

La negociación contractual y el análisis económico

A Negociação contratual e a análise econômica

Lidia María Rosa Garrido Cordobera*

Resumen

Un real acierto de la escuela del nuevo derecho económico el hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible no tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos a partir del criterio que se centra en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual. El derecho contractual solo y exclusivamente puede derivarse y explicarse desde la racionalidad económica en el sentido que para la teoría del bienestar tiene la eficiencia cuando un determinado acuerdo cumple la función económica de utilidad a ambas partes a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie conscientemente a sus preferencias.

Palabras-clave: *Derecho económico. Derecho contractual. Prevención de daños en la responsabilidad civil. Teoría del bienestar. El proceso de negociación.*

Resumo

Um objetivo concreto da escola do novo direito econômico é sustentar a impossibilidade de compreensão das instituições jurídicas a luz de critérios puramente jurídicos, sendo necessário considerar o conteúdo econômico, os elementos sociais, com os efeitos que trazem sobre a sociedade e os indivíduos, tendo o homem como principal critério, valorando e preservando a sua condição social e individual. O direito contratual só pode se derivar e se explicar desde a racionalidade econômica no sentido que para a teoria do bem-estar terá eficiência quando um determinado acordo cumpre a função econômica de utilidade para ambas as partes, a não ser que uma delas renuncie conscientemente as suas preferências.

Palavras-chave: *Directo econômico. Direito contratual. Prevenção de danos e a responsabilidade civil. Teoria do bem-estar. O processo de negociação.*

Introducción - Las relaciones entre las disciplinas economía y derecho

Hemos sostenido en reiterados trabajos que negar que exista una relación entre el Derecho y la Economía, es quizás tan utópico como negar la existencia de que la Tierra gira en torno al Sol, pero

todos sabemos el tiempo que tuvo que transcurrir para que esto último fuese generalmente aceptado y las disputas que sostener tal teoría originó. (CORDOBERA, 1995; 1997; 2001).

Nadie duda que las dos disciplinas están íntimamente ligadas en la evaluación que uno haga de institutos jurídicos, y se nota evidentemente en el

* Profesora Regular Adjunto de Contratos Civiles y Comerciale – Derecho Civil III-, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

ejemplo del hombre que —no vive aislado—necesita satisfacer sus necesidades y se establece el intercambio de bienes, pero en nuestra concepción también debemos advertir que el contenido de los institutos jurídicos no se agota allí sino que existe el elemento sociológico y el valorativo atinente a lo justo.

Cuando aparece en el panorama jurídico el análisis económico del Derecho muchos conceptos como el que analizáramos al escribir sobre el criterio de eficacia ligado a la actividad legislativa o a los criterios económicos ligados a la actividad industrial, han revelado tener una gran importancia en del Derecho Civil especialmente en el ámbito de la responsabilidad civil y en el ámbito contractual en sus distintas fases, desde la etapa precontractual hasta la postontrctual.

Pero sobre todo podemos decir que su influencia no se agota allí sino que se lo encuentra en el Derecho laboral, el Empresarial y hasta en el Derecho Publico.

Hemos destacado el rol que el análisis económico del Derecho juega en el área de prevención de daños en la responsabilidad civil o como preferimos llamarlo en el derecho de daños, sobre todo donde se entrecruza con el área legislativa ya que es allí justamente, cuando ha de notarse si se utilizará el criterio de la eficacia al dictar determinada regulación o no y se ponderarán otros criterios para lograr un efecto determinado en la sociedad sin abandonar el pilar fundamental de nuestra disciplina que es la búsqueda de la justicia y también la del bien común. (CORDOBERA, 1993; 1995).

Consideramos un real acierto de la escuela del nuevo derecho económico el hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible no tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y sobre los individuos a partir del criterio que se centra en el hombre pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual.

