmación anterior, se expondrán dos escenarios, en el primero la asignación de derechos favorece al GDF y en el segundo al Consorcio.

Factores a considerar

Pérdida en las utilidades futuras:	70
Costo de resolver externalidades:	140
Valor de compensación de costos:	30
Costo de licitación y nueva contratación:	50

Escenario (a): la asignación de derechos favorece al GDF.

Suponga que el Consorcio al momento de celebrar el Contrato de Obra Pública espera una utilidad de 100. Durante la ejecución de los trabajos se presentan externalidades que impiden la continuación y conclusión del proyecto original por lo que, si las partes no negocian la resolución de las externalidades, será necesario que el Contrato de Obra Pública se termine anticipadamente. Esto disminuiría la utilidad del Consorcio de 100 a solo 30, es decir tendría que afrontar una pérdida de 70 sobre su utilidad, por lo que el Consorcio buscará negociar con el GDF para que la obra se concluya y con ello recuperar parte de la utilidad potencial de 70. Ahora suponga que el costo de resolver las externalidades y continuar con la construcción de la obra es de 140, y que el GDF estará dispuesto a compensar costos por un monto de 30, por lo que el costo que tendría que asumir el Consorcio por modificar el proyecto de construcción sería de 110 (140 de costos resolución de externalidades - 30 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 110). En consecuencia, conforme a la asignación de derechos el Consorcio tendría que rechazar el acuerdo y terminar anticipadamente el Contrato de Obra Pública, ya que la modificación del proyecto de construcción aumentaría su pérdida (70 de utilidad potencial por concluir la obra - 110 de modificación del proyecto = -40 pérdida) y evitaría que tuviese alguna utilidad del contrato, por lo contrario, tendría que enfrentar una pérdida neta de -10 (30 de utilidad cuando se presentan externalidades - 40 de pérdida real por concluir la obra = -10 pérdida).

Escenario (b): la asignación de derechos favorece al Consorcio.

Si se modifica la asignación de derechos y se supone que desde un inicio ésta favoreció al Consorcio, el resultado a que llegarían es el mismo. En este caso el GDF habría tenido dos

opciones: (i) terminar anticipadamente el Contrato de Obra Pública, lo que implicaría un costo de 120 en virtud de la indemnización al Consorcio por su pérdida de 70 y el costo de una nueva licitación y contratación para la construcción de la Línea 12 del Metro por un monto de 50, o (ii) modificar el proyecto de construcción, para lo cual sería necesario que absorbiera el costo total de resolver las externalidades, por un costo de 140. El resultado aquí es que el GDF terminaría anticipadamente el Contrato de Obra Pública.

Fuente elaboración propia utilizando las fórmulas propuestas por Coase.

Al igual que en la teoría de resolución de externalidades mediante negociación, contenida en el teorema de Coase, sin importar cuál sea la asignación de derechos, las partes mediante negociación siempre llegan al resultado económicamente eficiente, el cual en el ejemplo anterior es que el Contrato de Obra Pública se termine anticipadamente.

De la misma manera siguiendo la metodología de Coase, pero agregándole una variable evidente al modelo, como es la posibilidad de reasignar derechos en la resolución judicial, es de suponer que la empresa buscaría maximizar sus utilidades, sobre todo porque los costes que supone acudir ante la autoridad judicial para la resolución de externalidades son bajos en comparación a las ganancias potenciales. Lo anterior de acuerdo a la teoría de la racionalidad y de la búsqueda de la utilidad.

A continuación, partiendo de las variables expuestas ejemplo anterior, se analizará el escenario (a), en que la asignación de derechos original favorece al GDF, lo que coincide con el caso de estudio, pero añadiendo como factor adicional la posibilidad de que el Consorcio reasigne derechos mediante juicio, factor que ignora el GDF.

Ejemplo IX: Modificación y continuación del Contrato de Obra Pública como resultado ineficiente cuando el costo de resolución de externalidades supera el daño sufrido por la víctima (posibilidad de reasignar derechos en juicio).

Suponga que en el escenario (a) descrito en el ejemplo anterior, contrario a lo señalado en el teorema de Coase, las partes acuerdan modificar el proyecto de construcción, aún y cuando dicho acuerdo no es económicamente eficiente y disminuye la suma de las utilidades de las partes (disminuye el tamaño del pastel).

Factores a considerar

Pérdida en las utilidades futuras:	70
Costo de resolver externalidades:	140
Valor de compensación de costos:	30
Costo de licitación y nueva contratación:	50

En un primer momento podría pensarse que el actuar del Consorcio contradice la teoría de la racionalidad, así como la de maximización de las utilidades, según las cuales los agentes económicos buscan siempre incrementar sus beneficios. Sin embargo, el actuar del Consorcio puede explicarse en virtud de información adicional obtenida por experiencias previas, debido a las cuales tiene altas expectativas de reasignar a su favor los derechos de propiedad en una resolución judicial.

El Consorcio buscará la reasignación de derechos en juicio, en dónde además desconocerá la compensación de costos del GDF por 30, argumentando que la eliminación de esa obra derivó de efectos externos no imputables a su parte,⁵⁸⁵ e incrementará el costo de resolución de externalidades de 140 a 170.⁵⁸⁶ Si el Consorcio gana el juicio tendrá una utilidad neta de 160 (170 por ganar el juicio – 10 de pérdida neta del Contrato de Obra Pública). Es evidente que si el GDF hubiese anticipado esta situación nunca habría accedido a la modificación del proyecto de construcción, y por lo contrario habría optado por la terminación anticipada del Contrato de Obra Pública, lo que le habría significado un costo de 50 debido a una nueva licitación y contratación de la obra y no de 200 (170 por perder el juicio + 30 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 200).

Incluso en un escenario menos adverso, suponga que el Consorcio reconoce la compensación de 30 del GDF y solo reclama el costo real de la modificación del proyecto de construcción por 110, si gana el juicio tendrá una utilidad neta de 100 (110 por ganar el juicio – 10 de pérdida neta del Contrato de Obra Pública). Continúa sin ser un acuerdo mutuamente beneficioso, ya

⁵⁸⁵ Esto de hecho sucedió en el conflicto judicial existente entre el Consorcio y el GDF. El primero nombrado reclamó el pago de la obra adicional ejecutada con motivo de la resolución de las externalidades, sin reconocer responsabilidad alguna por la obra que dejó de ejecutar o que ejecutó con características diferentes e inferiores a las inicialmente pactadas, sosteniendo que ello no era imputable a su parte.

⁵⁸⁶ En el caso de la Línea 12 del Metro existen al menos 3 cuantificaciones diferentes del costo de resolver las externalidades presentadas durante la construcción de la obra pública: (i) 3,800 millones de pesos en la primera demanda, (ii) 4,900 millones de pesos en el procedimiento de conciliación, y (iii) 2,250 millones de pesos en el juicio ordinario civil federal objeto de estudio del presente capítulo, lo que hace suponer que el monto fue incrementado a fin de obtener un mayor beneficio. Respecto a este tipo de conductas (exagerar el daño sufrido) se refiere Coase en su artículo “*The Problem of Social Cost*”.

que el GDF hubiese preferido licitar nuevamente la obra por un costo de 50 y no perder 140 (110 por perder el juicio + 30 de eliminar aspectos de la obra no indispensables = 140).

Si se compara este último escenario con el de terminación anticipada del Contrato de Obra Pública se tiene que el Consorcio incrementó su utilidad en 70 (100 utilidad neta posterior a resolución judicial - 30 de utilidad si se hubiese terminado anticipadamente = 70), mientras que el GDF incrementó su pérdida en 90 (140 pérdida neta posterior a resolución judicial - 50 nueva licitación y contratación de la obra = 90). Esto deja de manifiesto que la pérdida del GDF es mayor que la ganancia del Consorcio, por lo que ésta solución no fue eficiente y disminuyó el tamaño del pastel a compartir, beneficiando únicamente al Consorcio.

Fuente: Elaboración propia con las fórmulas propuestas por Coase.

Lo anterior pone de manifiesto que la metodología de Coase y Posner falla, ya que genera incentivos para la parte que actúa de manera ambiciosa, a fin de que ésta se apropie de derechos mediante resoluciones del sistema judicial. Según la teoría de Coase, esto es económicamente eficiente puesto que representa un bajo coste para las partes en conflicto, sin embargo, el caso de estudio demuestra que las partes no logran resultados eficientes y que, por lo contrario, genera prácticas que producen daños en una de las partes superiores a los beneficios de su contraria, lo que implica una disminución en la riqueza en términos absolutos.

La reasignación de derechos de propiedad se convierte en un mecanismo de compraventa de derechos, en el que siempre se beneficiará a la parte con mayor riqueza.

3.3.3. Reasignación de derechos frente a aplicación estricta de la ley

La teoría de Coase y Posner están basadas en la ventaja de la resolución judicial frente al abstracto cumplimiento de la ley, lo que significa que los jueces pueden asignar mejor el derecho que los legisladores, ya que los primeros trabajan con casos concretos y no con abstracciones.⁵⁸⁷

Conforme a esta visión, los jueces al momento de dictar sus fallos judiciales, deberían atender ciertos criterios propuestos por Coase y Posner, los cuales fueron analizados y sintetizados por Jiménez San Vicente en los siguientes postulados:

⁵⁸⁷ Ver resúmenes de las teorías en el capítulo II sobre el Marco Teórico.

- (i) En la decisión judicial, no imperan los preceptos generales jurídicos, sino los razonamientos económicos.
- (ii) El Juez buscará la eficiencia económica y la maximización de la riqueza en sus resoluciones.
- (iii) El AED no tiene un sentido resarcitorio o compensatorio, ni busca determinar la responsabilidad. Su objetivo es la reasignación de derechos, favoreciendo aquella opción que minimice los costes de la resolución del conflicto.
- (iv) La reasignación de derechos debe realizarse en favor de quien los valore más.
- (v) La resolución del Juez debe mirar hacia delante, hacia el futuro (ex post vs ex ante).
- (vi) El objetivo final de la resolución judicial es minimizar los costes para la actividad productiva.⁵⁸⁸

En contraposición, la aplicación estricta del derecho requiere una asignación previa de los derechos de propiedad en las normas jurídicas, asignación que generalmente prevé el resarcimiento y compensación del daño a la víctima de externalidades. De esta manera, la actividad del juzgador se limita a la aplicación estricta del derecho, en dónde existiendo duda sobre el sentido de la ley, será valiosa su interpretación y aplicación al caso concreto, sin que pueda ignorar las premisas de justicia, equidad e igualdad, que constituyen el fin último del derecho.

En el modelo de resolución de externalidades de Coase, no se contemplan las variables de resarcimiento o compensación, ya que dicha teoría señala que la víctima estará mejor siempre que se minimice su daño, es decir que se mejore marginalmente su situación. Incluso, podrán existir ocasiones en que la víctima tenga que hacerse responsable de resolver las externalidades, ya que el Juez podría reasignar los derechos en su contra cuando ésta sea la opción menos costosa de solución.

El problema se centra en que la fórmula para la resolución de externalidades, que deriva del teorema de Coase, está incompleta ya que ésta contempla la reciprocidad en la solución de la externalidad, pero no en la utilidad de la actividad causante del daño. Es decir, la teoría cuenta

⁵⁸⁸ Jiménez San Vicente. *La Metodología del AED*. Op. Cit. notal al pie 453.

con que la víctima participe en la solución de la externalidad, lo que la posiciona como corresponsable del efecto externo, obligándola a asumir parcial o totalmente el costo de su resolución, así como el daño que le es causado, pero no contempla la reciprocidad en la utilidad que obtiene el causante mediante la actividad generadora de la externalidad. Una fórmula completa establecería que ambas partes (causante y víctima) compartiesen el daño y los costes de resolver la externalidad, así como la utilidad y beneficio generado por la actividad generadora del daño, lo que aseguraría una verdadera maximización de la riqueza de ambas partes, logrando que los acuerdos sean mutuamente beneficiosos.

Inclusive, aún y cuando no se considere la reciprocidad en la utilidad del causante, el modelo de Coase arroja resultados diferentes cuando se incluye el valor de dicha utilidad, dando por resultado que la asignación inicial de derechos es relevante, así como la reparación del daño causado a la víctima, ya que ello genera los incentivos correctos a las partes para actuar de manera eficiente.

En este punto es oportuno recordar que la teoría de Coase para la resolución de externalidades parte de tres hipótesis básicas, las cuales son claramente expuestas por Shavell: (i) la de los actos óptimos, (ii) la minimización del daño, y (iii) irrelevancia de la asignación de derechos.

(i) Hipótesis de los actos óptimos, señala que son aquellos que su utilidad es superior a sus efectos externos;⁵⁸⁹ (ii) Hipótesis de la minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes. Conforme a la cual será eficiente que se tome la precaución (prevención) siempre que su costo sea inferior al daño potencial. *Contrario sensu*,⁵⁹⁰ será eficiente que se cause el daño cuando el costo de la precaución sea superior al daño potencial;⁵⁹¹ (iii) Hipótesis de la irrelevancia de la asignación de derechos, cuando los costos de transacción son cero. Conforme a la cual, la asignación de derechos es irrelevante, ya que al no existir costos de transacción las partes serán capaces de reasignarlos de manera eficiente.⁵⁹²

El teorema de Coase es una teoría de costo beneficio en la cual, mediante la reasignación de derechos, las partes pueden lograr acuerdos mutuamente beneficiosos. La fórmula coasiana

⁵⁸⁹ Shavell. 80. Op. Cit. nota al pie 81.

⁵⁹⁰ Interpretación *contrario sensu*: en este modelo, no es deseable que el causante tome la precaución sí y solo sí su coste es mayor que el daño que podría ser prevenido, para que reduzca al mínimo las pérdidas de las dos partes (o equivalentemente, maximice la suma de sus utilidades). Por lo tanto, si la instalación de un supresor de humo cuesta 50 y prevendría un daño de 30, sería óptimo no instalarlo, permitiendo el daño. Véase Shavell. 80. Op. Cit. nota al pie 81.

⁵⁹¹ *Ibidem*.

⁵⁹² Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

considera dos factores: el coste de la prevención del daño y el valor del daño potencial a la víctima. La fórmula presupone que los actos que generan las externalidades son óptimos, es decir, que su utilidad supera los daños a terceros, por lo que el modelo no toma en cuenta la utilidad de la actividad generadora de externalidades. A continuación, se citan ejemplos de Shavell a *contrario sensu* los cuales involucran la generación de contaminación. Los valores de coste de la prevención y daño potencial serán invertidos, como se hizo en la hipótesis de la minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes.

Ejemplo X: Resultados aparentemente eficientes en la fórmula de Coase, minimizando la pérdida al permitir el daño en lugar de resolver la externalidad.

En los ejemplos de Shavell a continuación reproducidos pueden apreciarse factores como el coste de precaución y el valor del daño, así como la irrelevancia de la asignación de los derechos, ya que según la teoría las partes siempre lograrán el resultado eficiente.

Escenario (A): asignación de derechos de propiedad a favor de la víctima (regla de no contaminar).

Factores a considerar

Prevención del daño:	50
Valor del daño:	30

Hipótesis de Shavell, basada en el Teorema de Coase

En este modelo, no es deseable que el causante tome la precaución sí y solo sí su coste es mayor que el daño que podría ser prevenido, para que reduzca al mínimo las pérdidas de las dos partes (o equivalentemente, maximice la suma de sus utilidades). Por lo tanto, si la instalación de un supresor de humo cuesta 50 y prevendría un daño de 30, sería óptimo no instalarlo, permitiendo el daño.⁵⁹³

Resultado.

El causante no toma la precaución, ya que prefiere resarcir el daño de la víctima por 30 en lugar de pagar el coste de la prevención de 50. La eficiencia del resultado anterior resulta más clara cuando se totalizan las utilidades de las partes con y sin prevención. Con prevención, el causante

⁵⁹³ El ejemplo original señala lo siguiente: “En este modelo, es deseable que el causante tome la precaución si y solo si su coste es menor que el daño que podría ser prevenido, para que reduzca al mínimo las pérdidas de las dos partes (o equivalentemente, maximice la suma de sus utilidades). Por lo tanto, si la instalación de un supresor de humo cuesta 30 y prevendría un daño de 50, sería óptimo instalarlo”. Como puede observarse el ejemplo a *contrario sensu* mantiene la idea original, que la externalidad solo se prevenga cuando ello implique un aumento en la utilidad de ambas partes. Ver Shavell. 80. Op. Cit. nota al pie 81.

pierde 50, y la víctima sufre daños de 0 (no sufre daño), lo que da una utilidad total de -50. Sin prevención, el causante pierde 30 en indemnizar a la víctima, y la víctima sufre daño de 0 (sufre daño de 30, pero después es indemnizada por el causante por 30, por lo que su daño final es de 0), lo que da una utilidad total de -30. Lo eficiente es que no se tome la precaución.

Escenario (B): asignación de derechos de propiedad a favor del causante (regla que permite la contaminación)

Factores a considerar

Prevención del daño:	50
Valor del daño:	30

Hipótesis de Shavell, basada en el Teorema de Coase:

En la situación que involucra el supresor de humo, cada una de las partes estará mejor si el causante no se compromete a tomar la precaución a un costo de 50 a cambio del pago de, digamos, 55 por la víctima; porque entonces la utilidad del causante será aumentada en 5, pero la utilidad de la víctima disminuye en 25 porque va a evitar un daño de solo 30. Por lo tanto, nuestra hipótesis es que tal acuerdo no ocurrirá.⁵⁹⁴

Resultado.

No se toma la precaución. La víctima prefiere soportar el daño de 30 que pagar al causante 55 por tomar el costo de precaución. La mejor opción para la víctima es soportar el daño. La eficiencia del resultado anterior resulta más clara cuando se totalizan las utilidades de las partes con y sin prevención. Con prevención, el causante gana 5, pero la víctima pierde 55, lo que da una utilidad total de -50. Sin prevención, el causante gana 0, y la víctima solo pierde 30, lo que da una utilidad total de -30. Lo eficiente es que no se tome la precaución.

El ejemplo anterior muestra que, en ausencia de costos de transacción, cuando solo se considera el costo de la precaución y el valor del daño, la asignación de derechos es irrelevante, ya que

⁵⁹⁴ El ejemplo original señala lo siguiente: “En la situación que involucra el supresor de humo, cada una de las partes estará mejor si el causante se compromete a tomar la precaución a un costo de 30 a cambio del pago de, digamos, 35 por la víctima; porque entonces la utilidad del causante será aumentada en 5 y la utilidad de la víctima se incrementará en 15 porque va a evitar el daño de los 50. Por lo tanto, nuestra hipótesis es que se hará tal acuerdo”. Como puede observarse el ejemplo a *contrario sensu* mantiene la idea original, que la externalidad solo se prevenga cuando ello implique un aumento en la utilidad de ambas partes. Véase Shavell. 84. Op. Cit. nota al pie 81.

con independencia de que beneficie a la víctima o al causante, las partes lograrán el resultado eficiente, que en el caso anterior es no tomar la precaución y permitir el daño.⁵⁹⁵

Sin embargo, tal y como lo evidencian el ejemplo anterior, el modelo no revela si el acto generador de externalidades es óptimo, es decir, si su utilidad es superior a los efectos externos que provoca. A continuación, se analizará si el teorema de Coase asegura que solo los actos óptimos se produzcan, para lo que se agregará a los ejemplos anteriores un factor adicional: la utilidad del acto generador de externalidades.

Ejemplo XI: Resultados ineficientes en la fórmula de Coase, en los que se permite el daño ocasionado por la externalidad, sin que sea un acto óptimo la actividad generadora.

En los ejemplos de Shavell a continuación reproducidos, se agrega un factor adicional a considerar en el resultado, la utilidad de la actividad generadora de la externalidad. Este factor está correlacionado con el coste de precaución y el valor del daño, y determina el actuar del causante, dando incentivos para que actúe de manera eficiente cuando la asignación de derechos lo hace responsable del daño causado, tal y como se muestra a continuación.

Escenario (A): asignación de derechos de propiedad a favor de la víctima (regla de no contaminar)

Factores a considerar:

	Utilidad de la actividad generadora de externalidades (dos supuestos)	
	(a) 60	(b) 20
Prevención del daño:	50	50
Valor del daño	30	30

Hipótesis de Shavell, basada en el Teorema de Coase:

En este modelo, no es deseable que el causante tome la precaución sí y solo sí su coste es mayor que el daño que podría ser prevenido, para que reduzca al mínimo las pérdidas de las dos partes (o equivalentemente, maximice la suma de sus utilidades). Por lo tanto, si la instalación de un

⁵⁹⁵ Esta visión sigue siendo limitada. Algunas de las críticas al teorema de Coase insisten en que la cantidad de producción puede incrementar el daño causado y esto solo puede corregirse cuando el causante tiene que absorber la responsabilidad de dicho daño. Además, las posibilidades de que la víctima se percate del daño causado son inferiores, contrario a lo que sucede con el causante, quien sabe que su actividad produce daño.

supresor de humo cuesta 50 y prevendría un daño de 30, sería óptimo no instalarlo, permitiendo el daño.

Resultado.

Supuesto (a): El causante no tomará la precaución de 50 ya que es más barato indemnizar por 30 a la víctima, en virtud del daño causado. La utilidad de 60 que percibe el causante gracias a su actividad generadora de externalidades, le permite a éste indemnizar el daño de 30 sufrido por la víctima. Su actividad es óptima, porque su utilidad supera los daños potenciales (60 de utilidad – 30 de daños = 30 acto óptimo). El resultado es eficiente, ya que la utilidad del acto supera el valor del daño causado a la víctima, por lo que es deseable que se lleve a cabo.

Supuesto (b): El causante no llevará a cabo su actividad ya que su utilidad de 20 es menor al daño de 30 que se causaría a la víctima. Tampoco puede prevenir el daño a la víctima, porque el costo de precaución de 50, supera el daño de la víctima de 30. El resultado es eficiente, ya que la utilidad del acto no supera al valor del daño potencial, por lo que no es deseable que se lleve a cabo.