El enfoque positivo de la economía nos lleva a la descripción del mundo económico tal y cómo es y explicar cómo determinadas medidas o variables pueden modificarlo. Justamente para estos supuestos se han elaborado modelos que ayudan a evaluar los efectos; en materia de responsabilidad civil es común que nos refiramos a los costes o beneficios que derivan de la adopción de sistemas de responsabilidad por accidentes o, por ejemplo, leyes que tutelen la defensa del consumidor, la tutela

y el control efectivo del medio ambiente, los seguros obligatorios y una serie de temas importantes en la vida de los individuos y de toda la sociedad y en materia contractual al costo de la transacción y de la previsión de consecuencias como así también a la introducción de cláusulas de previsión de soluciones alternativas de conflicto..

Pero podemos o mejor dicho debemos recordar que el derecho económico y el análisis económico del Derecho no son lo mismo, esta compleja cuestión teórica posee raíces ideológicas, filosóficas, políticas y, por supuesto económicas que se conectan con el Derecho y aspiran a constituirse en fundamentos institucionales.

El llamado derecho económico o de la economía tiene raíz europea-continental y nace según los autores en la Alemania de la post-guerra, en la Primera Guerra Mundial. Es Justus Hedemann; quien le imprime su sello particular, en su evolución y desarrollo que marca la ordenación de la economía asignando recursos productivos desde la óptica del denominado Estado de bienestar que tiene la característica de ser reglamentador, limitando la acción individual en aras de la solidaridad social y el bien común. Tiene como meta la justicia distributiva y desde el punto de vista técnico-jurídico es una categoría abierta, se caracteriza por abarcar e interpretar conexiones entre factores sociológicos, económicos, y jurídicos controvirtiendo los clásicos criterios cerrados del Derecho.

Posteriormente se abre paso un pensamiento imbuido de la filosofía neoliberal con el paradigma del libre juego de la competencia, la subsidiariedad y las nociones de empresa, mercado y capital, inundando la década del sesenta y proyectándose hasta nuestros días.

Mientras el análisis económico del Derecho es una corriente más reciente según ya hemos expuesto y se desarrollan en escuelas de derecho americanas como la de *Yale Chicago* a través de Guido Calabresi (1984) y Richard Posner (1998). Mantiene puntos en contacto pero su diferencia básica esencial radica en tomar como eje la metodología respecto de la solución de conflictos de intereses, sobre la base de criterios económicos como los de valor, rentabilidad, satisfacción de necesidades, etcétera y la influencia que éstos presentan en las soluciones de interpretación jurídica. (CALABRESI, 1984; POSNER, 1998).

Justamente entre otros conceptos se alude al criterio de eficacia como aquel que nos permite con un criterio filosófico utilitarista que se mueve también dentro de la concepción del mercado, la

mejor asignación de la sociedad de producir más a un menor costo.

El Derecho en sí para algunos no tiene ninguna función decisoria relevante, salvo la no muy "pequeña" - tarea de corregir las divergencias entre costes y beneficios, externalidades y perjuicios, cuando el equilibrio no ha surgido naturalmente o se ha roto.

Han acuñado para éstas correcciones el concepto de los *property rights* pero con un sentido económico más amplio y diverso que el de nuestros derechos reales, cuyo análisis con detenimiento escapa al fin de este trabajo. Señalaremos que la mayor aplicación de ellos se da en dos grandes áreas que nos interesan cuales son el ámbito de los contratos y de la responsabilidad civil. (SPECTOR, 2003).

Como vemos la ciencia económica ha ido ampliando su campo de acción abarcando o invadiendo el campo de las disciplinas sociales llegando a pretender sustituir el Derecho por el mercado y lógicamente deshumanizándolo.

Nosotros siempre hemos sido partidarios de las interrelaciones y los enfoques abarcativos pero, también siempre hemos defendido el rol primordial del hombre, de su dignidad como ser y no como mero sujeto a ser tenido en cuenta como variable más.

En nuestra sociedad globalizada no es de extrañar que asistamos a un creciente interés de la comunidad científica en la Microeconomía, sobre todo para intentar, entre otras cosas, utilizar la eficiencia para describir el desarrollo del Derecho y de las instituciones jurídicas y emplearlo como criterio decisivo para elaborar o reelaborar las instituciones políticas o jurídicas y obtener determinadas opciones judiciales.

Se diría que la eficacia sirve para determinar la estructura "correcta", la conducta "adecuada" y el carácter "apropiado" de la vida económica que en definitiva, tiñe al Derecho a través de las instituciones políticas y jurídicas o sea que tiñe a la sociedad y al hombre.

Posner ha sido uno de los defensores de esta postura como un procedimiento técnico para la utilización de los recursos económicos de tal modo que está maximizada la denominada satisfacción humana que se mide por los deseos de los consumidores en el pago de los bienes y servicios, utilizando la eficacia y otros conceptos económicos para revisar y reformar el sistema legal.

Hay, sin embargo, autores como Nicolás Mercuro que critican que la eficacia sea tomada como piedra angular del Derecho y de la economía

para analizar y formular las políticas jurídico-económicas.

1 Reflexión sobre la eficacia y la equidad como principios

Creemos que en la sociedad no se vive solo de la eficacia, y todos alguna vez nos hemos preguntado, eficiencia ¿para qué?, y sobre todo eficiencia ¿para quién? ¿a que precio? Por otro lado, ¿puede haber justicia o equidad en la ineficiencia o es esto generador de daños y de inseguridad jurídica? Ambos eficiencia y equidad son defendidos férreamente como principios en el análisis económico y en el Derecho respectivamente.

No creemos que plantearnos esta a cuestión sea una pregunta retórica sino que merece la pena ser meditada y de hecho estas cuestiones preocupan a los filósofos actuales y tienen que obligatoriamente preocuparnos a los operadores jurídicos.

En realidad el conflicto entre eficiencia y equidad es una de las cuestiones de

conflicto de valores más profunda que enfrenta la sociedad actual y es un problema de difícil solución ya que inmediatamente pensamos en los extremos a los que puede llegar por un lado el *laissez-faire* y por el otro el intervencionismo en la protección de determinados intereses restringiendo por ejemplo la autonomía de la voluntad, como pasó en la Argentina con las leyes de emergencia de alquileres, creemos que lo más difícil es lograr el "equilibrio dinámico" en una sociedad cambiante y con un hombre demandante, no sólo de bienes y servicios sino también de justicia pero que vale la pena intentarlo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

2 El contrato perfecto y la teoría contractual

La ley no es la única fuente del derecho en nuestro tiempo, tal afirmación no implica negar su importancia por el rol que ocupa en la toma de decisiones y sobre todo allí se observará o no la presencia que puede tener un adecuado análisis económico en la adopción de políticas legislativas y hasta judiciales.

El contrato, tomado cuantitativamente es la fuente primordial de obligaciones patrimoniales, pero su concepto no ha permanecido inmóvil en el tiempo y ha receptado las diferentes corrientes filosóficas e históricas como puede observarse en diversos estudios sobre el tema. (GARRIDO; ZAGO, 1998).

Para Macneil el contrato es un instrumento de previsión de futuro que utiliza de manera accesoria la voluntad de las partes siendo sensible a los cambios de la realidad social ya que existe una relación entre el contrato y las circunstancias que lo rodean, para Posner el contrato sería un instrumento de coordinación eficiente que debe utilizarse por las partes de manera no oportunista a fin de evitar costosas medidas de autoprotección. (NICOLAU, 2004).

La visión positiva que aporta el análisis económico del Derecho no solo es explicar cómo es el mundo económico sino también explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificarlo, se evalúa modelos para ver por ejemplo en el tema de la responsabilidad por daños contractuales los costes o beneficios que derivan del incumplimiento, de la aseguración y de la prosecución los procesos judiciales o las vías alternativas de solución de conflictos.

En el derecho moderno no podemos pasar por alto, la concepción utilitarista a la que adhiero y también la concepción de Ghestin que se asienta en lo útil y lo justo, se sostiene entonces que se le acuerda fuerza obligatoria al acuerdo de voluntades si presenta utilidad social y justicia contractual. esto nos lleva directamente en el tema de lo justo a la buena fe contractual.