Escenario (B): Asignación de derechos de propiedad a favor del causante (regla que permite la contaminación)

Factores a considerar:

	Utilidad de la actividad generadora de externalidades (dos supuestos)	
	(a) 60	(b) 20
Prevención del daño:	50	50
Valor del daño	30	30

Hipótesis de Shavell, basada en el Teorema de Coase:

En la situación que involucra el supresor de humo, cada una de las partes estará mejor si el causante no se compromete a tomar la precaución a un costo de 50 a cambio del pago de, digamos, 55 por la víctima; porque entonces la utilidad del causante será aumentada en 5, pero la utilidad de la víctima disminuye en 25 porque va a evitar un daño de solo 30. Por lo tanto, nuestra hipótesis es que tal acuerdo no ocurrirá.

Resultado.

Supuesto (a): La víctima soporta el daño de 30, ya que no le es conveniente pagar 55 para que el causante tome la precaución. Como el causante no toma la precaución, la utilidad de la actividad generadora de externalidades no es relevante en el resultado, sin embargo, dado que se conoce dicha utilidad se puede concluir que dicha actividad es óptima, ya que la utilidad total del causante supera los daños potenciales (60 de utilidad total $- 30$ de daños = 30 acto óptimo). El resultado es eficiente, ya que la utilidad del acto supera el coste de la precaución y el valor del daño potencial, por lo que es deseable que se lleve a cabo.

Supuesto (b): La víctima soporta el daño de 30, ya que no le es conveniente pagar 55 para que el causante tome la precaución. Como el causante no toma la precaución, la utilidad de la actividad generadora de externalidades no es relevante en el resultado, sin embargo, dado que se conoce dicha utilidad se puede concluir que dicha actividad no es óptima, ya que su utilidad no supera el valor del daño potencial, lo que disminuye el bienestar social (20 de utilidad total $- 30$ de daño = -10 acto no óptimo). El **resultado no es económicamente eficiente**, ya que la utilidad del acto no supera el costo del daño generado a la víctima, por lo que no es deseable que se lleve a cabo.

Fuente: Elaboración propia partiendo de las fórmulas de Coase y Shavell.

Los ejemplos anteriores revelan que cuando: (i) la asignación de derechos favorece al causante (regla que permite la contaminación), y (ii) la utilidad de la actividad generadora de externalidades es menor que el valor del daño causado;⁵⁹⁶ el modelo de resolución de externalidades basado en el teorema de Coase, no conduce a resultados económicamente eficientes.

Con base a lo antes expresado, es posible concluir que el modelo de Coase está **incompleto** ya que para asegurar resultados eficientes es necesario considerar la utilidad de la actividad generadora de externalidades y darle un valor al resarcimiento del daño a la víctima. Es decir, los ejemplos anteriores revelan que la asignación de derechos no es irrelevante, ya que cuando dicha asignación hace responsable al causante de los daños, los resultados que se alcanzan son eficientes desde el punto de vista económico. Con base a esta asignación de derechos (en la que el causante es responsable del daño y en caso de generarlo está obligado a pagarlo), las partes

⁵⁹⁶ En el capítulo de negociación se analizó el supuesto contrario, cuando el costo de precaución es menor al daño potencial, en cuyo caso las partes optarán por prevenir el daño, de conformidad con la hipótesis de la minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes, misma que estipula que será eficiente que se tome la precaución (prevención) siempre que su costo sea inferior al daño potencial.

pueden negociar a fin de reasignarlos libremente y prevenir (no resolver) las externalidades. El modelo de Coase sobre resolución de externalidades sirve para prevenir externalidades, pues no contempla el resarcimiento de daños. Las externalidades solo pueden ser resueltas mediante el pago a la víctima el daño causado lo cual, conforme a lo anterior, conduce a resultados eficientes.

Lo anterior revela que las premisas jurídicas de justicia, equidad y reparación del daño tienen también un sentido económico, ya que incentivan conductas eficientes en los actores del mercado. Los supuestos económicos no deberían suplir a los principios jurídicos, sino complementarlos, a fin de contribuir a la eficiencia económica de los sistemas legales. El fin último del derecho no es maximizar la riqueza, sino crear reglas de convivencia para sociedades complejas, en las que los principios de justicia, equidad e igualdad contribuyen a una convivencia pacífica y a incrementar el bienestar social.

3.3.4. Aplicabilidad del AED al sistema germánico-romano (civilista)

Posner estudia la aplicabilidad de la metodología del AED al sistema de legislación civil que él denomina germánico-romano. Para el jurista, a pesar de las grandes diferencias entre el derecho consuetudinario (*common law*) y el derecho civilista, los razonamientos y teorías del AED son aplicables para ambas tradiciones jurídicas.

El Poder Judicial continental es más creativo y menos limitado por reglas, menos “burocrático”, de lo que Weber creía; mientras que el *common law* ha sido siempre más predecible de lo que los foráneos lo han percibido. Por tanto, para ser breve, el *common law* y la tradición romano-germánica son convergentes.⁵⁹⁷

Posner asegura que en los Estados Unidos muchos jueces están aplicando los razonamientos del AED probablemente de una forma intuitiva,⁵⁹⁸ situación que pudiese estarse presentando también en el caso de México, y en concreto, en el caso que nos ocupa. Muestra de ello, es el conflicto que se ha presentado en el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias a fin de que el asunto sea conocido por un juez del orden común (juez civil), quien tendría facultades para reasignar derechos aplicando razonamientos del AED y no un juez administrativo, quien probablemente observaría el estricto cumplimiento de la norma y del Contrato de Obra Pública.

⁵⁹⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 13. Op. Cit. nota al pie 21.

⁵⁹⁸ *Ibidem*. 16.

Ejemplo XII: Proceso Legal para Definir la Competencia de un Tribunal Ordinario.

El 9 de mayo de 2014, el Consorcio inició ante un Juez Civil Federal el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias. En un primer momento dicho Juez se negó a conocer del conflicto, por lo que fue necesaria una larga lucha legal antes de que fuese admitido.⁵⁹⁹ El Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias se ha caracterizado por la falta de claridad respecto a la norma aplicable, sustentada en la interpretación de una cláusula del contrato y la ausencia de un criterio generalizado entre jueces y tribunales federales. A continuación, se describirá brevemente el proceso legal que tuvo que atravesar el Consorcio a fin de lograr que un Juez Civil Federal conociese del asunto.

A continuación, se describe el proceso legal para definir la competencia civil:

I. El Consorcio inició el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias el 9 de mayo de 2014, reclamando al GDF el pago de las obras que resolvieron las externalidades. La demanda se turnó para su conocimiento al Juez Décimo de Distrito Civil, expediente 326/2014.⁶⁰⁰

II. El 14 de mayo del 2014 el Juez Décimo de Distrito Civil se declaró incompetente para conocer de la demanda civil, ya que consideró que las prestaciones reclamadas por el Consorcio derivaban de un acto administrativo.⁶⁰¹

III. A raíz de la resolución del Juez Décimo de Distrito Civil, el Consorcio resolvió realizar dos acciones paralelas:

A. Demandaría en la vía administrativa el pago de las externalidades

1. El 2 de junio del 2014 el Consorcio promovió el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias en la vía administrativa

B. Apelaría la decisión del Juez Décimo de Distrito Civil

1. El 21 de mayo del 2014 el Consorcio presentó recurso de apelación en contra de la declaración de incompetencia emitida

⁵⁹⁹ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias), del que conoce el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

⁶⁰⁰ *Ibidem*.

⁶⁰¹ *Ibidem*.

federal, turnándose el conocimiento de dicho juicio al Juez Tercero de Distrito Administrativo, expediente 1/2014.⁶⁰²

2. El 3 de junio del 2014 el Juez Tercero Administrativo se negó admitir la demanda en la vía propuesta por no actualizarse alguna de las hipótesis previstas para la procedencia la vía ordinaria administrativa federal.⁶⁰⁴

3. El Consorcio determinó impugnar la resolución del Juez Tercero de Distrito Administrativo, por lo que el 9 de junio del 2014 presentó recurso de apelación correspondiente, del cual conoció el Tercer Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa.⁶⁰⁶

4. El Tercer Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa mediante sentencia del 31 de julio del 2014 confirmó la negativa del Juez Tercero de Distrito Administrativo a admitir la demanda.⁶⁰⁸

por el Juez Décimo de Distrito Civil. El Tercer Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa fue la autoridad jurisdiccional que conoció de la apelación.⁶⁰³

2. El Tercer Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa mediante sentencia del 31 de julio del 2014 confirmó la negativa del Juez Décimo de Distrito Civil a admitir la demanda.⁶⁰⁵

3. El Consorcio promovió juicio de amparo indirecto en contra de la resolución del Tercer Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa. El juicio de amparo indirecto fue turnado al Segundo Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa.⁶⁰⁷

4. La competencia del juicio finalmente se resolvió civil mediante sentencia del 15 de octubre del 2014 dictada por el Segundo Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa.⁶⁰⁹

⁶⁰² Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Administrativo Federal 1/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria, promovido ante Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Administrativo Federal, tramitado ante el Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal dentro del expediente 1/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre 2016. <<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

⁶⁰³ Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

⁶⁰⁴ Juicio Ordinario Administrativo Federal 1/2014. Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa. Op. Cit. nota al pie 596.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

⁶⁰⁶ *Ibidem*.

⁶⁰⁷ Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

⁶⁰⁸ Juicio Ordinario Administrativo Federal 1/2014. Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa. Op. Cit. nota al pie 596.

⁶⁰⁹ Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

5. El Consorcio combatió la resolución del Tercer Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa mediante juicio de amparo indirecto promovido el 19 de agosto del 2014, del cual conoció el Décimo Quinto Tribunal Colegiado Administrativo.⁶¹⁰

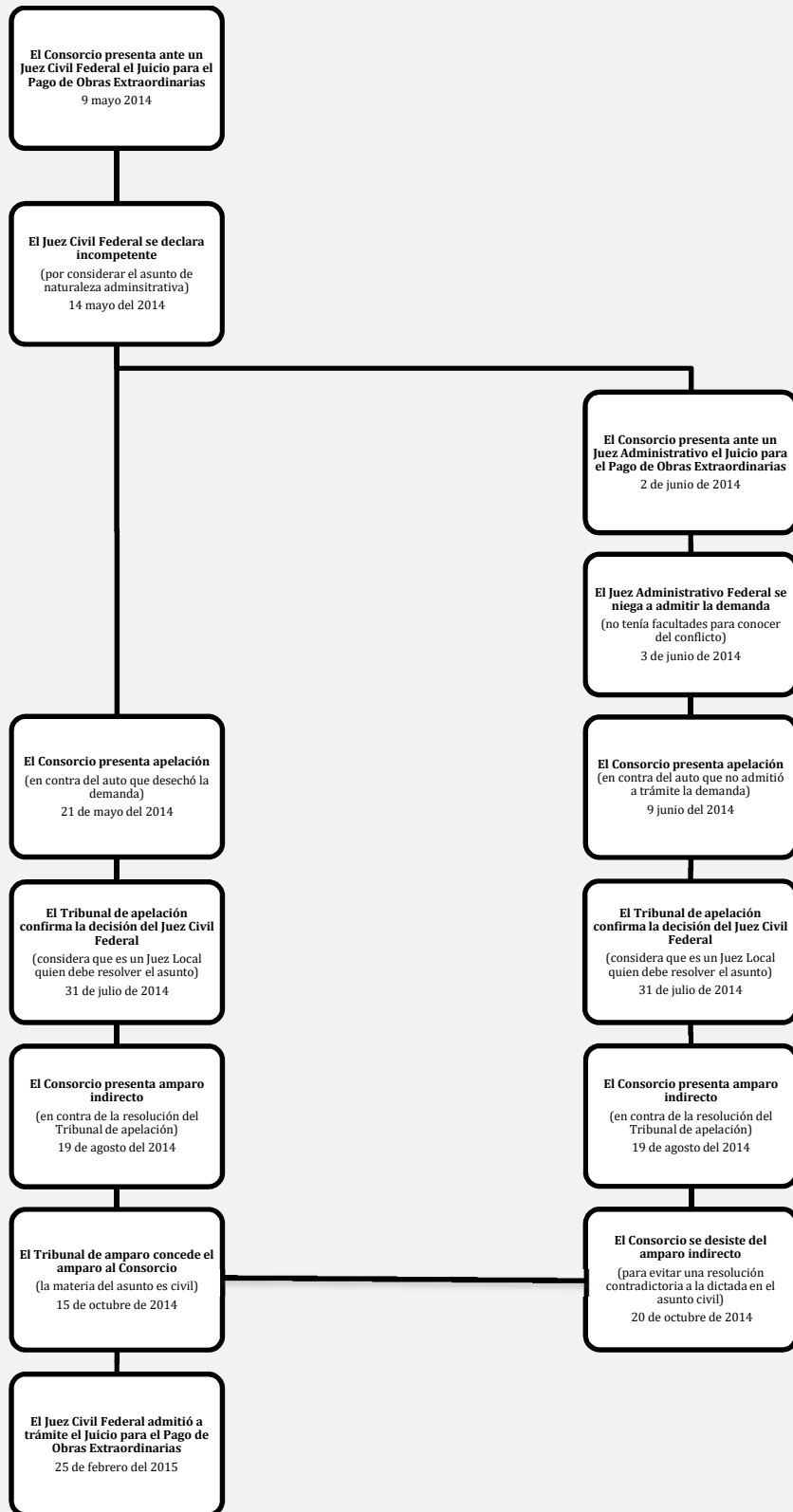
6. El 20 de octubre del 2014 el Consorcio se desistió del juicio de amparo ante el Décimo Quinto Tribunal Colegiado, por lo que éste no llegó a dictar sentencia.⁶¹¹

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de los datos del Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias.

⁶¹⁰ Juicio Ordinario Administrativo Federal 1/2014. Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa. Op. Cit. nota al pie 596.

⁶¹¹ *Ibidem*.

Gráfico 2: Proceso legal para definir la competencia civil



La estrategia de llevar al ámbito civil el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias, tenía por objetivo principal lograr la reasignación de derechos, lo cual es posible en el derecho privado (aquel aplicable a los particulares) en dónde la voluntad de las partes impera sobre las normas. Por lo contrario, el derecho administrativo (perteneciente al derecho público) limita el actuar de las partes, particularmente el del GDF, lo que implica que éste solo puede hacer lo que estrictamente le está permitido, siendo nulo cualquier pacto entre las partes que contradiga la naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública y las leyes administrativas aplicables. El hecho de que ciertos jueces y tribunales apoyen que sea un Juez Civil el que conozca del juicio, revela que éstos de manera intuitiva o consiente aplican preceptos del AED, lo que hace patente la aplicabilidad de estas teorías a los sistemas de tradición germánico-romana, como lo es el mexicano.

A continuación, se citarán los principales argumentos a favor y en contra de la competencia civil, tanto del Consorcio, como de los Jueces y Tribunales que participaron en el proceso en que se definió que un Juez Civil conociese del asunto:

(a) Argumentos del Consorcio: la competencia es civil.

El Consorcio fundamentó la competencia civil en dos razonamientos:

(i) Las prestaciones exigidas en la demanda derivaban de leyes civiles y no administrativas, como lo es la formalización y cumplimiento del Acuerdo 13Dic13. Las leyes administrativas continuaban siendo relevantes, ya que estaban estrechamente vinculadas con el asunto al tratarse de reclamos relacionados a la ejecución de obra pública, además de ser necesario que el Juez interpretase cláusulas del contrato celebrado entre las partes. Sin embargo, la propia Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas contempla en su artículo 13, la supletoriedad de leyes civiles como lo es el Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles, lo que acredita la aplicabilidad de leyes civiles al tema de obra pública.⁶¹² Recordando el artículo que a la letra dice:

⁶¹² Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias), del que conoce el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

Artículo 13. Serán supletorias de esta Ley y de las demás disposiciones que de ella se deriven, en lo que corresponda, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles.⁶¹³

(ii) El Juez que conociese del asunto tendría que pronunciarse respecto del cumplimiento y aplicación de leyes civiles federales, como lo es el Código Civil Federal y el Código Federal de Procedimientos Civiles, por lo que conforme al artículo 104, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tribunales de la federación son competentes para conocer de controversias de orden civil o mercantil, tal y como se desprende del propio artículo:

Artículo 104. Los Tribunales de la Federación conocerán:

...

II. De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando solo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.⁶¹⁴

En relación a lo anterior, el artículo 53 fracción I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece que los jueces de distrito civiles federales conocerán, a elección del actor, de las controversias del orden civil suscitadas con motivo del cumplimiento y aplicación de leyes federales. Para brindar mayor claridad, se transcribe la disposición en comento:

Artículo 53. Los jueces de distrito civiles federales conocerán:

I. De las controversias del orden civil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. Cuando dichas controversias solo afecten intereses particulares podrán conocer de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal,⁶¹⁵

⁶¹³ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. Op. Cit. nota al pie 302.

⁶¹⁴ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Web. Consultado 20 febrero del 2016 <www.sct.gob.mx/JURE/doc/cpeum.pdf>

⁶¹⁵ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Op. Cit. nota al pie 556.

En base a las disposiciones legales antes citadas, el Consorcio fundamentó la competencia civil del asunto.

(b) Argumento del Juez Civil Federal: la competencia es administrativa.

El Juez Décimo de Distrito Civil se declaró incompetente para conocer del asunto por considerar que las prestaciones reclamadas por el Consorcio derivaban de un acto administrativo, por lo que resultaba aplicable el artículo 52, inciso I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación que da competencia a los Jueces de Distrito Administrativos para decidir sobre la legalidad o existencia de los actos de autoridad o de los procedimientos seguidos ante ellas.⁶¹⁶

Artículo 52. Los jueces de distrito en materia administrativa conocerán:

I. De las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento seguido por autoridades administrativas;⁶¹⁷

Desde la perspectiva del Juez Décimo de Distrito Civil el reclamo del Consorcio se fundamentaba en un procedimiento administrativo, el procedimiento de conciliación tramitado ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios, procedimiento que había dado marco al Acuerdo 13Dic13, por lo que era necesario que un Juez de Distrito Administrativo se pronunciase sobre la legalidad y existencia del pretendido acuerdo tomado por las partes, previo a su formalización y cumplimiento.

(c) Argumento del Juez Administrativo Federal: no es competencia administrativa.

Como se explicó anteriormente, el Consorcio también intentó la vía administrativa, fundamentando la competencia del Juez Administrativo Federal en el artículo 52, inciso I de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, el Consorcio en su demanda no reclamaba la declaración de legalidad o existencia del Acuerdo 13Dic13 conforme las leyes administrativas, por lo contrario, el Consorcio afirmaba que, de acuerdo a las leyes civiles el acuerdo cumplía con todos los requisitos de validez y existencia, por lo que su legalidad estaba acreditada.⁶¹⁸

⁶¹⁶ Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014. Juez Décimo de Distrito en Materia Civil. Op. Cit. nota al pie 565.

⁶¹⁷ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Op. Cit. nota al pie 556.

⁶¹⁸ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Administrativo Federal 1/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria, promovido ante

El resultado fue que el Juez Tercero de Distrito Administrativo se declaró incompetente, ya que conforme al artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, no tenía facultades para decidir sobre las prestaciones reclamadas en juicio, consistentes en la formalización y cumplimiento de un acuerdo no existente a la luz del derecho administrativo, pero que la actora aseguraba existía a la luz del derecho civil.⁶¹⁹

(d) Argumento del Tribunal de Amparo: la competencia es civil.

El Segundo Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa fue la autoridad judicial que finalmente determinó la competencia de la demanda interpuesta por el Consorcio a fin de reclamar el pago de las obras extraordinarias ejecutadas como consecuencia de los efectos externos presentados en la construcción de la Línea 12 del Metro.

Con base a las consideraciones siguientes, el Segundo Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa declaró que el asunto debía ser conocido por un Juez Civil Federal,⁶²⁰ basándose en los siguientes argumentos:

(i) El Consorcio no controvierte la legalidad o subsistencia del acto administrativo, lo que pretende es la formalización y cumplimiento del Acuerdo 13Dic13.

Una vez dilucidada la competencia en razón del fuero del juzgador al que corresponde conocer del asunto; asiste razón a la quejosa cuando afirma que en razón de la materia debe conocer del negocio un juez de Distrito en Materia Civil.

...

Si bien, entre las prestaciones deducidas por la accionante, se encuentran la formalización y el cumplimiento del acuerdo tomado por las partes el trece de diciembre de dos mil trece en ese procedimiento conciliatorio; debe aclararse – según se desprende del escrito inicial de la demanda de primera instancia- que la ahora quejosa no controvierte la legalidad o subsistencia de un acto administrativo derivado de dicho procedimiento, sino que, lo que pretende es la formalización y cumplimiento del citado acuerdo, a efecto de estar en posibilidad

Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Administrativo Federal 1/2014. Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa. Op. Cit. nota al pie 596.

⁶¹⁹ *Ibidem*.

⁶²⁰ Sentencia del Segundo Tribunal Unitario, expediente 85/2014. Op. Cit. nota al pie 559.

de obtener el pago de los trabajos extraordinarios que –dice– realizó con motivo del aludido contrato de obra pública a precio alzado y tiempo determinado, número *****.⁶²¹

- (ii) Las prestaciones exigidas por el Consorcio en su demanda derivan de un contrato de obra pública y de la ejecución de trabajos adicionales al proyecto original.

Como se ha venido diciendo, las prestaciones reclamadas en el juicio natural derivan de un contrato de obra pública, respecto del cual con motivo de su ejecución, la actora afirma haber efectuado trabajos adicionales y extraordinarios a los pactados en el proyecto original, lo que la llevó instar un procedimiento conciliatorio ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Gobierno del Distrito Federal, relativo a una controversia técnica-administrativa.⁶²²

- (iii) Las prestaciones exigidas por el Consorcio en su demanda no encuadran en los supuestos legales de competencia de los Juzgados de Distrito Administrativo contemplados en el artículo 52 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ya que ninguno le permite conocer de prestaciones relacionadas a contratos de obras públicas.

Tal aclaración conduce a concluir que el asunto no encuadra en los supuestos legales de competencia de los Juzgados de Distrito en materia Administrativa, previstos en el artículo 525 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; pues ninguno de ellos permite conocer a un juez de esa materia, de prestaciones relacionadas con un contrato de obra pública, como lo es en el caso.⁶²³

- (iv) Aunque el Juez de Distrito Administrativo pudiese conocer de la formalización del Acuerdo 13Dic13, no sería jurídicamente viable que lo hiciera, ya que no podría pronunciarse respecto las otras prestaciones exigidas por el Consorcio en su demanda, las cuales están vinculadas al cumplimiento del contrato de obra pública, en específico el pago de trabajos extraordinarios.

⁶²¹ *Ibidem*.

⁶²² *Ibidem*.

⁶²³ *Ibidem*.

Además, aun en el supuesto inadmitido de que la referida prestación relativa a la formalización del acuerdo de trece de diciembre de dos mil trece, tomado dentro del aludido procedimiento conciliatorio seguido por las partes ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal, pudiera ser del conocimiento de un juez de Distrito en Materia Administrativa; ello, de cualquier forma, en el caso concreto no sería jurídicamente viable, tomando en consideración que aquella prestación está estrechamente vinculada con las restantes prestaciones reclamadas por la actora, las cuales están enderezadas a obtener el cumplimiento del contrato de obra pública, en específico, la obtención del pago de trabajos extraordinarios que se dicen efectuados para la ejecución de la propia obra pública.⁶²⁴

- (v) No es posible que las prestaciones de una misma demanda sean conocidas por jueces de materias diferentes, administrativa y civil en el caso concreto.

De ahí que no sería posible que de esa primera prestación (formalización del acuerdo de trece de diciembre de dos mil trece), conociera un juez de una materia (administrativa), y de las restantes, un juzgador de distinta materia (civil). Por tanto, la competencia para conocer del presente asunto corresponde a un juez de Distrito en Materia Civil⁶²⁵

En apoyo del argumento anterior, la siguiente tesis aislada refiere que la competencia suerte en favor del Juez de Distrito Civil cuando en una demanda existen prestaciones civiles y administrativas:

COMPETENCIA. SE SURTE A FAVOR DEL JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA CIVIL QUE PREVINO, AUN CUANDO EN LA DEMANDA SOMETIDA A SU CONSIDERACIÓN LA ACTORA HAYA DEDUCIDO DIVERSAS PRESTACIONES, NO SOLO DE NATURALEZA CIVIL, SINO TAMBIÉN ADMINISTRATIVA.

Tomando en consideración que conforme a lo dispuesto por el artículo 19 del Código Federal de Procedimientos Civiles, los Jueces de Distrito en materias

⁶²⁴ *Ibidem*.

⁶²⁵ *Ibidem*.

civil y administrativa, tienen la competencia material que detalladamente les atribuyen los preceptos 52 y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y que constituye un principio de derecho que ningún órgano jurisdiccional puede negarse a conocer de un asunto sino por incompetencia o impedimento, si en una demanda promovida en la vía ordinaria mercantil, la parte actora reclama, entre otras prestaciones, la nulidad de la declaración unilateral de rescisión de un contrato de obra pública, cuya naturaleza es administrativa, pero también reclama, de manera destacada, la rescisión de dicho contrato por incumplimiento de la entidad de la administración pública federal, así como el pago de daños y perjuicios, y daño moral, derivados de ese incumplimiento, que son de naturaleza civil; entonces, sin prejuzgar sobre la decisión de fondo de las prestaciones reclamadas, la excepción de incompetencia por declinatoria en razón de la materia, debe declararse infundada, ya que el Juez que previno no puede negarse a conocer de un asunto mientras existan prestaciones para cuyo conocimiento sí es competente, pues también fue decisión del actor someterse a dicho juzgador y sujetarse a las consecuencias jurídicas de sus planteamientos, y porque, además, la prelación en el análisis de esas prestaciones no puede ser la base para decidir una cuestión de competencia, sino que se vincula con la materia de la sentencia que se dicte en el asunto, en la que habrá de determinarse, en su caso, si el Juez, dada su competencia, se encuentra o no en condiciones de resolver en cuanto al fondo de todas ellas, solamente de algunas, o lo que legalmente estime procedente.⁶²⁶

(vi) El principio de “*vis atractiva*” otorga competencia a los Jueces de Distrito Civiles para conocer de todos los asuntos que no estén estrictamente reservados a los jueces especializados en otras materias.⁶²⁷

Ahora, es menester fundar la competencia de la Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, para conocer del presente asunto. Para ello, debe hacerse referencia al texto de la fracción VIII del artículo 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación:

⁶²⁶ Tesis del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Véase en “Semanario Judicial de la Federación” Suprema Corte de Justicia de la Nación. Web. Consultado 3 junio de 2016. <<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/tesis.aspx>>

⁶²⁷ Sentencia del Segundo Tribunal Unitario, expediente 85/2014. Op. Cit. nota al pie 559.

“Artículo 53. Los jueces de distrito civiles federales conocerán:

(...)

VIII. De los asuntos de la competencia de los juzgados de distrito en materia de procesos federales que no estén enumerados en los artículos 50, 52 y 55 de esta ley”.

En dicha fracción se encuentra contenido el principio de “vis atractiva”, que se traduce en la facultad otorgada a los jueces de distrito en materia civil, para conocer de procesos federales que no estén reservados a los jueces de distrito especializados en las otras materias (administrativa, penal y laboral).⁶²⁸

En relación a la “*vis atractiva*” resulta relevante la siguiente tesis aislada, la cual apoya el criterio del Segundo Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa, en el sentido de que cuando en una demanda se reclaman prestaciones de diversas materias, es el Juzgado de Distrito Civil quien debe conocer:

COMPETENCIA EN MATERIA CIVIL. PRINCIPIO DE VIS ATRACTIVA.

Los artículos 51, 52, 54 y 55 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establecen un conjunto de reglas para la distribución de las competencias tratándose de Juzgados de Distrito especializados por materia, conforme a las cuales los Jueces de Distrito de amparo en materia penal conocerán de los juicios de amparo que se promuevan contra resoluciones judiciales del orden penal; contra actos de cualquier autoridad que afecten la libertad personal, salvo que se trate de correcciones disciplinarias o de medios de apremio impuestos fuera de procedimiento penal, y contra los actos que importen peligro de privación de la vida, deportación, destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de los juicios de amparo que se promuevan conforme a la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los casos en que sea procedente contra resoluciones dictadas en los incidentes de reparación del daño exigible a personas distintas de los inculpados, o en los de responsabilidad civil, por los mismos tribunales que conozcan o hayan conocido

⁶²⁸ Ibidem.

de los procesos respectivos, o por tribunales diversos, en los juicios de responsabilidad civil, cuando la acción se funde en la comisión de un delito, y de los juicios de amparo que se promuevan contra leyes y demás disposiciones de observancia general en materia penal, en los términos de la Ley de Amparo. Los Jueces de Distrito en materia administrativa tienen competencia para conocer y resolver las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de las leyes federales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad o de un procedimiento administrativo seguido por autoridades administrativas; de los juicios de amparo que se promuevan conforme a la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contra actos de la autoridad judicial en las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales o locales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad administrativa o de un procedimiento seguido por autoridades del mismo orden; de los juicios de amparo que se promuevan contra leyes y demás disposiciones de observancia general en materia administrativa, en los términos de la Ley de Amparo; de los juicios de amparo que se promuevan contra actos de autoridad distinta de la judicial, salvo los casos de extradición, atento a lo previsto por los tratados internacionales y de las demandas de amparo promovidas contra leyes y disposiciones de observancia general en materia penal; así como de los amparos que se promuevan contra actos de tribunales administrativos ejecutados en el juicio, fuera de él o después de concluido, o que afecten a personas extrañas al juicio. Los Jueces de Distrito de amparo en materia civil conocerán y resolverán de los amparos que se promuevan contra resoluciones del orden civil, en los casos a que se refiere la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; de los juicios de amparo que se promuevan contra leyes y demás disposiciones de observancia general en materia civil, en los términos de la Ley de Amparo; y de los asuntos de la competencia de los Juzgados de Distrito en materia de amparo que no estén enumerados en los artículos 51, 52 y 55 de la citada ley orgánica. Los Jueces de Distrito en materia de trabajo conocerán de los juicios de amparo que se promuevan conforme a la fracción VII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contra actos de la autoridad judicial, en las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de leyes federales o locales, cuando deba decidirse sobre la legalidad o subsistencia de un acto de autoridad laboral o de

un procedimiento seguido por autoridad del mismo orden; de los juicios de amparo que se promuevan contra leyes y demás disposiciones de observancia general en materia de trabajo, en términos de la Ley de Amparo; de los juicios de amparo que se promuevan en materia de trabajo, contra actos de autoridad distinta de la judicial; y de los amparos que se promuevan contra actos de tribunales de trabajo ejecutados en el juicio, fuera de él o después de concluido, o que afecten a las personas extrañas al juicio. De lo anterior se desprende una vis atractiva genérica, o fuerza atractiva de la competencia del Juez de Distrito en materia civil, que se da por exclusión de la competencia que atañe a los Jueces en materia penal, administrativa y laboral, al indicar expresamente que conocerá de los asuntos en materia de amparo que no estén enumerados en los referidos artículos 51, 52 y 55 que regulan la competencia de los Jueces de Distrito en materias penal, administrativa y laboral, respectivamente.⁶²⁹

(vii) La competencia del Juez de Distrito Civil también se apoya en el hecho de que la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas en su artículo 13 señala como normas supletorias leyes de carácter civil.

La consideración anterior también encuentra apoyo en lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (anteriormente citada), que establece como normas supletorias a dicho ordenamiento, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles, ya que la primera y última de estas codificaciones son de carácter civil.⁶³⁰

En base a los argumentos antes descritos, el Segundo Tribunal Unitario en Materias Civil y Administrativa determinó que la competencia del juicio iniciado por el Consorcio a fin de exigir la formalización y pago de las obras públicas extraordinarias ejecutadas por motivo de las externalidades, corresponde a un Juez de Distrito Civil.

En ese contexto, se deduce válidamente que la competencia para conocer de los asuntos relacionados con prestaciones derivadas de un contrato de obra pública con cargo a recursos de los erarios tanto local como federal, celebrado por el

⁶²⁹ Tesis. Véase en “Semanario Judicial de la Federación” Suprema Corte de Justicia de la Nación. Web. Consultado 3 junio de 2016. <<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/tesis.aspx>>

⁶³⁰ Sentencia del Segundo Tribunal Unitario, expediente 85/2014. Op. Cit. nota al pie 559.

Gobierno del Distrito Federal y una persona moral privada (como las sociedades mercantiles quejosas), corresponde a un juez de Distrito en Materia Civil, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Esto es así, porque estos asuntos no son de la competencia de los juzgados de distrito en materia administrativa, ni tampoco de los demás juzgados de distrito en materia penal o laboral.⁶³¹

3.3.5. La búsqueda de la eficiencia económica y la maximización de la riqueza frente a la justicia y a la asignación de derechos

Coleman en su obra “*Efficiency, Utility, and Wealth Maximization*” explica que la maximización de la riqueza, la utilidad y la eficiencia deben de ser la finalidad de la economía.⁶³² Basado en estos principios, Coase propone que las resoluciones judiciales se sustenten en la eficiencia económica, mientras que Posner señala que deben buscar la maximización de la riqueza. Conforme a estos razonamientos, las sentencias judiciales deben perseguir la eficiencia económica y la maximización de la riqueza y no los principios tradicionales del derecho.⁶³³

Asimismo, Posner también concluye que la eficiencia económica y la maximización de la riqueza se obtienen cuando el juez reasigna los derechos a la parte que más los valore. En el caso de la resolución judicial, la forma en que el juez puede determinar quién valora más el derecho es haciendo responsable de resolver la externalidad a la parte a quién le cuesta menos corregirla, sin importar quién sea el causante del daño.⁶³⁴

En el caso de estudio, si las partes hubiesen aplicado el razonamiento de eficiencia económica en la negociación, el Consorcio tendría que haber asumido la pérdida generada por las externalidades, lo cual como se sabe no ocurrió. Si se traslada el conflicto a la resolución judicial, en términos de la teoría, la asignación de derechos se establecería en contra de aquella de las partes a quien le resulte menos costoso resolver la externalidad, por lo que muy probablemente sería nuevamente el Consorcio el responsable de asumir los costos de la externalidad.

⁶³¹ *Ibidem*.

⁶³² Coleman. *Efficiency, Utility*. 524 Op. Cit. nota al pie 458.

⁶³³ Posner. *Ethical and Political*. 491. Op. Cit. nota al pie 155.

⁶³⁴ Posner, Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52 y Posner. *Economic Analysis of Law*. Op. Cit. nota al pie 39.

Utilizando los razonamientos anteriores, se ejemplificará la reasignación de derechos mediante resolución judicial, la cual considera los costes que las partes deben afrontar para resolver externalidades.

Ejemplo XIII: Resolución Judicial basada en la minimización de costes.

Como se sabe durante la construcción de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México se presentaron externalidades que hicieron imposible continuar con la ejecución de proyecto original de construcción. Conforme al modelo de Coase, al momento de reasignar derechos el Juez tendría que preguntarse a cuál de las partes le era menos costoso resolver las externalidades⁶³⁵ En el caso del Consorcio, dado que está conformado por empresas especializadas en la construcción y la ingeniería civil, éste contaba con los conocimientos necesarios, maquinaria y proveedores que le venderían los suministros indicados a los precios más competitivos del mercado.

Por parte del GDF la situación es diferente, ya que no es experto en construcción ni tiene la maquinaria o suministros necesarios para ello. Esto obligaría al GDF a realizar licitaciones públicas que le permitiesen contratar a terceros expertos a fin de que: (i) dictaminaran la situación y propusieran alternativas de solución, y, (ii) ejecutaran los trabajos necesarios para resolver las externalidades. Los costos de búsqueda y los procedimientos burocráticos necesariamente incrementarían los costos, siendo superiores a los del Consorcio.

Basándose en el razonamiento del modelo de Coase, el Juez determinaría que la asignación de derechos tendría que beneficiar al GDF, ya que para el Consorcio es menos costoso resolver la externalidad, por lo que, en teoría es eficiente que el Consorcio absorba dicho costo Sin embargo, es probable que, si la asignación de derechos de propiedad contenidos en la norma administrativa hubiese sido contraria al GDF, este no habría optado por resolver las externalidades si ello implicaba un incremento considerable en el precio original de construcción. En vez de ello habría explorado alternativas más eficientes para brindar el servicio de transporte público a los ciudadanos. Esto demuestra que el modelo del AED para reasignar derechos de propiedad mediante resoluciones judiciales ignora variables relevantes.

Fuente: Elaboración propia basado en el teorema de Coase.

⁶³⁵ El Juez no cuestionará a las partes por el valor del daño que se evitó, ya que supondrá que si se resolvieron las externalidades fue porque el valor del daño potencial era mayor que el coste de resolverlas. Lo anterior guarda relación con la hipótesis de la minimización del daño, equivalente a la maximización de la suma de las utilidades de las partes, misma que fue explicada anteriormente. En el caso concreto el Consorcio ejecutó las obras que previnieron el daño potencial de las externalidades presentadas en la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, por lo que el Juez supondrá que eso sucedió porque el costo de las obras era inferior al daño potencial que tendría que enfrentar el Consorcio.

El ejemplo anterior revela que sustituir los valores de justicia y equidad por los de eficiencia económica y maximización de la riqueza no es sustentable. La metodología del AED debe complementarse de las herramientas matemáticas y económicas, pero no sustituir al propio Derecho, como plantea la teoría.

3.3.6. Sistema judicial ineficiente

Como se señaló en el marco teórico aplicable al presente capítulo, desde la perspectiva de Coase y Posner un sistema judicial eficiente es indispensable para el óptimo funcionamiento de los mercados ya que genera certidumbre.⁶³⁶

los jueces no tienen que ser alentadores del capitalismo. Ellos deben hacer cumplir, en los casos en los cuales tienen que tomar una decisión, las normas sin importar las consecuencias para las personas y las actividades evaluadas. Esta neutralidad del juez debe aplicar, no solo con respecto al valor personal (tal como en el concepto de justicia correctiva de Aristóteles) sino también respecto a la ideología. La neutralidad es importante para realzar el carácter predecible de la ley –y es su carácter predecible, principalmente, lo que Weber pensó que los capitalistas necesitaban del marco legal–, así como para tranquilizar a las clases potencialmente inquietas de la sociedad preocupadas que la ley no favorezca a una clase particular.⁶³⁷

Cabrillo y Fitzpatrick se refieren a los costes que representa para las partes realizar transacciones en sistemas legales ineficientes y advierten de los costos a la economía resultado de esas ineficiencias.⁶³⁸ El sistema judicial es ineficiente, debido a una crisis de incentivos. Cabrillo y Fitzpatrick señalan que:

La inercia legal, el sesgo y la mala administración son la norma en muchos países, con repercusiones sociales y económicas devastadoras. Los comentaristas sostienen que la justicia civil está en crisis, los retrasos están causando que los tribunales sean inútiles, los costos monetarios de adjudicación de derechos hacen

⁶³⁶ Este argumento lo presenta Posner en varios de sus trabajos Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52; Posner. *Economic Analysis of Law*. Op. Cit. nota al pie 39; Posner. *Economics of Justice*. Op. Cit. nota al pie 125; Posner. *What do Judges Maximize*. Op. Cit. nota al pie 92.

⁶³⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

⁶³⁸ Respecto la aplicación del derecho en sistemas legales ineficientes véase Cabrillo. 75–120. Op. Cit. nota al pie 43.

casi imposible todos acudir a los tribunales, menos para los ricos; los jueces no están conscientes de la realidad de las empresas; las instituciones formales no están sincronizadas con las prácticas informales; los jueces no son independientes y favorecen a los ricos y poderosos; los costos de la justicia para el Estado son demasiado altos; y hay una explosión en el número de litigios.⁶³⁹

Algunos de los problemas antes descritos pueden ser claramente identificados en el caso de estudio, principalmente en dos situaciones: (i) la lucha entre las partes por definir el fuero (federal vs local), ya que cada una buscaba delimitar la competencia con base a la influencia que podían tener en los jueces que conociesen la causa; y, (ii) los incentivos perversos en el sistema judicial que hicieron del caso un magnífico ejemplo del abuso en los medios de impugnación, alargando innecesariamente el juicio. En el caso concreto se han presentado numerosos recursos solo por el tema de competencia, siendo que muchos de ellos no tenían ninguna posibilidad de cambiar en definitiva el sentido de la resolución combatida, y que fueron interpuestos por situaciones de forma o bien fueron utilizados para aplazar la sentencia del juicio.

A continuación, se analizarán dos ejemplos de crisis en los incentivos judiciales, ya sea por influencia política o económica.

Ejemplo XIV: La determinación del fuero y la influencia política sobre los Jueces.

El Juicio de Estricto Cumplimiento del Contrato promovido por el GDF ante un juez local de su misma jurisdicción política y territorial, es un buen ejemplo de la influencia del poder político sobre la actividad del juez. La increíble premura en la resolución y el posible sesgo en la resolución son testimonio de la presión política sobre los juzgadores. El Juicio Estricto Cumplimiento del Contrato del que conoció el Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal (juez local), tuvo por objetivo la declaración judicial de la obligación a cargo del Consorcio a realizar todos los trabajos necesarios para la culminación total de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, aún y cuando resultaran de mayor valor del indicado en el Contrato de Obra Pública, hasta su terminación y puesta en servicio, de conformidad con la naturaleza jurídica del Contrato de Obra Pública y sus cláusulas.⁶⁴⁰

⁶³⁹ *Ibidem.* 14.

⁶⁴⁰ Juicio Ordinario Civil Local 346/2014. Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal. Op. Cit. nota al pie 574.

La intención del GDF al iniciar este juicio fue obtener una resolución judicial previa a que se resolviese el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias promovido por el Consorcio y del que conocía el Juzgado Décimo de Distrito Civil (juez federal), ya que ello implicaría que el conflicto entre las partes sería cosa juzgada y el juicio promovido por el Consorcio quedaría sin materia. Curiosamente una vez admitido el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias, el procedimiento del Juicio Estricto Cumplimiento del Contrato se aceleró y el mismo día que se celebró la audiencia de juicio, el Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal dictó sentencia favorable al GDF. Además de ser una práctica del todo inusual (jamás se dictan sentencias de manera tan expedita) coincidió justamente con el plazo que tenía el GDF para dar contestación a la demanda interpuesta con el Consorcio, con el fin de dejar sin materia el juicio. Esto no ocurrió, ya que la sentencia fue impugnada, por lo que no podía ser considerada cosa juzgada.⁶⁴¹

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de los juicios emprendidos por las partes y las teorías de Posner, Cabrillo y Fitzpatrick sobre la imparcialidad de los jueces, y los intentos de influenciar sus resoluciones.

El ejemplo anterior revela cierto sesgo del Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal en favor del GDF, sus tiempos e intereses y deja de manifiesto la crisis de incentivos que genera la presión política en los juzgadores, lo que ocasiona que estos cedan ante los intereses de organismos con poder político.

Ejemplo XV: La determinación del fuero y la influencia del poder económico sobre los Jueces.

En contraparte al ejemplo anterior, se encuentra el Juicio vs la Liquidación y Finiquito del Contrato con muestra de la influencia económica del Consorcio sobre un juez federal administrativo, quién posibilitó el retraso del juicio a fin de que la fianza de cumplimiento de contrato por \$1,200 millones de pesos (alrededor de 73.3 millones de euros),⁶⁴² expirara mientras se tramitaba dicho juicio de amparo, en perjuicio del GDF.