Tampoco podemos evitar la referencia a la cuestión interpretativa para lo cual nos remitimos a lo escrito en nuestro trabajo en el "Tratado de la Buena fe en el Derecho", dado que permite encuadrar los verdaderos alcances del acuerdo de voluntades. (CORDOBERA, 2004).

Pero el Derecho tiene como dijimos además otro rol ya que no se agota en lo que se apuntó *ut supra*, sino que debería llevar al equilibrio del mercado propiciando la correcta asignación, entonces podríamos decir que el derecho de los contratos debe ser mirado y elaborado con relación a la eficiencia económica y a la equidad.

Decimos que el contrato es una creación artificial de los juristas para dar solución a la satisfacción en la adquisición de bienes y servicios y al considerar al derecho de los contratos como el instrumento para hacer efectivos y eficaces estos intercambios le es de aplicación los *property rights* como base a partir de la cual se maximice el valor de los bienes. .

En el análisis económico se parte de la noción del contrato perfecto, siendo este el ideal en el cual se han previsto por las partes todas las contingencias y vicisitudes contractuales pero se reconoce que conlleva un altísimo costo de previsión.

Estamos ante un contrato perfecto cuando las partes contratantes antes de concluir el contrato, se han puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución por ejemplo cumplimiento perfecto, imposibilidad, mora, cumplimiento defectuoso, producción de daños etc., para imputar el riesgo a una de ellas y determinar que prestación tiene que soportar su titular en caso de que se produzca alguno de los extremos planteados.

Se dice que contrato perfecto solo constituye un juego de ideas o una ficción a la que se recurre como referencia ya que los altos costes de transacción sobre todo de información solo permiten contratos cuyos riesgos estén incompletamente identificados pero creemos que tiene una importancia práctica ya que representa el sistema central de referencia del legislador y la Jurisprudencia.

Shafer y Ott (1991) en su magnífica obra, consideran que el derecho contractual desde la perspectiva del análisis económico del derecho es el intento de reconstruir el contrato perfecto y de imputar los riesgos sobre lo que las partes no se han puesto de acuerdo expresa o tácitamente de tal forma que se maximicen las ventajas del contrato en la situación *ex ante* a su conclusión.

Entonces la tarea de la legislación y la jurisprudencia ante un contrato alterado en el cual esa alteración no haya sido prevista en el contrato será la de maximizar racionalmente la utilidad que consistirá en imputar el riesgo a aquel que lo puede reducir o absorber al menor gasto.

El Derecho determina a posteriori como sería el contrato perfecto si se hubiera actuado de manera inteligente en la previsión y también cuando se afecta la base o fundamento del negocio y hay que encontrar una solución paralela a los intereses de las partes de tal modo que el derecho contractual tiene una función que consiste en gran medida en la tarea de reconstrucción del contrato perfecto imputando consecuencia a través de normas supletorias al contrato.

Señala Torres López (1987) que no solo le atañe al derecho la resolución eficiente de situaciones de incumplimiento de mala fe sino además los incumplimientos totales o parciales de las obligaciones que se deriven incluso de la buena fe, señala también que cumple una importante función informativa que consiste en el establecimiento de las condiciones generales que eviten la negociación particular de todas las contingencias, se superpone a la autonomía de las partes y solo cuando los beneficios esperados de un apartamiento del sistema

de derecho regulado en la norma son superiores a los costes de la modificación, la regla privada contractual aparece como necesaria.

Si pensamos en ejemplos concretos en la legislación argentina surgen inmediatamente figuras como el Pacto Comisorio Tácito previsto en el 1204 y la Teoría de la Imprevisión prevista en el 1198 2da parte, las normas relativas a garantías de evicción y vicios previstas por el Código civil y Ley del consumidor, las normas que establecen los alcances de la responsabilidad contractual, los institutos de la Lesión, el Abuso de Derecho, etc. (GARRIDO; ZAGO, 1998).

Siguiendo a Kornhauser se puede distinguir las aproximaciones que tienen frente al caso, por un lado la teoría económica del derecho contractual que ve a la cuestión como la redacción judicial de una cláusula omitida por las partes mientras que la doctrina jurídica al haber desarrollado categorías conceptuales tales como oferta, consentimiento, objeto, etc., con el fin de analizar y ordenar las normas de derecho contractual, realiza una tarea partiendo de clasificar un asunto como de interpretación, justificación o incumplimiento.