⁶⁴¹ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Local 346/2014, promovido por el GDF contra el Consorcio, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio Estricto Cumplimiento del Contrato), del que conoce el Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal (Juez Local). Véase Juicio Ordinario Civil Local 346/2014. Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal. Op. Cit. nota al pie 574.

⁶⁴² Contrato de Obra Pública. Op. Cit. nota al pie. 303.

El Juicio vs la Liquidación y Finiquito del Contrato, promovido por el Consorcio mediante el cual reclamó la ilegalidad en la emisión de la Liquidación y Finiquito del Contrato, fue tramitado ante el Juez Décimo Sexto de Distrito Administrativo.⁶⁴³

Este juicio fue promovido por el Consorcio con la finalidad de combatir la Liquidación y Finiquito del Contrato hechos por el GDF, mediante la cual reclamó al Consorcio el pago de \$2,177 millones de pesos (alrededor de 131 millones de euros), en virtud de obras no ejecutadas, mal ejecutadas, vicios ocultos, entre otros. Existieron dos características que ponen de manifiesto el favoritismo del Juez Décimo Sexto de Distrito Administrativo: (i) concedió la suspensión definitiva del acto reclamado (el cobro de la liquidación mediante la ejecución de la fianza), para lo cual aceptó como garantía del Consorcio la propia póliza de fianza otorgada para el cumplimiento del Contrato de Obra Pública, la cual no era el medio idóneo para garantizar dicho juicio; y (ii) otorgó prorrogas al Consorcio para el desahogo de pruebas no relevantes y poco relacionadas con la Litis, mismas que finalmente no fueron valoradas por el Juez, ya que el Consorcio se desistió de ellas.⁶⁴⁴

Esta táctica dilatoria tenía dos objetivos: (i) que la fianza otorgada para garantizar el cumplimiento del Contrato de Obra Pública perdiese vigencia y no pudiera ser cobrada por el GDF⁶⁴⁵; y (ii) que en caso de que se otorgara el amparo y se dejase insubsistente la liquidación unilateral del Contrato de Obra Pública, el GDF se viese impedido a emitir una nueva liquidación, ya que se encontraba sujeto a un plazo determinado por el artículo 57 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal.

⁶⁴³ Juicio de Amparo Indirecto 1773/2014. Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa. Op. Cit. nota al pie 547.

⁶⁴⁴ *Ibidem*. Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio de Amparo Indirecto 1773/2014, promovido por el Consorcio reclamando la liquidación del Contrato de Obra Pública, mediante la aplicación del artículo 57 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal (Juicio vs la Liquidación y Finiquito del Contrato), cuya inconstitucionalidad se reclama, del que conoce el Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal (Juez Federal).

⁶⁴⁵ El 1 de octubre del 2014 el Juez Décimo Sexto de Distrito Administrativo concedió la suspensión definitiva para el efecto de que el GDF se abstuviese de ejecutar, por cualquier medio, en el patrimonio de ICA, Carso y Alstom la liquidación reclamada, así como, hacer efectivas las garantías otorgadas (fianza) en relación con el Contrato de Obra Pública, hasta que se resolviese el juicio de amparo. El Juez determinó que no era necesario que el Consorcio garantizase dicha suspensión ya que el Contrato de Obra Pública se encontraba garantizado mediante fianza. La fianza que garantizaba el cumplimiento del Contrato de Obra Pública expiró a principios del mes de mayo de 2015, siendo que el Consorcio no volvió a garantizar la suspensión, por lo que ésta quedó sin efectos. Esto puso de manifiesto que la intención de la suspensión era principalmente que la fianza que garantizaba el Contrato de Obra Pública expirara, y con ello complicar la ejecución de la liquidación unilateral del GDF. Véase Juicio de Amparo Indirecto 1773/2014. Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa. Op. Cit. nota al pie 547.

En el caso concreto el Consorcio logró estos dos objetivos, el último de ellos mediante la sentencia dictada por el Juez Décimo Sexto de Distrito Administrativo el 11 de septiembre de 2015, en dónde se declaró insubsistente la liquidación unilateral hecha por el GDF, siendo imposible emitir una nueva debido a que sus facultades habían caducado.⁶⁴⁶

Sentencia del Juez Administrativo donde declara que después del proceso judicial transcurrió el plazo para emitir la liquidación:

En tales condiciones, procede otorgar el amparo y protección de la Justicia Federal, cuya consecuencia directa e inmediata es la insubsistencia del oficio de liquidación unilateral de diecinueve de septiembre de dos mil catorce y todas sus consecuencias, como el acta de finiquito unilateral de cinco de diciembre de esa anualidad.

Lo anterior, sin que la autoridad quede en posibilidad de subsanar tal irregularidad, pues el artículo 57 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, establece un plazo perentorio de cien días hábiles posteriores a la fecha de recepción de los trabajos, el que de conformidad con lo expuesto en el oficio **, de diecisiete de septiembre de dos mil catorce, concluyó el diecinueve de septiembre de esa anualidad, por lo que si la liquidación declarada inconstitucional se emitió ese último día, resulta indudable que transcurrió el plazo para hacerlo, resultando evidente que las facultades de la autoridad para cumplir con el procedimiento que establece el artículo citado caducaron, al no existir jurídicamente la posibilidad de cumplir con tal procedimiento.

Por tanto, al haber transcurrido el plazo máximo de cien días hábiles a partir de la recepción de la obra pública, para que el Proyecto Metro del Distrito Federal efectuara la liquidación de la obra, atendiendo al procedimiento que establece el

⁶⁴⁶ El 1 de octubre del 2014 el Juez Décimo Sexto de Distrito Administrativo concedió la suspensión definitiva para el efecto de que el GDF se abstuviese de ejecutar, por cualquier medio, en el patrimonio de ICA, Carso y Alstom la liquidación reclamada, así como, hacer efectivas las garantías otorgadas (fianza) en relación con el Contrato de Obra Pública, hasta que se resolviese el juicio de amparo. El Juez determinó que no era necesario que el Consorcio garantizase dicha suspensión ya que el Contrato de Obra Pública se encontraba garantizado mediante fianza. La fianza que garantizaba el cumplimiento del Contrato de Obra Pública expiró a principios del mes de mayo de 2015, siendo que el Consorcio no volvió a garantizar la suspensión, por lo que ésta quedó sin efectos. Esto puso de manifiesto que la intención de la suspensión era principalmente que la fianza que garantizaba el Contrato de Obra Pública expirará, y con ello complicar la ejecución de la liquidación unilateral del GDF. Véase Juicio de Amparo Indirecto 1773/2014. Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa. Op. Cit. nota al pie 547.

artículo 57 de la Ley de Obras Públicas del Distrito Federal, resulta indudable que caducaron sus facultades para hacerlo.⁶⁴⁷

La sentencia antes referida fue impugnada por el GDF, por lo que al momento de elaboración del presente documento no tenía el carácter de “ejecutoria” o cosa juzgada,⁶⁴⁸ pero de confirmarse este criterio, el GDF perdería su derecho a reclamar 2,177 millones de pesos debido a formalismos jurídicos que fueron utilizados en favor del Consorcio.

Fuente: Elaboración propia a partir del análisis de sentencias judiciales aplicando las teorías de Posner, así como Cabrillo y Fitzpatrick.

El ejemplo anterior, basado en evidencia empírica muestra como los sistemas civilistas (en este caso el mexicano) tienden a ser en exceso formalistas. Por lo que muchos asuntos se resuelven por cuestiones de forma y no de fondo, es decir sin atender a la asignación de derechos y menos aún a la eficiencia económica de la resolución o la maximización de la riqueza de la sociedad. Sin duda alguna el AED puede contribuir a mejorar la eficiencia económica en la impartición de justicia, sin dejar de lado los principios fundamentales del derecho.

Asimismo, en los sistemas jurídicos civilistas, como lo es el mexicano, debe cuidarse que en la implementación de las teorías del AED no se produzcan contradicciones con el derecho o abusos, ya que puede generar incentivos perversos en las partes. En el caso concreto, el Consorcio tiene dos estrategias jurídicas contradictorias entre sí, ya que por una parte en el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias pretende que el GDF sea considerado como un particular y juzgado conforme a leyes civiles, en las que tiene plena libertad de actuación y puede obligarse más allá de lo señalado en la norma administrativa, mientras que en el Juicio vs la Liquidación y Finiquito del Contrato solicita la estricta aplicación de la ley administrativa, exigiendo que el GDF sea juzgado como autoridad, lo que implica que solo pueda hacer aquello que le está permitido. Esta doble estrategia beneficia particularmente al Consorcio, pero de lograr su cometido perjudicará al bienestar social, ya que al tratarse de una misma controversia debería juzgarse bajo los mismos criterios para lograr resultados eficientes desde el punto de vista económico, considerando asimismo los criterios de justicia y equidad, los cuales según se demostró en ejemplos anteriores, pueden ser compatibles con los criterios económicos.

⁶⁴⁷ Sentencia del 11 de septiembre de 2015, dictada por el Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal dentro del expediente 1773/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre de 2016. <<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

⁶⁴⁸ Las partes tramitaron recurso de apelación y hasta el 20 de octubre del 2016, no se había resuelto. Juicio de Amparo Indirecto 1773/2014. Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa. Op. Cit. nota al pie 547.

Por otra parte, más allá de la estrategia legal del Consorcio, puede observarse cierta inclinación del Juez Décimo Sexto de Distrito Administrativo de favorecer a éste, lo que deja de manifiesto la crisis de incentivos que genera la presión de los agentes económicos en los juzgadores, lo que ocasiona que estos cedan ante sus intereses particulares.

Los ejemplos citados anteriormente explican el actuar de las partes en el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias, en dónde ha existido una larga lucha por determinar la competencia en razón de fuero, ya que ello implicaría que un Juez Federal o uno Local conociesen del asunto, viéndose las partes beneficiadas dependiendo del fuero del juez que conociera el caso.⁶⁴⁹ El Consorcio pretende que sea un Juez Federal el que conozca del asunto, ya que existen de precedentes legales similares al caso concreto, en los que un Juez Federal ha fallado a favor de los intereses de la empresa contratista. Por su parte, el GDF busca que sea un Juez Local el que resuelva el asunto, tal vez con la intención de poder influir en el criterio del Juez dentro de su propia jurisdicción.

Actualmente el Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias está suspendido en virtud del conflicto competencial en razón del fuero planteado por el GDF, el cual a la fecha continúa en trámite ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁶⁵⁰ Las partes han tramitado un par de decenas recursos,⁶⁵¹ a fin de determinar la competencia en razón de fuero, lo que ha significado un incremento en los costes de transacción y una ineficiencia económica para el Estado, como lo explican en la teoría Cabrillo y Fitzpatrick.⁶⁵² Parece que el sistema jurisdiccional mexicano, como muchos otros civilistas, no da los incentivos correctos a las partes litigantes a fin de solo se tramiten los recursos que verdaderamente pueden cambiar el sentido de una resolución o acto judicial, siendo el Estado quien absorbe el coste del abuso del sistema legal, ya que no existe una condena en costes judiciales verdaderamente eficiente, que limite el abuso de las partes.

⁶⁴⁹ Información obtenida del análisis de las actuaciones públicas del Juicio Ordinario Civil Federal 326/2014, promovido por el Consorcio contra el GDF, reclamando el pago de obra extraordinaria (Juicio para el Pago de Obras Extraordinarias), del que conoce el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal (Juez Federal). Véase Juicio Ordinario Civil Federal, tramitado ante el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 326/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre 2016. <<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

⁶⁵⁰ Véase comunicado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación “Resuelve Primera Sala Recurso de Reclamación sobre Conflicto Competencial en Juicio por Línea 12 del Metro”. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 13 de julio de 2016. Web. Consultado el 14 de agosto de 2016. <<http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/login/comunicado.asp?id=4354>>

⁶⁵¹ Un esbozo de los múltiples recursos presentados se puede observar en este capítulo en lo referente a la lucha por el fuero.

⁶⁵² Cabrillo. Op. Cit. nota al pie 43.

CONCLUSIONES

4.1. El teorema

El llamado “teorema” de Coase expuesto en su artículo *“The Problem of Social Cost”*, es la piedra angular del análisis económico de derecho, sin embargo, el calificativo de “teorema” no es correcto, pues sus premisas no son proposiciones demostrables siempre. George Stigler, fue el que le dio este adjetivo calificativo, intencionadamente para darle un timbre que sonara a “infalible”, comparándolo con los modelos matemáticos. Teorema se traduce según el Diccionario de Oxford como “proposición matemática demostrable a partir de axiomas o de proposiciones ya demostradas”.⁶⁵³ El calificativo de teorema se usa en las matemáticas para fórmulas incontestables, como el universalmente conocido teorema de Pitágoras, que encierra una verdad irrefutable al establecer “que la suma del cuadrado de los catetos de un triángulo rectángulo es igual al cuadrado de la hipotenusa”. Siendo que las proposiciones de Coase ni han sido demostradas, ni constituyen una fórmula matemática infalible, esta teoría no debería ser considerada y menos calificada de teorema. En palabras de Jiménez San Vicente:

“esta teoría está muy lejos de ser una teoría aplicable universalmente. A fin de cuentas, hasta que no sean demostrables en la generalidad de sus resultados, no deja de ser como las demás una simple y llana teoría,⁶⁵⁴ que de acuerdo al Diccionario de Oxford es: “un razonamiento, a menudo sin base lógica ni científica, para explicar un suceso, un fenómeno u otra cosa, o un modelo racional y complejo para intentar explicar un fenómeno social muy complejo.”⁶⁵⁵ Por lo antes expuesto, el mal llamado “teorema de Coase”, no deja de ser un modelo racional que intenta explicar un fenómeno social muy complejo”.⁶⁵⁶

4.2. El uso del lenguaje (Eufemismos)

El AED está repleto de términos imprecisos o eufemismos que confunden al lector, sobre la verdadera intención de los argumentos. El lenguaje de esta teoría causa confusiones lingüísticas y terminológicas. Coase en *The Problem of Social Cost* es muy crítico con Pigou, pues además

⁶⁵³ Definición de teorema de acuerdo al Diccionario de Oxford, programa informático.

⁶⁵⁴ Teoría etimológicamente viene del griego *“theoria,”* que significa contemplación o meditación.

⁶⁵⁵ Definición de teoría de acuerdo al Diccionario de Oxford, programa informático.

⁶⁵⁶ Jiménez San Vicente, Armando. “Desestructurando el teorema de Coase”. Op. Cit.

de criticar severamente su teoría sobre la intervención del Estado como corrector de los fallos del mercado, condena su uso del lenguaje calificándolo de “inconsistente” y de “estar alejado del mundo real”.⁶⁵⁷ Paradójicamente ambos argumentos en contra de Pigou, se pueden aplicar al trabajo de Coase, que utiliza frecuentemente eufemismos,⁶⁵⁸ como “el problema del coste social”, “resolución socialmente óptima”, o “negociación mutuamente beneficiosa”, que difieren en significado a las interpretaciones coloquiales.

El Problema del Coste Social

Esta expresión en el teorema de Coase, no se refiere realmente al impacto social y económico de la ley, sino a la minimización de los “costes” de la empresa en los casos de externalidad. El título del artículo que da origen a la teoría es engañoso, “*The Problem of Social Cost*”, pues pareciera indicar que el artículo se refiere al coste que tiene en la sociedad cierta la ley y la interpretación de la misma, cuando realmente se refiere al problema que tienen las empresas en virtud de los costes de transacción, y el coste adicional que tiene resolver la externalidad por la vía judicial, cuando esta incluye resarcir el daño causado. Al utilizar las palabras “problema social”, uno esperaría que se estudiara la causa-efecto y se explicara claramente la correlación existente, particularmente aportando fórmulas sobre el impacto en la sociedad y es precisamente lo que se excusa de hacer por considerarlo complicado. Solo se insinúa que la sociedad pierde más, sí no se permiten actividades que generan externalidades, sin proponer ninguna fórmula que asegure que solo aquellas actividades “óptimas” se lleven a cabo. Una premisa que la evidencia muestra está muy lejos de ser universal, por lo contrario, se presenta en verdaderos casos de excepción. La segunda premisa del teorema argumenta que es indudable que la utilidad del generador de la actividad es más valiosa que resarcir el daño causado, pues la sociedad en general se beneficia. Dicha premisa es insostenible, particularmente si el mismo Coase reconoció que elaborar un modelo sobre el beneficio o impacto negativo de la actividad económica nociva en la sociedad en general es muy complejo de establecer. Sin embargo, se considera a priori que frecuentemente es más beneficiosa la utilidad de la empresa para la sociedad, que el daño a esta y la víctima directa. La premisa de la teoría es que la sociedad sale ganando al mantener el nivel de producción o la actividad económica. El grave problema de sobrecalentamiento global existe debido a esta visión de las empresas contaminadoras.

⁶⁵⁷ Coase califica los argumentos de Pigou de confusos (sic), porque dice que algunos sistemas de compensación pueden agrandar la divergencia entre productos social y privado, pero no bajo qué condiciones. El economista va más allá y critica que, aunque se sigue la teoría de Pigou, ésta cada vez se distancia más del mundo real. Ver Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63.

⁶⁵⁸ Palabra o expresión más suave o decorosa con que se sustituye otra considerada tabú, de mal gusto, grosera o demasiado franca, según el Diccionario de Oxford, programa informático.

Resolución social óptima

Los actos óptimos son aquellos que su utilidad es superior a sus efectos externos. ¿Pero cómo saberlo, si no se miden también los efectos nocivos en la sociedad? La teoría sostiene que cuando no se logre el resultado óptimo (basado en costes de la empresa principalmente) se debe buscar la reasignación de derechos a través de la negociación o la resolución judicial. Entonces, la resolución óptima (por negociación o resolución judicial) debe considerarse como un problema de maximización parcial de bienestar social.⁶⁵⁹ Por consiguiente, el concepto de la teoría conocido como “resolución socialmente óptima”, no significa que beneficie a la sociedad en su conjunto, sino que sea mayor el beneficio de mantener la producción o la actividad económica que el daño que está causando en el tercero, ni siquiera considera el impacto negativo que está causando a la sociedad en general. La teoría sostiene que la forma en que se beneficia la sociedad, es mediante una negociación sin fricción, donde la parte dañada consigue una situación relativamente mejor a la que se encuentra y el generador de la actividad nociva, le sea lo menos costoso resolver la externalidad.

El término “resolución socialmente óptima”, puede resultar un término engañoso, pues no significa que beneficie a la sociedad, ni siquiera que compense los daños causados, sino que implique un menor costo de mitigación o resolución de la externalidad, minimización del coste para la parte causante del daño, suponiendo con esto que es económicamente eficiente por que se genera riqueza y eso beneficia a la sociedad en general. Cuando realmente el que se está beneficiando es el productor de la actividad, el causante del daño no realmente la sociedad en general. Para ser un modelo que busca centrarse en determinar aquello que le beneficia a la eficiencia economía, desconoce el impacto negativo que tiene en la economía la afectación y como esta impacta a otros agentes económicos, haciendo que en la gran mayoría de los casos en los que Coase considera económicamente eficiente, cuando se incluyen otras variables no se sostiene el argumento.

Negociación mutuamente beneficiosa

De acuerdo a la teoría de Coase para lograr la maximización bienestar social debe permitirse la reasignación de derechos cuando estos no conduzcan a un resultado óptimo, ya sea a través de la negociación o de la intervención judicial. En el caso de Shavell explica que la suma de las utilidades como medida de bienestar social, se maximizará mediante la negociación sin fricción

⁶⁵⁹ Shavell, 81 Op. Cit. nota al pie 81.

a pesar de la presencia de externalidades. Coase explica que la negociación sin fricción tendrá éxito siempre que exista un acuerdo mutuamente beneficioso, aunque el beneficio de una de las partes sea relativo y no implica el resarcimiento del daño.

La teoría del AED abusa de los eufemismos, “mutuamente beneficiosa”, y “sin fricción” para la negociación pues no significa que sea beneficiosa para ambas partes, ni que se dé en términos equilibrados, como el lenguaje pareciera indicar. El concepto “sin fricción”, no es que se de en términos amigables o de beneficio entre las partes, sino que no sea costosa llevarla a cabo, y que cuando ésta se alcance, forzosamente signifique que la resolución de la externalidad sea menos costosa a la parte que la generó que resarcir el daño causado. La teoría dice que mediante la negociación “sin fricción”, se logran acuerdos “mutuamente beneficiosos”, que buscan cambios que maximicen la suma de sus utilidades de las partes, ya que es mejor que cuando las partes actúan solo en su propio interés (aunque el causante del daño se encuentra claramente negociando por reducir sus costes).

Cabe resaltar que este supuesto acuerdo mutuamente beneficioso, se refiere simplemente a una mejora relativa frente al daño causado. No significa que salgan ganando las dos partes, ni que se beneficien con la negociación, o que el que sufrió el daño regrese a su situación anterior. En la mayoría de los ejemplos de Coase, la parte afectada por la actividad económica no ve resarcir su daño. Shavell cometa que es necesario recordar que el objetivo de la teoría es la “resolución de externalidades” lo que supone que la externalidad existe y generó un daño, por lo que las partes negociarán a fin de reducirlo y evitar daños futuros,⁶⁶⁰ no de resolver el daño ya causado. La teoría asume que la víctima asuma la pérdida. Desde la perspectiva de la teoría, no es necesario que la víctima de la externalidad sea resarcida en su daño, ya que ésta experimentará un beneficio con la simple reducción de este.

Shavell como Coase y Posner, afirma que, aunque la negociación no maximice el bienestar social, siempre lo incrementa.⁶⁶¹ Lo que no es necesariamente cierto, pues que se mejore la utilidad de la parte que generó el daño, no necesariamente genera más riqueza o beneficia a la

⁶⁶⁰ Resulta poco probable que los causantes y las víctimas se reúnan para evitar “posibles daños futuros”, ya que existen numerosas situaciones en las que no hay impedimento alguno para que las partes realicen este tipo de negociaciones y, sin embargo, esto no constituye una práctica común. La teoría está concebida para prevenir futuras externalidades, ya que una vez que se presenta el daño, las partes tienen incentivos para negociar con el objetivo de reducirlo y evitarlo en el futuro.

⁶⁶¹Shavell, 81 Op. Cit. nota al pie 85-86.

sociedad en lo general. Lo único que es definitivo es que beneficia la utilidad y la acumulación de la riqueza de quién causo el daño.

Reciprocidad

Con independencia de cualesquier que sea la distribución de derechos de propiedad final con la negociación, Coase reclama “reciprocidad” en ambas partes a la hora de solucionar el problema de la externalidad, tanto del productor de la actividad y como del receptor del daño, exhortándolos a participar en la negociación. Coase interpreta “reciprocidad” como que ambas partes son corresponsables en resolver la externalidad, cuando claramente en términos jurídicos la responsabilidad de hacerlo recae en aquel que causo el daño. Por otro lado, no considera la necesidad de “reciprocidad”, cuando se refiere a la utilidad que obtuvo el causante del daño con la actividad productiva. La probada utilidad debería ser compartida con aquel que involuntariamente participo en la misma sufriendo un daño. Si es reciproco en la solución del problema, lo debería de ser igualmente en el beneficio generado por la actividad.⁶⁶²

4.3. La fórmula matemática utilizada

Posner califica las fórmulas de Coase de isomorfismo, entendido como modelos que caracterizan matemáticamente a las teorías expuestas. Con éste método que asemeja a las matemáticas y la física, los economistas buscan darle a las ciencias económicas el carácter de leyes universales e infalibles, que solo encontramos en las ciencias duras. Sin embargo, toda fórmula arrojará ciertos resultados dependiendo de las variables que se incluyan en la misma. En un análisis detenido de las variables matemáticas incluidas en la fórmula de Coase, uno puede percatarse inmediatamente que la variable de utilidad de la actividad generadora de la externalidad no está incluida, a pesar de ser el objetivo primordial de la función matemática asegurar que únicamente se lleven a cabo los actos óptimos, los actos eficientes, aquellos que aumenten la riqueza en términos netos. Los ejemplos presentados en esta tesis muestran la necesidad de ajustar las variables de las fórmulas cosianas, y cómo variables consideradas como irrelevantes (la asignación original de los derechos) pueden tener un impacto muy significativo en el resultado final de la ecuación matemática.

Adicionalmente, el modelo de Coase se enfoca solamente en el coste de prevención de la externalidad, por lo que no es un modelo útil para determinar si la utilidad de la empresa es

⁶⁶² Ver crítica de Jiménez San Vicente, en Jiménez San Vicente. *Desestructurando el Teorema de Coase*. Op. Cit. nota al pie 139; y Miró Rocabalano. Op. Cit. nota al pie 424.

mayor al daño causado; como da por hecho la teoría. Para una fórmula matemática que busca determinar el impacto de una resolución de externalidad en el mercado, sorprende que la ecuación no pondere el valor del daño causado a la contraparte, el impacto económico en la parte que sufrió el daño, así como el impacto del daño en la economía en general. Por lo que, no se puede asumir como cierto e irrevocable que ésta actividad haya tenido un verdadero impacto positivo en la economía, con la información parcial y limitada de la utilidad de la parte productiva.

Coase escribió lo que parece una contradicción en su artículo, al señalar que uno de los principales objetivos de su teoría era determinar (a través de un modelo de coste-beneficio) el verdadero impacto de la actividad en la economía, proponiendo una serie de fórmulas para medir el impacto de las resoluciones judiciales, y luego concluir que medir el impacto total de la actividad era en extremo complicado. Sorprende que no dudo en darle un valor económico de cero a ciertas máximas de derecho, o excluir de las variables ciertos derechos considerados como inalienables para la disciplina jurídica. Determinar el valor de los derechos de propiedad en términos económicos era lo que constituía un verdadero reto, y no se ha presentado una teoría universal que haya sido aceptada por la comunidad académica en general. Como economista Coase conocía que, sí se puede medir el impacto de la externalidad en la economía en general, aunque no deja de ser complejo, ya que se viene haciendo desde hace muchos años. Por ejemplo, en los casos de *antitrust* donde se determinan los impuestos o gravámenes a imponer en un producto que está entrando de manera ventajosa en la economía de un país. Con la información disponible, aunque no se conozcan las políticas de subsidio del país de origen, se pueden redefinir el precio del producto, imponiéndole una alta tasa de aranceles para que compense el subsidio escondido en el precio de venta, y así pueda competir en igualdad de circunstancias con los productos locales sin subsidios en el mercado.

Por lo que podemos concluir que faltan variables imprescindibles al modelo de Coase, como se expuso en la parte del análisis de los modelos aplicándolos al caso concreto. Concluyendo que los ejemplos que se presentan en esta tesis muestran como cuando se consideran variables como la utilidad o la reparación del daño, las asignaciones de los derechos originales dejan de ser irrelevantes en términos de eficiencia económica. Recordando al lector, que este no es un objetivo de la tesis, pero que recalca la importancia de abrir el debate sobre las fórmulas del AED.

4.4. La metodología

El análisis en esta tesis se lleva a cabo desde la perspectiva metodológica del AED; entendido como un mecanismo de rectificación de las fallas de mercados, considerando la premisa de que en todo mercado consta la posibilidad de que existan fallas, lo que no son otra cosa que desajustes de precios. Algunos economistas neoliberales sostienen que Coase demostró la existencia de soluciones alternas a la intervención del Estado en el arreglo de los problemas que generan los fallos de mercado, aportando una estrategia alternativa a la piguviana de impuestos, sanciones o regulación.

Las dos metodologías que utiliza el AED para la resolución de las externalidades son: la negociación y la resolución judicial. El teorema de Coase propone estas dos sencillas formas para resolver la externalidad; primero y preferentemente a través de la negociación (una transacción de derechos) y si no se logra un acuerdo entre las partes porque los costes son altos, éstas deberán acudir ante el juez para que éste “reasigne” los derechos de propiedad originales. Sin embargo, la aplicación de los acuerdos coasianos “mutuamente beneficiosos” en la negociación difícilmente tiene una aplicación práctica y no se logran resolver los efectos negativos de la externalidad, tal vez solo prevenirla en el futuro. Por otro lado, en la resolución judicial, se espera que el juez falle usando los razonamientos económicos en vez de los jurídicos, buscando la eficiencia económica a través de la reducción de costes. Posner enfatiza que resultan plenamente aplicables los mecanismos de negociación, transacción y reasignación judicial para la resolución de externalidades basados en los supuestos de incumplimiento dentro del moderno derecho contractual.⁶⁶³

El modelo de AED no constituye un mecanismo de corrección de las fallas concretas de mercado, por el contrario, pareciera que en ocasiones puede promoverlas, incentivando conductas que pueden ser nocivas para la operación de los mercados. La teoría se presenta como un método para la resolución de externalidades, cuando en realidad constituye un modelo de “prevención” no de resolución de los efectos nocivos externos.

La economía busca explicar el comportamiento de los agentes económicos mediante la asignación de un sentido a sus conductas. La progresiva formalización de los supuestos y de

⁶⁶³ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52.

los medios para comprender las conductas de esta teoría es limitada, sobre todo para la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas, como pretende. Las evidencias empíricas presentadas por Coase y Posner no constituyen la base para la formulación de teorías universales, pues se basan en un conjunto muy reducido de supuestos y tratan de asignarle un sentido economicista a un universo muy extenso de conductas humanas, sobre todo en los casos de conflicto.

De acuerdo a sus exponentes esta teoría, la metodología contribuye a generar certidumbre, por su supuesta predictibilidad. Para Coase, la comprensión de estos razonamientos en los jueces y estudiosos del derecho, convierte al AED en un factor incentivador de la conducta legalmente óptima, en la medida que promueve la eficiencia económica, y sirve de parámetro científico racional para los razonamientos del legislador al legislar, para una reconfiguración del ordenamiento jurídico; así como guía para los jueces en la resolución de externalidades. Por lo que, el AED es un instrumento racionalizador de las soluciones jurídicas que genera certidumbre.⁶⁶⁴ Sin embargo, los métodos del AED no tienen el pretendido alcance para dar certidumbre jurídica, por el contrario, la disminuyen. Lo primero que debe haber en el mercado son reglas claras, todo esfuerzo de reasignación derechos, ya sea por negociación o resolución judicial a través de los tribunales, traerán incertidumbre.

El objetivo último de la metodología de la reducción máxima de costes no es compatible con las máximas jurídicas. La eficiencia económica de Coase, o la maximización de la riqueza de Posner, no deben representar el fin último del modelo, mucho menos de la sociedad y del derecho que regula las relaciones entre los individuos y las instituciones sociales. Aunque es importante que el juez evalúe el impacto de la ley y las resoluciones judiciales en la economía y la sociedad; la teoría de costes no debe gobernar el razonamiento legal, tal vez ni siquiera la propia economía; pues el mercado requiere de transacciones (intercambios) libres y ordenados, y no solo de la acumulación ventajosa de la riqueza. El fin último no puede ser la eficiencia económica entendida como la reducción de costes, o la maximización de la riqueza, menos aún si esto conlleva un coste mayor para la sociedad. Ya lo explicó el Profesor de la Universidad de Harvard, Michael Porter, una de las mentes más influyentes en el mundo de los negocios capitalista, al publicar su teoría del “valor compartido” En *Creating Shared Value: Redefining Capitalism and the Role of the Corporation in Society*, Porter concluye que la empresa productiva debe involucrarse de manera activa con la sociedad, buscando el beneficio y la

⁶⁶⁴ Coase. *Economics and Continuous*. 201–211. Op. Cit. nota al pie 97.

prosperidad de la comunidad donde produce y de sus consumidores, pues en las nuevas condiciones de los mercados globales, está en el propio interés de la empresa mantener una buena imagen y relación con sus clientes, proveedores y los vecinos de las zonas donde mantienen actividades productivas. Debe alcanzarse un círculo virtuoso donde se beneficie tanto la sociedad como la empresa para que el modelo sea sustentable.⁶⁶⁵

La lógica económica que excluye a la jurídica, empleada en las resoluciones judiciales no es justa en términos legales, pues no complementa al razonamiento jurídico, sino que contradice muchas de sus máximas jurídicas como la justicia, la certidumbre jurídica, la protección del derecho de propiedad, así como el principio fundamental derecho de resarcir al que ha sufrido un daño. La filosofía del AED no genera incentivos para la conducta óptima de los individuos y de las instituciones creadas por la sociedad, ni siquiera para un modelo de productividad sustentable pues se construye sobre la violación de los derechos de propiedad del otro.

La reasignación de los derechos de propiedad por parte del juez va a generar incertidumbre, por los cambios en la asignación de los derechos originales. El resultado de la sentencia será utilizado por litigantes en casos similares para solicitar el uso de los mismos razonamientos para su caso. Sin embargo, debido a la amplia discrecionalidad del juez en esta teoría siempre existe la posibilidad de que el juzgador utilice otras variables para evaluar el concepto de eficiencia económica (por la libertad que la doctrina otorga al juez para decidir). Así pues, la libre interpretación de la norma y la reasignación de derechos por parte del juez genera mayor incertidumbre jurídica que cuando la norma es clara y los jueces solamente tiene que aplicarla. En nuestro caso en concreto, la empresa constructora ICA líder del proyecto, debido a la incertidumbre por los juicios en litigio, no solo ha perdido credibilidad ante clientes potenciales, sino que sus acciones han tenido una estrepitosa caída en años recientes por el impacto potencial de perder los juicios que actualmente se están litigando.

El método de análisis del AED frente al caso concreto arrojó importantes conclusiones que fueron expresadas en detalle en los capítulos correspondientes, sin embargo, es importante resaltar algunas de las conclusiones alcanzadas en forma de corolario, tanto en la negociación como en la resolución judicial.

⁶⁶⁵ Porter, Michael E. and Mark Kramer. "Creating Shared Value: Redefining Capitalism and the Role of the Corporation in Society". *Harvard Business Review*. Jan. 2011. Printed.

4.5. La Negociación

El teorema de Coase es claro al señalar que “cuando las partes pueden negociar sin coste alguno y en beneficio mutuo, el resultado es eficiente, independientemente de cómo se especifiquen los derechos de propiedad”.⁶⁶⁶ Posner basado en este teorema razonando de manera similar: “cuando los costes de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada (negociación)”.⁶⁶⁷ Así pues, la negociación se convierte en el mecanismo preferente para la resolución de externalidades en el AED. No solo disminuye los costes, sino que se sustenta en uno de los pilares del pensamiento económico neoclásico, la capacidad de realizar transacciones sin dificultad entre las partes para obtener un beneficio. Por lo que el objetivo final del AED debe ser según Posner “defender claramente los derechos de propiedad, haciéndolos transferibles sin dificultad y creando soluciones baratas y efectivas cuando hay un incumplimiento de contrato”.⁶⁶⁸ Sin embargo, se vio a lo largo de los ejemplos del caso, que la defensa de los derechos de propiedad no es muy clara en la teoría del AED, ya que estos pueden ser transferibles al mejor postor, no a quién le asista el derecho.

En la teoría de Coase a los derechos se les otorga un valor o precio, por lo que pueden ser sujetos de una transacción económica. Coase y Posner consideran que las normas jurídicas funcionan como un sistema de incentivos para sus destinatarios y en los cálculos racionales de los sujetos se les asigna un precio (valor).⁶⁶⁹ El precio de algo se entiende como una relación de valor frente a otras opciones, en la cual existe una elección por parte del agente económico. Bajo el precepto de Coase, los derechos del otro tienen un precio y pueden ser adquiridos a través de la negociación. Lo que convierte al modelo de negociación de Coase en una simple compra-venta de derechos, alejada de todo precepto jurídico sobre la naturaleza de los derechos de propiedad. Se sustenta en el hecho de que los derechos de propiedad como los bienes pueden transmitirse a través de un acuerdo de voluntades (negociación). Esto es considerado como una de las mayores aportaciones del AED a la ciencia jurídica pues cambia totalmente la forma de entender los derechos de propiedad, su interpretación y aplicación frente a la ley.

⁶⁶⁶Coase. *The problem*. 33. Op. Cit. nota al pie 63, y Pindyck. 777. Op. Cit. nota al pie 79.

⁶⁶⁷ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 9. Op. Cit. nota al pie 21.

⁶⁶⁸ *Ibidem*. 10.

⁶⁶⁹ En Kluger. 39. Op. Cit. nota al pie 49.

La metodología de la negociación en el AED termina siendo una simple compraventa de los derechos del otro, para evitar la reparación del daño impuesta por vía judicial. En los casos de condiciones de desigualdad de las partes constituye una venta de derechos muchas veces forzada, por la necesidad o las dificultades propias y económicas de acudir a los tribunales a defender el derecho. El Teorema de Coase promueve el acuerdo entre el agente generador y el receptor de externalidades, bajo el supuesto de que el arreglo será “mutuamente beneficioso”, aunque esto no implica que la víctima sea resarcida en su daño y que en ocasiones signifique que tenga que pagar por que el daño no continúe deteriorando su salud o patrimonio. La función del derecho de equilibrar a las partes ante la ley, no está presente en la teoría del AED, donde los desequilibrios entre las partes condicionan el resultado de la negociación. Como se explicó en esta tesis, en aquellos casos donde las partes pueden ir a pelear por sus derechos ante los tribunales, estas no dudarán en hacerlo. Como muestra la evidencia del caso concreto, donde se utilizó el procedimiento conciliatorio para sustentar la demanda en tribunales, y cuyos acuerdos no fueron de mutuo beneficio, como postula la teoría. Concluyendo que cuando exista la alternativa de aumentar el beneficio o la utilidad con la intervención judicial a un bajo coste, la parte afectada siempre buscará hacerlo, inclusive a veces no solo para resarcir su daño, sino para aumentar su utilidad.

El postulado que señala “a quién valore más el derecho” se interpreta de dos formas en la negociación y en la resolución judicial. Cuando estamos hablando del proceso de negociación se entiende como aquel que esté dispuesto a pagar más por los derechos en disputa. Por lo que esta metodología de solución de externalidades le confiere una ventaja a la parte con mayores recursos (riqueza), frecuentemente aquella que ha recibido una utilidad por su actividad productiva. Sin embargo, como se muestra en el caso estudio de esta tesis no siempre funciona la negociación, aunque sea mutuamente beneficioso para las partes llegar a un acuerdo, sobre todo si existe la posibilidad de acudir a los tribunales a reasignar los derechos de propiedad, lo que genera distorsiones en los incentivos de las partes e incertidumbre.

4.6. La Reasignación de Derechos vía judicial

La reasignación de derechos por la vía judicial representa el segundo mecanismo de la metodología del AED para resolver las externalidades. De acuerdo a la teoría la tarea del juez es remodelar la estructura existente de los derechos de propiedad. Posner escribió: “la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres y, en áreas en donde los costes de transacción en el mercado son prohibitivos, “imitar al mercado”, estableciendo el resultado que

podría esperarse si las transacciones en él fueran factibles”.⁶⁷⁰ La premisa básica de la teoría es que el juez debe imitar a las operaciones del mercado, donde gobierna la utilidad y la reducción de costes. Sin embargo, esta visión de la intervención del poder judicial en la resolución de la externalidad se aparta de las máximas del derecho.

Para Posner uno de los dos corolarios del Teorema de Coase, se refiere a que cuando los costes de transacción son altos, entonces el rol del derecho a través de los jueces, debe simular la asignación de recursos en razón de quién los valore más. El jurista explica que “a pesar de los mejores esfuerzos del Derecho, los costos de transacción del mercado siguen siendo altos, el Derecho debería simular la asignación de recursos del mercado asignando a los derechos de propiedad en favor de los usuarios que más los valoren”.⁶⁷¹ En el proceso judicial, se deberá entender que quien valora más los derechos es aquel a quien le es más costoso resolver la externalidad, por lo que será su contraparte quien deberá asumir el costo de la resolución, minimizando teóricamente los costes. Por consiguiente, el fallo judicial beneficiará a la parte cuyo coste de resolución sea más elevado y responsabilizará a la otra de solucionar la externalidad, aún y cuando ésta pueda ser la misma víctima.

Para la teoría del AED, los jueces deben resolver las controversias por externalidades no en base a los principios tradicionales del derecho como la justicia, compensación o reparación del daño, sino en virtud del mínimo coste posible para resolverla en el futuro, lo que no incluye fallar sobre el pasado y reparar el daño causado. El autor considera que, al convencer al juez de dictar sentencia en este sentido de futuro, se promueve la eficiencia económica, además de dejar que los agentes encuentren la forma más barata en términos de costes para resolver la externalidad.

El tema de los costes está estrechamente vinculado con el supuesto de la resolución judicial, pues el juez debe dictar su fallo conforme a quién le sea menos costoso resolver la externalidad. La teoría del AED supone que los jueces deberán identificar “las doctrinas, procedimientos e instituciones para lograr el objetivo de minimizar los costes de transacción del mercado”.⁶⁷² Esto se logra a través de la resolución judicial donde el juez debe “imitar” en su fallo, como se hubiera resuelto el conflicto bajo las reglas del libre mercado.

⁶⁷⁰ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 121. Op. Cit. nota al pie 52.

⁶⁷¹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 14. Op. Cit. nota al pie 21.

⁶⁷² *Ibidem*. 13.

Estos razonamientos de la teoría del AED rompen con los principios básicos del derecho, alejándolo de los límites doctrinales legales. Para Posner la labor del juez será la de “explicar (lo entiende el autor como aplicar) la racionalidad económica de las reglas y las prácticas: simplificar el análisis legal rompiendo los límites doctrinales”.⁶⁷³ La reasignación judicial de derechos basada en los costes para resolver la externalidad se aparta de los principios de justicia que deben gobernar al sistema judicial, quitándole a la víctima el derecho a ser resarcido en su daño, por el de proteger las utilidades de la actividad económica (frecuentemente una empresa industrial). La máxima economicista a perseguir es minimizar los costes no la de hacer justicia. La teoría evita la intervención pública encaminada a resarcir el daño, para enfocarse solamente en minimizar los costes a favor de la actividad productiva.

La resolución judicial basada en costes es una estrategia para evadir y minimizar los costes en la resolución de externalidades, que Coase busca institucionalizar, imponiendo criterios economicistas en el razonamiento del juez al momento de dictar sentencia. La teoría del AED invita a los jueces a asumir un relativismo jurídico en que todos los valores comprendidos en el ordenamiento jurídico pueden ser reducidos a preferencias racionales de los individuos, en la forma de transacciones de derechos (compraventa) y de reducción de costes para la actividad productiva a fin de que incremente su utilidad. Recordemos que Posner escribió que la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, a través de una transacción privada. En ese mismo relativismo jurídico se busca que la teoría se aplique a la resolución judicial cuyo objetivo será disminuir los costes para beneficiar la actividad económica productiva.

La hipótesis de la asimilación de la pérdida de Shavell, resultado de la teoría de Coase, muestra esa desvinculación con la protección de los derechos de propiedad, y las máximas del derecho. Desde la perspectiva de la teoría del AED, no es necesario que la víctima de la externalidad sea resarcida en su daño, ya que esta experimentará un beneficio con la simple reducción de este. Es necesario recordar que el objetivo de la teoría es la “resolución de externalidades” lo que supone que la externalidad existe y generó un daño, por lo que las partes negociarían a fin de reducirlo y evitar daños futuros, pero no regresar a las condiciones previas al daño, donde los derechos de la víctima no estaban vulnerados.

⁶⁷³ *Ibidem.* 8.

Esta teoría es diametralmente contraria a la tradición jurídica, en la que los que causan daño deben compensarlo. La teoría de la resolución óptima a través de la negociación es indiferente a si al causante del daño se le puede asignar responsabilidad o no. Ya que defiende la teoría que inclusive en un escenario de responsabilidad se puede alcanzar una resolución óptima a través de la negociación, a la que según la teoría llegarán espontáneamente las partes.⁶⁷⁴ Sin embargo, la negociación solo es aceptable para el agente causante del daño si esta le representa un ahorro frente al pago potencial del daño y solo si es nulo o muy bajo el coste de llevar a cabo la negociación. En el supuesto de que la negociación le implique un coste significativo al causante del daño, este preferirá resolver la controversia ante los tribunales; asegurándose de que con independencia de cómo estén originalmente la distribución de derechos de propiedad, estos puedan reasignarse en los tribunales.

Lo mismo sucede en la resolución judicial, donde la teoría promueve que el juez sustente sus razonamientos en términos de eficiencia económica, que se traduce sencillamente en solucionar la externalidad en base a quién le es menos costoso resolverla y no en base a quién le asiste el derecho, lo que ocurre la interpretación convencional de la ley. Existe asimismo en la teoría, un cierto halo de desconfianza en que la víctima exagera los daños causados, pero no se cuestiona la posibilidad de que el causante del daño pueda abusar de su posición de ventaja en una negociación de los derechos, máxime si no se le hace responsable de resarcir el daño. Ni de que la preocupación única del causante del daño sea generar utilidades, inclusive sobre los derechos de terceros.

El riesgo que crea el uso de la función del juez conforme a la teoría del AED es abrir una puerta para la reasignación de derechos, que no solo genera mayor incertidumbre a las partes, sino que puede causar nuevas externalidades en el mercado, ineficiencias económicas, y un método costoso para las partes, el Estado y la sociedad en general, contradiciendo el principio que le da origen de la minimización de los costes. Por otro lado, si se trata de generar certidumbre, puede ser que termine haciendo precisamente lo contrario, al crear un sistema judicial que beneficie primero la utilidad sobre la justicia.

La posibilidad de que exista la reasignación de derechos a través del juicio siempre generará incentivos para que una de las partes acuda a tribunales buscando maximizar su utilidad más allá de lo razonable, como lo vimos en el caso concreto. Si como dice la teoría los actores

⁶⁷⁴ Véase Coase. *The problem*. 1-44. Op. Cit. nota al pie 63, y Coase. *Economics and Contiguos*. 201-211. Op. Cit. nota al pie 97.

económicos son racionales y egoístas al buscar siempre maximizar su utilidad, entonces no tiene sentido la negociación como resolución óptima para la externalidad, ya que siempre que se pueda conseguir más acudiendo a los tribunales las partes lo harán interesada y racionalmente.

4.7. El Sistema Judicial y el rol de los jueces

Posner defiende la presunción de Coase de que los jueces pueden objetivamente identificar y aplicar en sus resoluciones aquellas medidas que contribuyan a una mejor eficiencia económica, que la abstracción de la ley. Argumentando que los jueces deberán tener el poder discrecional de seleccionar entre las medidas de corrección o prevención necesarias, sopesando los costes y beneficios de sus decisiones.⁶⁷⁵ Sin embargo, otorgarle tanto poder discrecional a los jueces no está exento de riesgos, ya que pueden ser susceptibles de ser influenciados por el poder económico y político, como advierte el propio Posner.

Coase, Shavell y Posner ponderan los beneficios de los sistemas legales del *common law* (derecho jurisprudencial) que le otorgan al juez una mayor facultad discrecionalidad, y por ser un sistema más común en las economías desarrolladas. Sin embargo, no se puede ignorar el hecho, de que los grupos de interés económico están más organizados y son más poderosos en las economías desarrolladas, y que buscarán a través de los medios a su alcance, influir en las decisiones de los jueces que tengan implicaciones económicas para su sector o industria. El propio Posner describe los riesgos de la influencia económica y política sobre los jueces, y su repercusión en la economía. El jurista que es un juez federal en los Estados Unidos, advierte de una serie de condiciones que marcan negativamente el sistema de mercado en las naciones con sistemas legales ineficientes y sugiere acciones concretas para mantener la independencia judicial y evitar la corrupción.

Cabrillo y Fitzpatrick también se refieren a la independencia judicial y a los intentos de manipulación e influir en las decisiones judiciales:

El principio de la independencia judicial es violado con frecuencia en muchos países en vías de desarrollo. Muchos medios son sutiles y pueden implicar la manipulación del presupuesto judicial, pero algunos son bastante evidentes, y

⁶⁷⁵ Posner. *What do Judges Maximize*. Op. Cit. nota al pie 92 y Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52.

pueden venir en forma de postulaciones a puestos judiciales basados en fidelidades partidistas u otras lealtades, amiguismos y beneficios, el soborno, o disciplinar a los miembros del poder judicial que no siguen la línea que les imponen.⁶⁷⁶

Aunque las críticas de la literatura se centran principalmente en los sistemas legales en los países en vías de desarrollo, todas estas condiciones aplican tanto para los países del *common law*, como aquellos de la tradición civilista, germánico-romana. Los retos son los propios de mantener la independencia judicial, son los propios de una democracia y un sistema capitalista de economía de mercado.

La evidencia muestra que los grupos de interés económico son igual o más opacos en el mundo desarrollado que en los países en vías de desarrollo, que tanto critica la teoría. Los riesgos para influir sobre los jueces se presentan tanto en países ricos como pobres, y en tradiciones civilistas o jurisprudenciales. De hecho, el modelo del *common law*, confronta una sensible desventaja. Un sistema judicial que le otorga grandes facultades discrecionales a los jueces, para que se aparten de lo establecido en la norma, puede generar una mayor incertidumbre jurídica y puede ser fácilmente blanco de influencia o extorsión de los más poderosos agentes económicos. Más aún, para algunos juristas el no tomar en cuenta los derechos originales en las resoluciones judiciales constituye simple y llanamente una injusticia. La decisión judicial debe incluir los razonamientos de eficiencia económica, pero dentro de los límites que marca la ley, y respetando sus principios fundamentales y las máximas del derecho.

Cuando la función de los jueces se convierte en remodelar derechos como propone la teoría del AED y no la de aplicar la ley, el juez se convierte en legislador atentando contra el principio democrático de la división de poderes de J. J. Rousseau. El juez debe aplicar la norma, ajustarla al caso concreto, pero no crear normas a través de sus decisiones, ya que es la naturaleza propia del poder legislativo, que ha sido elegido para cumplir esa función por la sociedad.

Son innegables los argumentos de la teoría de que el sistema legal, contribuye a determinar el desarrollo económico de un pueblo. Puesto que no solo un sistema legal ineficiente afecta la operación y el óptimo desempeño del mercado, sino que causa serios problemas de certidumbre jurídica para el desarrollo de las empresas, la complejidad de las transacciones comerciales, y

⁶⁷⁶ Cabrillo. 241. Op. Cit. nota al pie.

la operación y convivencia de los individuos y las instituciones sociales. De hecho, es claro que el estado del sistema legal no solo refleja la salud del sistema económico y político, sino de la propia sociedad. Pocas instituciones afectan tanto la vida de las personas y las instituciones como los sistemas legales ineficientes, donde se sufre de la parcialidad de los jueces, y de las motivaciones políticas y económicas de estos. En donde las empresas y los individuos tienen que enfrentar los altos costes de la administración de justicia, los efectos de la congestión y la dilación en los procesos judiciales, y peor aun cuando tienen que enfrentar la corrupción.

Cabrillo y Fitzpatrick se refieren a los sistemas legales que se encuentran en crisis, describiendo con crudeza las condiciones en las que operan, y aunque no se considera que sean relativas solo a los países con tradición civil, y en vías de desarrollo; la evidencia empírica en muchos países de América Latina muestra con crudeza el impacto de estos sistemas legales ineficientes en las personas y las empresas.

Los autores escribieron:

La inercia legal, el sesgo y la mala administración son la norma en muchos países, con repercusiones sociales y económicas devastadoras. Los comentaristas sostienen que la justicia civil está en crisis, los retrasos están causando que los tribunales sean inútiles, los costos monetarios de adjudicación hacen casi imposible para todos, menos para los ricos acudir a los tribunales; los jueces no están conscientes de la realidad de las empresas; instituciones formales no están sincronizadas con las prácticas informales; los jueces no son independientes y favorecen a los ricos y poderosos; los costos de la justicia para el estado son demasiado altos, y hay una explosión en el número de litigios.⁶⁷⁷

Puede que existan muchos sistemas legales en la región que no caigan en ésta abstracción de ineficiencia y corrupción, pero existen debilidades estructurales en los sistemas legales que permiten el abuso del sistema. Pues existen formalismos y muchos recursos y apelaciones legales sin una verdadera función de fondo sino de forma jurídica, haciendo que el proceso sea lento y costoso, así como generando incentivos perversos para la corrupción de jueces y abogados que se enriquecen por un sistema cargado de formalismos arcaicos y tendenciosos. En los casos que el sistema legal puede no considerarse como ineficiente, existen claras

⁶⁷⁷ Cabrillo. 14. Op. Cit. nota al pie 43.

muestras de abusos del propio sistema, y que no tienen que ver con la protección de los derechos de los individuos y las empresas, sino con los perversos incentivos económicos de los profesionales del derecho. Para el Estado y la sociedad el uso abusivo del propio sistema puede resultar muy costoso.

Entre los economistas y juristas existe una crítica reiterada por el abuso de recurrir a los tribunales para buscar la reasignación de derechos de propiedad, puesto que implica un alto coste para el Estado, y al mismo tiempo para la sociedad. Los procesos judiciales y administrativos son costosos tanto en recursos económicos como en tiempo. Por lo que se debe buscar una regulación óptima que inhiba a las empresas a realizar actividades económicas que causen un daño, para que la propia empresa desde el principio pueda interiorizar en sus costes de producción el coste de resarcir el daño, y así tomar una decisión informada. A fin de cuentas, toda la teoría de la eficiencia económica se basa en el principio de utilidad. Si la legislación es clara se logrará un mejor funcionamiento de los mercados, y menores costes para el Estado en el rubro de la administración de justicia. Así como una mayor certidumbre para las transacciones económicas.

Antes de defender la utilidad del sistema del AED, como instrumento para alcanzar un sistema legal más justo, racional y equilibrado, es importante conocer con precisión el gran número de críticas que se vierten contra el modelo, aquí estudiado. Muchas de las cuales fueron discutidas a lo largo de los capítulos de esta tesis, y confrontadas frente a la teoría y el caso práctico.

4.8. Críticas al AED desde la perspectiva jurídica y económica

La Metodología del AED ha despertado un gran debate sobre las virtudes, limitaciones y críticas sobre su efectividad y aplicabilidad de la teoría al derecho. Argumentos que resulta importante conocer para dar una justa medida a la metodología y a su potencial aplicabilidad como instrumento de análisis del derecho en México. Las críticas se señalan desde la perspectiva jurídica y desde la perspectiva económica.⁶⁷⁸

A) Críticas desde la perspectiva jurídica:

a) La metodología no persigue los mismos fines que el derecho y estos pueden arrojar diferentes resultados. El fin último de la metodología es la maximización de la riqueza y

⁶⁷⁸ Jiménez San Vicente, Armando. “El AED Utilidad, Limitaciones y Críticas”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/aed_utilidad>

eficiencia económica y no la justicia.

- b) La eficiencia económica y la maximización de riqueza no son valores jurídicos tutelados por la norma.
- c) Los razonamientos detrás de la maximización de riqueza o la resolución óptima social no concuerdan con los supuestos legales del bien común.
- d) El AED es una metodología egoísta y se presta a abusos, principalmente porque no reconoce el daño de la víctima en la resolución de la externalidad.
- e) Induce a los jueces a examinar los asuntos desde unas variables económicas y no jurídicas. Evita la aplicación tradicional del derecho, beneficiando al que causa el daño.
- f) Rechaza la intervención del Estado para poner orden en las relaciones económicas, promoviendo una ineficiente auto-regulación, y compraventa de los derechos de la parte afectada.
- g) Es simplemente una estrategia legal para evitar las responsabilidades civiles, así como el derecho de la víctima al resarcimiento y la compensación.
- h) La reasignación de derechos originales ya sea por negociación o por resolución judicial genera incertidumbre.
- i) Las resoluciones judiciales basadas en los criterios del AED no desincentivan a los agentes económicos de continuar con actividades económicas nocivas como el caso de la contaminación.
- j) La metodología de la negociación del AED no aplica a gobiernos, porque éstos no tienen capacidad de negociar acuerdos que reasignen derechos de propiedad.
- k) Tanto la negociación como la resolución judicial benefician los intereses económicos de los poderosos (principalmente industriales o agentes productivos), por lo que se presta a corrupción judicial o a presión política.
- l) Las resoluciones judiciales que siguen este modelo son muchas veces contrarias a las máximas del derecho y al espíritu de la ley.
- m) De acuerdo al derecho mexicano la labor de los jueces es aplicar la ley, no legislar.
- n) Cuando el juzgador se convierte en legislador, se convierten en objetivo de los grupos de interés. Los jueces se vuelven vulnerables a ser presionados e influidos en sus fallos.
- o) Se asume un relativismo jurídico en la teoría del AED, donde todos los valores asumidos por el ordenamiento jurídico pueden ser reducidos a transacciones de derechos, o reasignaciones de derechos que buscan la minimización de costes.
- p) El AED no incentiva una conducta positiva, de respeto a los derechos de propiedad de otro, por el contrario, parece que fomenta la vulneración de los derechos de propiedad, al destacar la irrelevancia de causar daño a otro.

- q) No es un modelo inaplicable a México por que se basa en el derecho jurisprudencia (*common law*) y no de tradición administrativa y civilista romana.
- r) En México este tipo de asuntos están perfectamente regulados por el derecho administrativo, y no son determinados por los tribunales civiles ordinarios, que tiene carácter generalista.

B) Críticas desde la perspectiva económica:

Esta metodología también ha recibido importantes críticas desde dentro de la misma disciplina económica. Destacando las críticas de la conocida como escuela austriaca de economía, entre otras escuelas del pensamiento económico.

- a) El teorema de Coase, más que un modelo racional, es un modelo que defiende el interés del beneficio propio, conocido en la literatura económica como “*reasonable egoist man*”. La hipótesis básica es la del utilitarismo, donde el hombre egoísta busca solamente su interés personal.
- b) La metodología del AED promueve la autorregulación y confía en el equilibrio mágico de los mercados.
- c) Se basa en la teoría de la “competencia perfecta” que es un escenario puramente teórico, alejado de la realidad.
- d) Los derechos que protegen las normas se vuelve mercancías con valor que pueden ser intercambiadas en el mercado.
- e) La maximización de la riqueza a través de la eficiencia económica, no significa un mayor bienestar para la sociedad o inclusive para las partes, ya que se maximiza la riqueza solo en términos relativos a la situación donde ya se ha causado el daño.

Crítica en cuanto a la metodología

- f) La formulación de un conjunto muy reducido de supuestos a fin de asignarle sentido a un universo muy extenso de conductas.
- g) La progresiva formalización de los supuestos y de los medios para comprender las conductas es insuficiente.
- h) Debilidad de la disciplina para la predicción de posibles conductas y de los efectos de éstas.
- i) Las variables incluidas en el modelo, son limitadas, interesadas e intencionalmente ignoran otras que pueden afectar decididamente el resultado.
- j) Se usan supuestos no comprobables científicamente como argumentos incuestionables.
- k) El supuesto idealizado de los óptimos, se presenta como muy poco probable.

Otras críticas

- l) Plantea la no intervención del Estado, proponiendo un mercado autorregulado que mágicamente resuelva por sí mismo los desequilibrios.
- m) No permite la participación del Estado como equilibrador de las partes, permitiendo que la parte generadora de la actividad nociva tome ventaja de su capacidad económica utilizando la utilidad obtenida con la actividad productiva.
- n) Cuestionable definición de maximización de la riqueza ya que no significa un mejoramiento claro para la sociedad, mucho menos mutuamente beneficioso para las partes, ya que se entiende maximizar en términos relativos, pues cualquier mejora en la víctima (sin resarcir el daño) por pequeña que sea es considerado como que se ha beneficiado ésta, y por lo tanto la sociedad también.
- o) No sustenta claramente el modelo del AED el beneficio para la economía y la sociedad, debido a que tolera una actividad productiva nociva, permitiendo que siga activa a pesar de los daños que causa a otros, y sin evaluar su verdadero impacto económico por considerarlo muy complicado de obtener. Esto con el único argumento de que se está generando riqueza por que la actividad productiva registro una utilidad. Es precisamente ese modelo de producción industrial el que está llevando al caos mundial del calentamiento global y la evasiva responsabilidad de las naciones productoras de gases de efecto invernadero.

4.9. El modelo beneficia a los ricos y carece de sentido social

Una crítica que se considera importante es la que ha suscitado el modelo del AED en torno al impacto económico en la sociedad y la polarización de la distribución de la riqueza. La teoría se sustenta en la maximización la riqueza de la actividad productiva. La idea de la maximización de la riqueza como fin último de la sociedad y el derecho. En *The Economics of Justice*, Posner toma una posición normativa al analizar el concepto de “justicia”, desde una perspectiva económica. En la primera parte del libro, se hace referencia a la justicia y la eficiencia, entrelazadas en por la teoría que llamó “maximización de la riqueza”. Para el jurista éste debe ser el fin último del derecho y la sociedad, pero no se refiere a una riqueza que beneficie a todos, sino principalmente a aquel que la genera, en concordancia con los principios del utilitarismo económico. Lo que nos lleva a dos conclusiones importantes sobre la distribución de la riqueza: (i) para Posner la desigualdad o inequidad es incidental al modelo de maximización de la riqueza, y (ii) busca beneficiar a aquel que genera la actividad, y tal vez de

manera indirecta a la sociedad, por lo que la teoría acaba beneficiando a la parte con mayor riqueza.⁶⁷⁹

El modelo del AED tiende a beneficiar al rico, al poderoso pues no reconoce las desigualdades de poder económico o político entre las partes al momento de negociar. El énfasis en la maximización de la riqueza, incrementa la polarización económica en la sociedad pues la lógica de las resoluciones no es distributiva. Por el contrario, sustituye la justicia por la riqueza, pero no la de la sociedad en general sino de un agente económico en particular, el que está generando la actividad económica productiva, aunque esta sea nociva.

Anthony T. Kronman, antiguo decano de la Facultad de Derecho de Yale escribió sobre esta situación de desigualdad en las negociaciones: “El principio de maximización de la riqueza favorece necesariamente a quienes ya tengan dinero o los recursos para ganarlo y por tanto sean capaces de pagar más que otros para tener una nueva regla legal definida de forma que les favorezca”.⁶⁸⁰

La naturaleza utilitarista y desequilibrada de la teoría fue reconocida por su fundador Coase cuando dijo: “Una implicación menos agradable de la aproximación de la maximización de la riqueza es que la gente que sea muy pobre (...) solo cuentan si son parte de la función de utilidad de alguien que tiene riqueza”.⁶⁸¹ Por su parte Posner escribió: “Yo no sé si exista un amplio deber social de apoyar a las personas que no se ayudan a ellas mismas o no pueden hacerlo. En un sistema guiado por la maximización de la riqueza como consecuencia algunas de estas personas no productivas tal vez morirán de hambre”.⁶⁸²

Si el principio de la maximización de la riqueza tiende a beneficiar a los ricos, es por consiguiente en términos de derecho inequitativa e injusta. Cuando la redistribución de derechos se basa en una transacción económica sustentada en la voluntad y la capacidad de pago de las partes, y una de las partes no tiene la misma capacidad económica, ésta no podrá negociar en igualdad de circunstancias. De hecho, tendrá que aceptar lo que le ofrezcan en la negociación por su falta de capacidad para pelear por sus derechos en los tribunales.

⁶⁷⁹ Posner. *Economics of Justice*. Op. Cit. nota al pie 125.

⁶⁸⁰ Kronman. *Wealth Maximization*. 240. Op. Cit. nota al pie 466.

⁶⁸¹ Coase. *The problem*. 32. Op. Cit. nota al pie 63.

⁶⁸² Posner. *A Reply to Some Criticisms*. 775 y 791. Op. Cit. nota al pie 217.

Para Posner el juez deberá buscar maximizar las utilidades al aplicar la ley, lo que él considera como una abstracta intención de la maximización del bienestar social. Sin embargo, es importante recordar que la distribución de la riqueza es determinada a través de las normas sociales y sus instituciones, entre ellas el derecho. Pues esto permite una convivencia armónica entre los individuos, y el progreso de la sociedad en general. Aquellas sociedades que permiten la acumulación sin límites (impuestos, prácticas antimonopólicas, etc.) por lo regular son sociedades injustas, peligrosas e inestables, y pronto se alejan de la prosperidad por muchos recursos valiosos que posean. Todas las sociedades prósperas tienen en sus sistemas legales funciones de redistribución e igualdad de las partes frente a la ley.

4.10. La utilidad del AED

En base a lo expuesto anteriormente, podemos señalar que una importante parte de la doctrina jurídico-filosófica moderna rechaza al AED como una metodología adecuada, al igual que sus principios, razonamientos y conclusiones, aduciendo un reduccionismo de corte economicista en la elaboración, interpretación y aplicación de la ley. Sin embargo, existen importantes argumentos para considerar a la metodología del AED como un instrumento útil para el análisis de la ley, el derecho y sus instituciones. Destacando de manera importante que es un instrumento útil, pero de forma complementaria, no sustitutiva a las máximas jurídicas. Esta metodología representa una aportación renovada a la visión tradicionalista del derecho, donde la noción de justicia se entiende como la ciega obediencia a la norma en el contexto social, apartándose de la utilidad social de las normas, la conveniencia de su aplicación y su impacto para un mayor bienestar de la comunidad en términos económicos y sociales.

La naturaleza empírica del AED ofrece la posibilidad de anticipar eventuales consecuencias de la interacción social, especializándose en el vínculo entre el derecho y la economía. Justamente su pragmatismo permite la construcción y comprobación de modelos de comportamiento de los agentes económicos, para predecirlo y de alguna manera influir para que estos sean lo más racional y económicamente eficientes posible.

Las funciones del derecho desde la perspectiva del AED son: (i) facilitar la operación de los mercados y el desarrollo económico (ii) minimizar los costes de transacción, (iii) generar certidumbre, (iv) proteger los derechos de propiedad y de la libertad contractual.⁶⁸³ Todas estas

⁶⁸³ Ver el Análisis Económico del Derecho, como método complementario al análisis jurídico en Jiménez San Vicente. *El AED Utilidad, Limitaciones*. Op. Cit. nota al pie 672.

premisas son convergentes con las máximas del derecho, con excepción de la de minimizar costes. Para el derecho esta no debería ser un fin último de la ley o de la resolución judicial. El fundamento de la estrategia capitalista es la maximización de la utilidad, donde la reducción de costes representa un importante factor, pero no debe ser el fin último del derecho. La certidumbre, resultado de la protección de los derechos de propiedad debe ser la prioridad.

4.11. ¿Sirve la metodología del AED para resolver las externalidades de una manera coherente con el derecho?

La metodología del AED es útil para prevenir externalidades, y relativamente eficiente para resolverlas, pero usando los criterios económicos de forma complementaria a los principios y criterios jurídicos, no sustituyéndolos.

Para Jiménez San Vicente el AED ofrece un instrumento útil pero complementario a los razonamientos jurídicos, que contribuye con parámetros estandarizados e instrumentos matemáticos a comprender el impacto de las leyes y las resoluciones judiciales, en la sociedad y la economía. Los modelos requieren considerar adicionalmente variables como la utilidad recíproca y el resarcimiento del daño, y los economistas deben hacer un mayor esfuerzo en proponer fórmulas que determinen el verdadero impacto en la economía o el mercado de las leyes y fallos judiciales. Particularmente que, al determinar el beneficio social, solo se justifiquen en la idea de maximización económica, porque la actividad que provocó las externalidades generó utilidades. En referencia a la metodología añade que el AED es una disciplina en evolución que ofrece una nueva perspectiva para la aplicación más justa y equitativa de la norma.⁶⁸⁴

El AED ofrece metodologías científicas para la proyección de los resultados, sin caer en el abuso de tecnicismo y formalismos que hoy parecen gobernar la aplicación de la ley y su interpretación, tanto administrativa como judicialmente. El derecho ha ido evolucionando hacia la complicación del proceso judicial, y es ahí donde se resuelven la mayor parte de los casos de trascendencia económica, sin evaluar el impacto económico y social que tienen dichas resoluciones administrativas o judiciales. El derecho se ha centrado en la forma y no en el fondo, apartándolo de los principios básicos de la ciencia jurídica, sobre todo el de certeza

⁶⁸⁴ Jiménez San Vicente, Armando. “El Análisis Económico del Derecho: Utilidad y Aplicabilidad de la Teoría al Sistema Legal Mexicano”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/aed_aplicabilidad_mexicano>

jurídica y el de justicia. La relación entre Derecho y Economía debe ser simbiótica, y la economía también debería aprender de los principios de equidad y justicia del derecho. Un sistema legal permite crear sociedades más equilibradas y armoniosas, en donde todos sus miembros se sientan en igualdad de circunstancias y protegidos por la norma, condiciones no siempre presentes en el razonamiento económico.⁶⁸⁵

El principio expuesto por el AED de que las normas no necesariamente asignan eficientemente los derechos y recursos económicos, es indiscutible. Como comenta el premio nobel de economía Williamson, la definición de las leyes y el proceso para hacerlas cumplir tiene efectos económicos.⁶⁸⁶ La propuesta de utilizar criterios racionales y métodos matemáticos para medir el impacto económico de las leyes y las resoluciones judiciales en la sociedad es una excelente idea. Aunque parece que no sea ha desarrollado desde la perspectiva adecuada. No desde los costes de la empresa como propone Coase y Posner, sino desde una perspectiva de la redistribución óptima de los recursos, sin dejar de fomentar los principios básicos de la generación de la riqueza del capitalismo, pero cuidando a través de la regulación sus posibles abusos.

La metodología del AED tiene sus propias limitaciones. Jiménez San Vicente nos dice que debemos reconocer que el teorema de Coase no solo es criticado por los juristas por atentar contra la propia naturaleza del derecho, sino por constituir una estrategia legal para reducir costes. Para el abogado y economista, esta metodología sirve de justificación para evitar la regulación, pues crea las condiciones para que la parte que ha causado el daño pueda beneficiarse de una negociación que los aleje de su posición de responsabilidad frente al daño causado. Donde la asimetría económica y de información, le da una ventaja competitiva en la negociación, a la parte más rica e informada, frecuentemente el causante del daño. Para muchos juristas es una estrategia para evadir las responsabilidades por daños causados (*liabilites*) y los pagos compensatorios por daños causados (*punitive damages*). Por otro lado, los propios economistas critican el modelo por partir de supuestos no comprobables con la metodología económica, y que al final las teorías en que sustentan sus argumentos son meras expresiones aspiraciones (ilusorias) de cómo les gustaría que se comportaran los mercados. Tales argumentos, como el de que los agentes económicos siempre actúan de manera racional y que evalúan de forma informada los riesgos y ventajas de sus decisiones; o que el interés privado

⁶⁸⁵ *Ibidem*.

⁶⁸⁶ Ver Williamson, Oliver. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. Neva York: Free Press, 1975. Printed; y Williamson. *The Economic Institutions*. Op. Cit. nota al pie 138.

de las partes siempre va a llevar a un acuerdo beneficioso para ambas partes y a un óptimo para la sociedad; o que los fallos en los mercados se corrigen solos sin la necesidad de la intervención del Estado; entre otras muchas hipótesis que adquieren el carácter de teoremas en esta metodología.⁶⁸⁷

4.12. ¿Es aplicable la teoría de resolución de externalidades del AED al sistema jurídico mexicano?

En mi opinión es aplicable la metodología del AED si se utiliza como una metodología complementaria no sustitutiva y excluyente. La metodología del AED y sus razonamientos son aplicables, pero no como sustituto de las máximas del derecho sino como un complemento metodológico, encaminado a medir con fórmulas estándar el impacto que tendrá la decisión judicial o la ley en la economía. La decisión judicial podrá incluir los razonamientos de eficiencia económica, pero siempre dentro de los límites y parámetros que marca la ley.

La teoría del AED es aplicable en cualquier país, pero requiere de adecuarse al sistema legal donde se busque implementar, particularmente en los países de tradición civilista. Posner después de realizar un estudio sobre el AED en el *common law*, comparado con el sistema romano-germánico, concluyó que el AED aplica a las naciones con una tradición jurídica diferente al anglosajón y sostiene que pese a las marcadas diferencias entre los sistemas, los principios económicos y la teoría del coste-beneficio del AED, son aplicables para la elaboración y la función judicial al aplicar la norma.⁶⁸⁸

Posner escribió que los jueces en el *common law* han estado inconscientemente aplicando el AED para la modelación de los derechos y por consiguiente una asignación eficiente de los recursos: “la teoría económica positiva del *common law* (es decir, el Derecho de origen jurisprudencial, que es distinto del Derecho legislativo...) entiende mejor como los jueces, al desarrollar ese Derecho, hubiesen estado intentando conscientemente lograr una asignación eficiente de los recursos”.⁶⁸⁹ Después de analizar en profundidad el caso concreto en esta tesis, y algunas otras disputas legales similares del Consorcio, podría decirse que algo muy similar a

⁶⁸⁷ Jiménez San Vicente. *La Metodología del AED*. Op. Cit. nota al pie 453.

⁶⁸⁸ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52 y Posner. *Cost-Benefit*. 1156. Op. Cit. nota al pie 171.

⁶⁸⁹ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 7-16. Op. Cit. nota al pie 21.

lo ocurrido en Estados Unidos ha estado sucediendo en México, en donde los jueces están aplicando los criterios del AED tal vez de manera intuitiva.

Como razonan actualmente algunos jueces en México no dista mucho de la teoría del AED, tal vez lo hacen como en el caso americano sin darse cuenta o sin utilizar la metodología de forma consciente, pero esperando que tenga el mismo efecto que la teoría propone. La forma de razonar con una lógica económica no parece ser ajena del todo a la forma en cómo lo están haciendo los jueces en México; basta que se reflexione cómo éstos ponderan de manera regular entre dos derechos fundamentales y resuelven a favor de aquél que en la situación concreta tiene un menor coste económico y un mayor provecho para el beneficio social neto. La diferencia estriba en que la aplicación de la lógica económica en las resoluciones que dictan los jueces mexicanos, se aplica sin tener conciencia cabal de la doctrina, lo cual en varios casos puede llevar a conclusiones erróneas por parte de los jurisconsultos.

Como razonan actualmente algunos jueces en México no dista mucho de la idílica visión de Coase, pero lo hacen con el fin de beneficiar a una de las partes con esta metodología económica. La evidencia presentada en el caso concreto muestra que los principios del AED se están aplicando en las resoluciones de algunos jueces mexicanos, no necesariamente como resultado del conocimiento de este modelo económico y sus principios, sino por defender los intereses de ciertos grupos con poder económico o político, que lo impulsan.

Por otro lado, esta tesis comparte la visión de Posner, quién considera el método del AED como un instrumento fundamental para el desarrollo económico de los países.⁶⁹⁰ Ya que el objetivo de todo país que desea contar con un desarrollo sostenido y progreso social es contar con un sistema legal eficiente. Los países requieren de un sistema legal eficiente, con instituciones jurídicas que promuevan y faciliten el desarrollo del sistema capitalista de intercambios. Leyes con reglas claras para fomentar los negocios y sistemas legales que protejan los derechos de propiedad.

Después de la intensiva revisión de supuestos sobre el modelo al caso concreto, debemos preguntarnos si se pueden sacar conclusiones generales, que tengan el carácter universal del estudio del caso en cuestión. El caso en estudio, es un caso inmejorable en términos académicos para interpretar y estudiar el derecho en México desde la perspectiva económica; y que la

⁶⁹⁰ *Ibidem*.

realidad está demostrando que estos postulados del AED avanzan rápidamente entre los jurisconsultos y académicos mexicanos. Cada vez más sentencias judiciales miran hacia los supuestos del AED para resolver conflictos de externalidades; una tendencia que parece estar consolidándose. Por consiguiente, podemos deducir que el caso de externalidades de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México, tanto en su versión de negociación como resolución judicial arroja premisas básicas que se pueden utilizar en el análisis de otros casos similares, permitiendo la teorización que es propia de la ciencia económica.

Asimismo, el estudio del caso nos permite ajustar mejor las variables existentes con los modelos actuales del AED para realizar proyecciones que puedan ser comprobadas empíricamente. Las hipótesis de la teoría frente al caso concreto, respaldan en gran parte la teoría general de resolución de externalidades desde la perspectiva del AED, tanto en la negociación como en la resolución judicial. Sin embargo, como se esbozó y mostró a lo largo de la tesis, es una teoría en desarrollo que requiere de muchos ajustes, esperando que esta tesis contribuya al debate sobre el contenido, análisis y dirección que debe tomar esta teoría.

De acuerdo a Posner el AED puede tener tres funciones: (i) heurístico (método para aumentar el conocimiento) busca mostrar coherencias subyacentes en las doctrinas e instituciones legales, (ii) descriptivo, busca identificar la lógica económica y los efectos de las doctrinas e instituciones así como las causas económicas del cambio legal, y (iii) normativo, asesora a los jueces y a otros creadores de políticas con respecto a los métodos más eficientes de regular las conductas a través del Derecho.⁶⁹¹

La tesis defiende que el modelo del AED es en esencia heurístico, pues permite el estudio de las leyes y las principales instituciones legales, y su impacto en la economía, identificando la lógica económica en las decisiones judiciales. Por otro lado, es crítica con la función normativa que proponen los ponentes del AED pues los criterios se encuentran muy distante de las máximas jurídicas, y requiere la teoría de propuestas metodológicas y fórmulas más acorde con los preceptos legales universales.

La tesis sostiene que el AED ofrece bases teóricas y metodológicas que lo convierten en una herramienta útil para la comprensión, evaluación y desarrollo de los instrumentos jurídicos e instituciones legales. Los principios teóricos son útiles tanto para la elaboración de la ley, así

⁶⁹¹ Posner. *Análisis Económico del Derecho*. 18–141. Op. Cit. nota al pie 52.

como para su aplicación a través del proceso judicial. Pero es una disciplina todavía en proceso de desarrollo. El desarrollo de la metodología permitirá fijar parámetros racionales y matemáticos a los actores que aplican o interpretan la norma, ofreciendo la posibilidad de hacer proyecciones con rigor científico, utilizando la metodología de las ciencias económicas. Sin que estos criterios judiciales sean los criterios únicos a considerar en la resolución judicial, sino complementarios a las máximas jurídicas. Por otro lado, permitirá someter a una evaluación económica las normas y las leyes, sobre todo las de carácter económico, para saber si estas tienen un verdadero impacto positivo en el desarrollo económico y el bienestar de la sociedad.

Aunque la tesis defiende la importancia del modelo capitalista para el desarrollo de las sociedades, recomienda que las teorías del AED deben adecuarse para no generar abusos y fallos mayores en el mercado. La teoría del AED es de gran utilidad si ayuda a complementar las máximas jurídicas con los razonamientos económicos, pero no sustituyéndolos. Sin embargo, en el estado actual pareciera, que la teoría de Coase-Posner no busca la “complementación” de los valores jurídicos, sino una suplantación de los razonamientos jurídicos por los económicos, principalmente con el fin de defender los intereses, utilidad y la acumulación de riqueza de las actividades productivas. La teoría se ha convertido una forma de justificar las actividades productivas, para que las dejen actuar con cierta impunidad al no responsabilizar a aquellas actividades nocivas de los daños que causan. Adicionalmente, cuando la metodología propone una transacción de derechos, no reconoce que frecuentemente aquel responsable de la actividad productiva cuenta con el poder económico y los recursos, lo que le proporcionan una ventaja competitiva en la transacción de los derechos del otro.

La teoría del AED afecta dos pilares fundamentales del capitalismo: los derechos de propiedad y la libertad contractual. Algunas de sus hipótesis vulneran la protección del Estado sobre los derechos de propiedad, fundamental para las transacciones que dan forma al mercado. No manda un mensaje positivo permitir que cuando los derechos de otro han sido vulnerados, a través de una negociación ventajosa, estos queden impunes, pues atenta contra las bases propias del sistema capitalista. La defensa de la propiedad y la libertad contractual son la máxima que justifica la doctrina económica neoclásica del libre mercado. Ya lo comentó acertadamente el premio nobel de Economía del 2009, Oliver E. Williamson, quien señaló que las transacciones más sencillas necesitan de una estructura de gobernanza para proteger a las partes implicadas en el intercambio de cualquier eventualidad asociada al intercambio de bienes y servicios.⁶⁹²

⁶⁹² Véase Williamson. *The Economic Institutions*. Op. Cit. nota al pie 138; y Williamson. *The economics of organization*. Op. Cit. nota al pie 137.

La economía liberal se basa en la protección de la “libertad” contractual y los “derechos de propiedad” dos principios tutelados por las leyes y las instituciones legales. Si el sistema legal no protege a las partes por igual y sobre todo a aquella que ha sido vulnerada en sus derechos, entonces se transforma en un mercado de rapiña donde el más fuerte se lo lleva todo; y acaba destruyendo el principio fundamental del intercambio seguro y voluntario que tutela el derecho. Un sistema legal que protege sesgadamente a aquel que vulnera los derechos de otros, asegurándose de que sus costes sean los mínimos para aumentar su utilidad, no está realmente generando riqueza sino aprovechándose del sistema para concentrarla. Ese sistema parece olvidar que, a lo largo de la historia de la humanidad, las grandes revoluciones han estallado como resultado de esa concentración desproporcionada del poder y la riqueza.

No se pueden sustituir los principios del derecho por los principios económicos de “minimización de costes”, en las resoluciones judiciales. Se pueden complementar las disciplinas con los principios y máximas de ambas, pero no sustituir los unos por los otros. Las consecuencias de hacerlo son catastróficas como ya sucedió en la época reciente con el comunismo. Como comenta Jiménez San Vicente, en el siglo pasado, se trataron de implementar los principios de control y planeación del ámbito político-jurídico a la economía, resultando en el experimento de una economía totalmente planificada, que por eficiencia y equidad suspendía la propiedad privada y toda forma de diferenciación entre las personas. La evidencia muestra que el modelo comunista fracasó, al suplantarse unos valores por otros; sin embargo, los modelos mixtos desde el chino hasta el francés o escandinavo que complementan los principios de mercado con la participación del Estado han sido más exitosos en términos de crecimiento y desarrollo social.⁶⁹³

Coase y Posner parecen olvidar un qué principio básico de la economía, es la necesidad de un marco institucional y legal que proteja a las partes en el intercambio de bienes y servicios en el libre mercado. Williamson señala que las transacciones más sencillas necesitan de un marco legal adecuado para el intercambio.⁶⁹⁴ Los costes de transacción están determinados por tres atributos principales: la inversión requerida por la transacción, la incertidumbre subyacente a la transacción y su frecuencia.⁶⁹⁵ Es precisamente el derecho y sus leyes las que dan certidumbre a las partes.

⁶⁹³ Jiménez San Vicente. *Utilidad y Aplicabilidad de la Teoría*. Op. Cit. nota al pie 678.

⁶⁹⁴ Williamson. *The economics of organization*. Op. Cit. nota al pie 137.

⁶⁹⁵ Véase Williamson. *The Economic Institutions*. Op. Cit. nota al pie 138; y Williamson. *The Modern Corporation*. Op. Cit. nota al pie 138.

El derecho pues, debe facilitar la operación de los mercados y el desarrollo económico. Inclusive Posner reconoce la importancia del derecho para el buen desarrollo de los negocios y lo que él llama un entorno óptimo para el capitalismo. En “El AED en el *common law*, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo” escribe que “la función del Derecho es facilitar la operación de los mercados libres...”⁶⁹⁶ El mercado capitalista requiere de un sistema legal claro que genere certidumbre a los agentes económicos, además de no intervenir con los procesos internos del mercado que solos encontrarán un equilibrio. Además de que el derecho es fundamental para el desarrollo de las empresas y las transacciones contractuales, pilares necesarios de la economía capitalista.⁶⁹⁷ Por lo que a lo largo de la tesis se propone que deben estudiarse todas aquellas teorías, que busquen los puntos de encuentro y fortaleza entre el Derecho y la Economía, y no que simplemente aquellos que quieran sustituir las máximas de una por la otra. Si bien las leyes del mercado permiten que se genere riqueza, son las leyes y las cortes las que protegen y sustentan la existencia misma del mercado.

⁶⁹⁶ Posner. *El análisis económico del derecho en el common law*. 13. Op. Cit. nota al pie 21.

⁶⁹⁷ *Ibidem*.

5. BIBLIOGRAFÍA

A

“Actualización del Estudio de Demanda para la Línea 12, Tláhuac - Mixcoac”. *INFODF*. Web. 10 oct. 2013. <www.infodf.org.mx/pdfs/resoluciones/recur12/.../VP.-RR.SIP0978-2012.pdf>

“Alstom in Mexico”. Alstom. Web. Consultado el 20 marzo de 2016 <http://www.alstom.com/Global/Group/Resources/Documents/Factsheets/ID%20CARD%20-%20MEXICO%20-%20EN_20150812.pdf>

Akerlof, Georg. *Behavioral Macroeconomics and Macroeconomic Behavior*. Prize Lecture. Stockholm University: 2001. 16.

Akerlof, Robert. *Essays in Organizational Economics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009. Printed.

“Aplican sanciones a 38 personas por Línea 12 del Metro”. *Obras Web*. 25 nov. 2014. Web. Consultado el 22 septiembre de 2015 <<http://www.obrasweb.mx/construccion/2014/11/25/aplican-sanciones-a-38-personas-por-linea-12-del-metro>>

Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía. 2014. Web. 25 agosto 2015 <<http://alacde2014.ufm.edu/alacde/>>

“Aspectos jurídicos y económicos de los sistemas judiciales”. *Banco Mundial*. Web. Consultado el 31 de julio de 2012 <<http://www1.worldbank.org/prem/premnotes/es/notes26es.pdf>>

Audiencia de conciliación del 14 de noviembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Audiencia de conciliación del 19 de noviembre del 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Audiencia de conciliación del 20 de noviembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Audiencia de conciliación del 2 de diciembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Audiencia de conciliación del 6 de diciembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Audiencia de conciliación del 10 de diciembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Audiencia de conciliación del 13 de diciembre de 2013 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Audiencia de conciliación del 14 de enero de 2014 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

Audiencia de conciliación del 16 de enero de 2014 celebrada dentro del procedimiento de conciliación ante la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 18 jun. 2014. <www.infomexdf.org.mx>.

B

Becker, Gary S. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *Journal of Political Economy*. No. 169. 1968. Printed.

Bejarano, Jesús Antonio. “El AED: comentarios sobre textos básicos”. *Revista de Economía Institucional*. No 1, Nov. 1999. Impreso.

Bentham, Jeremy. *Principles of morals and legislation*. London: Prometheus Books, 1789. Printed.

Bernal, Beatriz. “Conceptos generales”. *Historia del Derecho Romano y de los Derecho Neo romanistas*. México: Porrúa, 2004. 35-39. Impreso.

Beyer, Harald. “Ronald H. Coase y su contribución a la teoría de la economía y del derecho”. *Estudios públicos*. No. 45. Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, 1992. 1-21. Impreso.

Bialostoski. “Derechos reales”. *Panorama del Derecho Romano*. México: Porrúa, 2014. 91-115. Impreso.

Brousseau, E. y J.M. Glachant. *The Economics of Contracts: Theories and Applications*. Cambridge: Cambridge University Press. 2002. Printed.

Bullard Gonzáles, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra Editores, 2003. Impreso.

C

Cabrillo, Francisco y Sean Fitzpatrick. *The Economics of Courts and Litigation*. Glos, UK y Massachusetts, USA: Edward Elgar Publishing, 2008. 75–120. Printed.

Cachanosky, Juan C. “Economía, derecho y el ‘AED’”. *Hispanic American Center for Economic Research-HACER*. Web. Consultado el 25 marzo 2016. <<http://www.hacer.org/pdf/Cachanosky00.pdf>>

Calabresi, Guido. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. *Yale Law Journal*. No. 70. 1961. Printed.

“Carso Infraestructura y Construcción, S.A.B. de C.V”. *BNamericas*. Web. Consultado el 20 marzo de 2016 <<http://www.bnamericas.com/company-profile/es/carso-infraestructura-y-construccion-sab-de-cv-cicsa>>

Cebrián Salvat, María Asunción. “La aportación del análisis económico a las tesis doctorales sobre contratos”. *Investigaciones en Ciencias Jurídicas: Desafíos Actuales del Derecho*. Coor. Ángel Valencia Sáiz. Málaga: Universidad de Málaga, 2014.

Coase, Ronald. “The Nature of the Firm”. *Economica*. Vol. 4, No. 16, nov 1937: 386-405. Printed.

Coase, Ronald. “The problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*. No. 3, October 1960: 1-44. Printed.

Coase, Ronald. “Economics and Contiguous Disciplines”. *Journal of Legal Studies*. Vol. 7, No. 2, 1978: 201–211. Printed.

|

Coase, Ronald. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial, 1994. Impreso.

Coase, Ronald. “La naturaleza de la empresa”. *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. Coords. Oliver Williamson, y Sidney Winter. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 29-48. Impreso.

Coase, Ronald. “La naturaleza de la empresa: origen”. *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. Coords. Oliver Williamson, y Sidney Winter. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 49-66. Impreso.

Coase, Ronald. “La naturaleza de la empresa: significado”. *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. Coords. Oliver Williamson, y Sidney Winter. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 67-84. Impreso.

Coase, Ronald. “La naturaleza de la empresa: influencia”. *La naturaleza de la empresa: orígenes, evolución y desarrollo*. Coords. Oliver Williamson, y Sidney Winter. México: Fondo de Cultura Económica, 1996. 85-103. Impreso.

Código de Hammurabi. México: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1992. Impreso.

Coleman, Jules L. “Efficiency, Utility, and Wealth Maximization”. *8 Hofstra Law Review*, 1979: 524. Printed.

Congregado, Emilio, et al. “AED: una revisión selectiva de la literatura reciente”, *Derecho y conocimiento*. Vol. 1, 2002: 331-339. Impreso.

“Constitución espacio de encuentro”. Constitución CDMX. Web. Consultado el 18 julio de 2016 <www.constitucion.cdmx.gob.mx/>

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Web. Consultado 20 febrero del 2016 <www.sct.gob.mx/JURE/doc/cpeum.pdf>

Contrato de Obra Pública de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Solicitud de información realizada al Proyecto Metro del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 30 mar. 2014. <www.infomexdf.org.mx>

Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Law and Economics*. 5ª ed. Boston: Ed. Pearson Addison Wesley, 2008. Printed.

Cossio Díaz, José Ramón. *Derecho y Análisis Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. Impreso.

D

Demsetz, Harold. *La economía de la empresa*. Madrid: Alianza Editorial, 1997. Impreso.

Derecho Administrativo. Octubre 2012. Web. 14 abril 2013 <<http://www.derecho-administrativo.com/2012/10/doctrina-de-hauriou.html>>

Díaz, Catalina. “La línea 12 en cifras”, *Milenio*. 21 de marzo de 2014. Impreso.

Dicey, A.V. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Oxford: Oxford University, 1885. Printed.

Dicey, A.V. *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws*. 2a ed. Oxford: Oxford University, 1908. Printed.

Dowkin, Ronald. *Laws Empire*. Cambridge M.A.: Harvard University Press, 1988. Printed.

Durán y Lalaguna, Paloma. *Una Aproximación al AED*. Madrid: Comares, 1992. 101–113. Impreso.

E

“Enciclopedia Jurídica”. *Jurídica*. Web. Consultada 18 feb. 2016. <<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/justicia/justicia.htm>>

Englard, Izhak. “The Failure of Economic Justice (Book Review)”. *Harvard Law Review* Vol. 95 No. 5, 1982: 1162.

“Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica”. Web. Consultado el 5 febrero de 2015 <https://www.u-cursos.cl/iei/2012/4/MEIYPCO1/1/material_docente/bajar?id_material=596941>

Escrito inicial del procedimiento de conciliación. Solicitud de información realizada a la Contraloría Interna de la Secretaría de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 15 abr. 2014. <www.infomexdf.org.mx>

“Estatuto de Gobierno del Distrito Federal”. *Justia México*. Web. Consultado 11 ago. 2015. <<http://mexico.justia.com/federales/estatutos/estatuto-de-gobierno-del-distrito-federal/>>

Esterlin, Richard. “Does Money Buy Happiness?”. *National Affairs*. No. 30, 1973. Printed.

“Estudio de prefactibilidad de Línea 12 (2000-2002)”. Sistema de Transporte Colectivo Metro. Web. 7 oct. 2013. <ver en www.metro.cdmx.gob.mx/red/linea12_1.html>

F

“Fallas en diseño y operación en la Línea 12 del Metro: Systra”. *Obras Web*. 5 sep. 2014. Web. Consultado el 22 septiembre de 2015 <<http://www.obrasweb.mx/construccion/2014/09/05/fallas-en-operacion-y-diseno-en-linea-12-del-metro>>

Floriano Corrales, Carlos. *Derecho y Economía: una Aproximación al AED*. Badajoz, España: Universidad Extremadura, 1998. Impreso.

Friedman, D. “Law and Economics”. *The New Palgrave: A Dictionary in Economics*. London: Macmillan. 1998. Printed.

G

“Gaceta Oficial”. *CDMX*. Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México. Web. Consultado el 15 ago. 2015. <www.cdmx.gob.mx/gobierno/gaceta>

Gago, A. et al. “La Imposición Ambiental Autonómica”. 2004. Web. Consultado el 16 marzo de 2014 <<http://webs.uvigo.es/xavier/research.html>>

García Cuza, Juan Emigdio. *Fundamentos del Derecho Económico*. Tomo I. México: Editorial MES, 1987. Impreso.

“Grandes Divisiones del Derecho”. Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Web. Consultado el 30 oct. 2015. <www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/242/art/art1.pdf>

“Gobernanza Industrial”. Web. Consultado el 27 de feb. 2014. <www.gobernanzaindustrial.com>

Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013. Impreso.

H

Hans-Hermann, Hoppe. “The Ethics and Economics of Private Property”. *LewRockwell.com*. Web. 11 de oct. de 2014. Printed.

Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général*. 4ª ed. Paris: L. Larose, 1900-1901. Imprimé.

Hauriou, Maurice. *Précis élémentaire de droit constitutionnel*. 12ª ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey. 1930. Imprimé.

Hauriou, Maurice. *Derecho administrativo y derecho público*. San José: Editorial Jurídica Universitaria, 2007. Impreso.

Hayek, F.A. *Derecho, Legislación y Libertad: Una Nueva Formulación de los Principios Liberales de la Justicia y de la Economía Política*, Madrid: Unión Editorial S.A., 2006. Impreso.

Hayek, F.A. “Camino de Servidumbre”. *Obras Completas Vol II*. Madrid: Unión Editorial S.A., 2008. Impreso.

Henrich, J., et al. “In search of Homo economicus: Behavioral experiments in 15 small-scale societies”. *The American Economic Review*. No. 92, mayo de 2001: 2. Printed.

I

Ibáñez Jiménez, Javier. *AED. Método, Investigación y Práctica Jurídica*. Madrid: Bosch Editor, 2011. 45–171. Impreso.

ICA. Web. Consultado el 20 marzo de 2016 <<https://www.ica.com.mx>>

“Informe que presenta la comisión de investigación, para conocer las razones que originaron la suspensión temporal del servicio en once estaciones de la Línea 12 del Sistema de Transporte

Colectivo Metro”. *Informe Final Línea 12*. Web. Consultado el 15 enero 2015 <https://issuu.com/manuelferegrino/docs/informe_final_linea_12>

J

Jiménez San Vicente, Armando. “Desestructurando la Teoría Neoclásica y Confrontándola con las Nuevas Teorías Económicas”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/teoria_neoclasica>

Jiménez San Vicente, Armando. “Desestructurando las teorías de Posner del AED”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/teoria_posner>

Jiménez San Vicente, Armando. “Desestructurando el Teorema de Coase”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/teorema_coase>

Jiménez San Vicente, Armando. “El AED: Utilidad y Aplicabilidad de la Teoría al Sistema Legal Mexicano”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/aed_aplicabilidad_mexicano>

Jiménez San Vicente, Armando. “El AED Utilidad, Limitaciones y Críticas”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/aed_utilidad>

Jiménez San Vicente, Armando. “La Metodología del AED para resolución de externalidades”. En proceso de publicación. Ver resumen en <https://issuu.com/jimenezsanvicente/docs/resoluc_externa>

Juicio Ordinario Administrativo Federal, tramitado ante el Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal dentro del expediente 1/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre 2016. <<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

Juicio Ordinario Civil Federal, tramitado ante el Juez Décimo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 326/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre 2016.

<<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

Juicio de Amparo Indirecto, tramitado ante el Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal dentro del expediente 1773/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre 2016. <<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

Juicio Ordinario Civil Local, tramitado ante el Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 346/2014, consultado en “Sistema Integral para Consulta de Resoluciones”. SICOR. Poder Judicial del Distrito Federal. Web. Consultado 10 octubre de 2015. <sicor.poderjudicialdf.gob.mx>

K

Kluger, Viviana, et al. *AED*. Buenos Aires: Heliasta, 2006. 33–36. Impreso.

Kronman, Anthony T. “Wealth Maximization as a Normative Principle”. *Journal of Legal Studies* 9. N° 2 March 1980. Printed.

L

Lagos, Anna. “Las grandes construcciones de ICA las obras de Ingenieros Civiles Asociados”. *El Economista.es*. 18 dic. 2015. Web. Consultado el 20 marzo de 2016 <<http://www.economista.es/empresas-eAm-mexico/noticias/7232388/12/15/Las-grandes-construcciones-de-ICA-las-obras-de-Ingenieros-Civiles-Asociados.html>>

Lampreia, Everaldo. “Derechos fundamentales y consecuencias económicas”. *Revista de Economía Institucional*. Vol. 8, N° 14, 2006: 77-103. Impreso.

Landes, William M. y Richard Posner. *The Economic Structure of Intellectual Property Law*. Cambridge, Mass.: Belk Nap Press of Harvard University Press, 2003. Printed.

“Ley de Obras Públicas del Distrito Federal”. *FIMEVIC*. Fideicomiso para el Mejoramiento de las Vías de Comunicación del Distrito Federal. Web. Consultado 1 nov. 2014. <www.fimevic.df.gob.mx/documentos/transparencia/ley_local/LOPDF.pdf>

“Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas”. Función Pública. Web. Consultado 5 nov. 2014. <www.funcionpublica.gob.mx/unaopspf/dgaop/normaop.htm>

“Leyes”. *ALDF*. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Web. Consultado el 11 ago. 2015. <www.aldf.gob.mx/leyes-107-2.html>

“Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal”. Secretaría de Seguridad Pública. Web. Consultado 11 ago. 2015. <http://www.ssp.df.gob.mx/documentos/seguridad_privada/LEY%20ORGANICA%20DE%20LA%20ADMIN.%20PUBLICA%20DEL%20DF%202015.pdf>

“Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación”. Cámara de Diputados. Web. Consultado 27 jun. 2016. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/172_170616.pdf>

“Longitudes de las Líneas”. Sistema de Transporte Colectivo de la Ciudad de México. Web. Consultado el 8 febrero de 2015 <<http://www.metro.cdmx.gob.mx/operacion/longlineas.html>>

M

Mackaay, Ejan. “History of law and economics”. *Encyclo Find Law*. Web. Consulted on the 12th june of 2013. <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>

Margadant S., Guillermo F. “Derechos reales”. *Derecho Romano*. México: Esfinge, 2004. 228-302. Impreso.

Markovits, Richard S. “On the Relevance of Economic Efficiency Conclusions”. *Florida State University Law Review* 29. N° 1, Autum 2001: p. 5. Printed.

Mercuro, Nicholas y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1977. Printed.

México. Secretaría General de Gobierno del Distrito Federal. *Gaceta Oficial del Distrito Federal del 21 de enero del 2008*. México: SEGOB, 2008. Impreso.

Miceli, Thomas J. *The economic Approach to Law*. Redwood City: Stanford University Press, 2004. Printed.

Mill, John Stuart. “On the Definition of Political Economy, and on the Method of Investigation Proper to It”. *London and Westminster Review*. Octubre 1836. Digital.

Mill, John Stuart. “Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy”. *Longmans, Green, Reader & Dyer*. 2a ed. 1874. Digital.

Miró Rocasolano, Pablo. El Teorema de Coase y sus implicaciones según “El problema del Coste Social”. *Contribuciones a la economía de La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes*. Web. Consultado el 9 de abr. 2016. <<http://www.eumed.net/cursecon/colaboraciones/index.htm>>

Montes, Rafael. “Por Línea 12, emiten 61 inhabilitaciones y multas por más de 627 mdp”. *Financiero.com.mx*. 9 sep. 2014. Web. Consultado el 22 septiembre de 2015 <<http://www.elfinanciero.com.mx/sociedad/por-linea-12-emiten-61-inhabilitaciones-y-multas-por-mas-de-627-mdp.html>>

Morineau Iduarte, Martha; Román Iglesias González. *Derecho Romano*. México: Oxford, 2003. Impreso.

Muñoz Fraga, Rafael “Conceptos Fundamentales del Derecho Económico”, *Derecho Económico*. México: Editorial Porrúa, 2011.

O

Oficio de Liquidación del Contrato de Obra Pública de la Línea 12 del Metro de la Ciudad de México. Solicitud de información realizada a la Secretaria de Obras y Servicios del Distrito Federal. Véase “Sistema de Solicitudes de Información de la Ciudad de México”. *INFOMEX INFODF*. Web. Consultado el 10 feb. 2015. <www.infomexdf.org.mx>

Olivera, Julio H.G. *Derecho Económico; Conceptos y Problemas Fundamentales*. Argentina: Ediciones Macchi, 1981. Impreso.

P

“Perfil Carlos Slim”. Revista Forbes. Web. Consultado el 22 sep. de 2015
<<http://www.forbes.com/forbes/welcome/?toURL=http://www.forbes.com/profile/carlos-slim-helu/&refURL=https://www.google.es/&referrer=https://www.google.es/>>

Pigou, Arthur. *Wealth and Welfare*. London: McMillan and Co. Limited, 1912. Printed.

Pigou, Arthur. *Economics of Welfare*. London: McMillan and Co. Limited, 1920. Printed.

Pigou, Arthur. “The Law of Diminishing and Increasing Cost”. *Economic Journal*. 1927. Printed.

Pigou, Arthur. “Economic Progress in a Stable Environment”. *Economica*. 1947. Printed.

Pindyck, Robert y Daniel Rubinfeld. *Microeconomía*. 7ª ed. Madrid: Ed. Pearson Educación, 2009. Impreso.

Piketty, Thomas. *El Capital en el siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica: 2013. Impreso.

“Políticas Administrativas, Bases y Lineamientos en Materia de Obra Pública”. FIMEVIC. Fideicomiso para el Mejoramiento de las Vías de Comunicación del Distrito Federal. Web. Consultado 10 feb. 2014. <www.fimevic.df.gob.mx/documentos/transparencia/politicas/politicas_administrativas_bases_y_lineamientos_2001.pdf>

Porter, Michael E. and Mark Kramer. “Creating Shared Value: Redefining Capitalism and the Role of the Corporation in Society”. *Harvard Business Review*. Jan. 2011. Printed.

Posner, Richard. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review*. Vol. 53, 1975: 757-782. Printed.

Posner, Richard. “Utilitarianism, Economics and Legal Theory”. *8 Journal of Legal Studies*. 1979: 103. Printed.

Posner, Richard. “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”. *Hofstra Law Review* 8. 1980. Printed.

Posner, Richard. “A Reply to Some Criticisms of Efficiency of the Efficiency Theory of the Common Law”. *Hofstra Law Review* 9. 1981: 791. Printed.

Posner, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981. Printed.

Posner, Richard “The Law and Economics Movement”. *American Economic Review*. Vol.77, 1987: 1-13. Printed.

Posner, Richard. “What do Judges Maximize”. *John M. Olin Law & Economics Working Paper* 15. Chicago: Chicago University, 1993. 103. Printed.

Posner, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995. Printed.

Posner, Richard. “Cost-Benefit Analysis: Definition, Justification, and Comment on Conference Papers”. *Journal of Legal Studies*. No. 29, june 2000: 1156. Printed.

Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. 6a ed. Boston: Little Brown, 2003. Printed.

Posner, Richard. “El AED en el *common law*, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo”. *Revista de Economía y Derecho*. Trad. Enrique Pasquel R. con la autorización del autor y de la revista Ratio Juris, donde fue publicado en su versión en inglés Vol. 2, N° 7. 2005: 7-16. Impreso.

Posner, Richard. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005. Printed.

Posner, Richard, et al. *AED*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2011. 18–141. Impreso.

“Proyecto de Constitución Política de la Ciudad de México”. Gaceta Cámara de Diputados. Web. Consultado el 18 julio de 2016 <gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/DOC/ProyectoConst15sep.pdf>.

R

Revista Internacional de Derechos Humanos. No 5 57. 2015. Web. Consultado el 8 febrero de 2015. <www.revistaidh.org>.

“Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado, para el año terminado el 31 de diciembre de 2014, presentado por ICA, S.A.B. de C.V. para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”. Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Web. Consultado el 21 mayo de 2016. <files.shareholder.com/downloads/AMDA...8c7b.../REPORTE_ANUAL_2014.pdf>

“Reporte Anual que se presenta de acuerdo con las disposiciones de carácter general aplicables a las emisoras de valores y a otros participantes del mercado, para el año terminado el 31 de diciembre de 2015 realizado por Empresas ICA, S.A.B. de C.V. para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores”. Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Web. Consultado el 2 mayo de 2015 <http://files.shareholder.com/downloads/AMDA-2AJCV9/2127510490x0x892455/4E800F52-D396-4321-A136-35BF2AA7581D/Reporte_Anuual_EMICA_SAB_de_CV_ejercicio_2015_VF.PDF>

Resolución del 23 de abril de 2013, dictada por el Juez Cuadragésimo Primero Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 1693/2012, consultada en “Sistema Integral para Consulta de Resoluciones”. *SICOR*. Poder Judicial del Distrito Federal. Web. Consultado 22 de julio de 2015. <sicor.poderjudicialdf.gob.mx>

“Resuelve Primera Sala Recurso de Reclamación sobre Conflicto Competencial en Juicio por Línea 12 del Metro”. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 13 de julio de 2016. Web. Consultado el 14 de agosto de 2016. <<http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/login/comunicado.asp?id=4354>>

Riley, Patrick ed. *The Cambridge Companion to Rousseau*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2001. Printed.

Roemer, Andrés. *Introducción al AED*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. Impreso.

S

“Semanario Judicial de la Federación” Suprema Corte de Justicia de la Nación. Web. Consultado 3 junio de 2016. <<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/paginas/tesis.aspx>>

Sentencia del 15 de octubre de 2014, dictada por el Segundo Tribunal Unitario en Materia Civil y Administrativa en el Primer Circuito dentro del expediente 85/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 12 mayo 2016.

<<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

Sentencia del 12 de marzo de 2015, dictada por el Juez Sexagésimo Primero de lo Civil en el Distrito Federal dentro del expediente 346/2014, consultada en “Sistema Integral para Consulta de Resoluciones”. *SICOR*. Poder Judicial del Distrito Federal. Web. Consultado 30 de julio de 2015. <sicor.poderjudicialdf.gob.mx>

Sentencia del 11 de septiembre de 2015, dictada por el Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal dentro del expediente 1773/2014, consultado en “Dirección General de Estadística Judicial”. Poder Judicial de la Federación. Web. Consultado 20 de octubre de 2016.

<<http://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>>

Seroa da Motta, R. *Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina: aspectos conceptuales y el caso de Brasil*. Santiago de Chile: CEPAL, 2001. Impreso.

Shavell, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Massachusetts y London, UK: Ed. The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. Printed

Smith, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London: Ed. W. Strahan & T. Cadell, 1776. Printed.

Solá, Vicente, et al. *Tratado de Derecho y Economía*. Buenos Aires: La Ley, 2013. 78–103. Impreso.

Stiglitz, Joseph E. *La economía del sector público*. 3ª ed. Barcelona: Ed. Antoni Bosch, 2000.

Stordeur, Eduardo. *AED. Una Introducción*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. 30–52. Impreso.

U

Ulen, Thomas. "The Unexpected Guest: Law and Economics, Law and other Cognate Disciplines, and the Future of Legal Scholarship". *Chicago Kent-Law Review*. Vol. 79, 2004. Printed.

W

Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica España, 1993.

White, Donald. "Adam Smith's Wealth of Nations". *Journal of the History of Ideas*. Oct-Dec 1976: 715-720. Printed.

Williamson, Oliver. *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. Neva York: Free Press, 1975. Printed.

Williamson, Oliver. "The economies of organization: the transaction cost approach". *American Journal of Sociology* 87. 1981: 548-577. Printed.

Williamson, Oliver. "The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes". *Journal of Economic Literature*. vol. 19, dec. 1981. Printed.

Williamson, Oliver. *The Economic Institutions of Capitalism*. Nueva York: Free Press, 1985. Printed.

Witker V., Jorge: *Antología de Estudios sobre Derecho Económico*. México: Edemex S.A., 1978. Impreso.

Z

Zipursky, Benjamin. "Pragmatic Conceptualism". *Legal Theory* 6, N° 4, Dec. 2000: 462-463. Printed.