El reconocimiento jurídico de la libertad contractual abre a los sujetos la posibilidad de regular sus asuntos y sus relaciones mutuas mediante acuerdos de carácter negocial según su libre albedrío y su responsabilidad, es la expresión del principio de autonomía, pilar básico para la estructura del derecho contractual como lo concebimos, recalquemos una vez más que reconocemos esta autonomía dentro de los marcos establecidos por el derecho mediante las normas de orden público y respetando los principios generales del derecho. (CORDOBERA, 1986).

En virtud de esta libertad contractual cada cual determina por sí mismo con quien quiere mantener relaciones contractuales y a que debe referirse esta (libertad de contratación) y determinan por sí mismos sus obligaciones mutuas y sus modalidades (autonomía reguladora) pero desde una perspectiva económica solo estaremos frente a un contrato válido cuando un determinado acuerdo cumple la función económica de utilidad a ambas partes a no ser que estemos frente al supuesto de que una de ellas renuncie conscientemente a sus preferencias. (SHAFER; OTT, 1991).

Este planteo lleva necesariamente a la idea de que el derecho contractual solo y exclusivamente puede derivarse y explicarse desde la racionalidad económica en el sentido que para la teoría del bienestar tiene la eficiencia en la asignación del recurso.

Recordemos que las premisas del contrato perfecto son que los contratantes actúan racionalmente, que disponen de todas las informaciones contractualmente relevantes, que regulan todos los puntos igualmente relevantes, que el contrato se ha concluido de buena fe, suponiendo que el engaño, amenazas y la influencia de poder monopolista quedan excluidas.

La reconstrucción del contrato perfecto se realiza mediante la interpretación judicial supliendo la voluntad hipotética de las partes teniendo en cuenta lo que ellas es habrían acordado si hubieran contratado con un comportamiento honrado, con un examen calculado de sus intereses según la buena fe, se trata según lo reseñado por Schafer y Ott (1991) de un criterio objetivo que refiere a la conducta de partes honradas, en colaboración leal, que hubiesen acordado observando los parámetros de buena fe y la costumbre del lugar de forma razonable y equitativa para obtener una compensación justa de intereses

Indefectiblemente la reconstrucción del contrato perfecto nos llevara a la base del negocio jurídico y a los institutos correctores que cada derecho recepte, en el caso argentino tenemos al abuso del derecho, la lesión subjetiva objetiva y a la imprevisión, pero sobre todo también a la celebración, interpretación y ejecución de los contratos conforme a la buena fe.

3 El proceso de negociación

Suele decirse al referirse a la dinámica de la negociación que es la ciencia que comprende el análisis sistemático de evitación y resolución de conflictos y que como arte incluye las habilidades en el manejo de las relaciones interpersonales, la capacidad de convencer, de ser escuchado y escuchar, de saber que estrategia usar y como y cuando hacerlo.

Es una negociación ideal aquella en la que observaremos la presencia de interacción o intercambio entre diferentes partes que presentan un fin común que es el de lograr un acuerdo, teniendo en claro sus respectivos objetivos y márgenes de acción en correlación de fuerzas.

Hay que distinguir si estamos en presencia de partes que estarán vinculadas por un hecho aislado Ej. Una compraventa puntal o frente a partes que mantendrán un vínculo en el futuro Ej. El contrato de suministro ya que en estos casos el comportamiento será distinto en cuanto a la previsión y dureza de las cláusulas y al margen de negociación.

Debe valorarse también la existencia de contratos similares o vinculados que las partes tengan con otras personas a fin de establecer las variables que puedan entorpecer o favorecer la negociación y la necesidad de prever cláusulas especiales.

Es relevante tener en cuenta si estamos en presencia de partes unipersonales o plurales dado que en este último supuesto puede haber divergencias internas que retarden, al necesitarse la ratificación del acuerdo, la conclusión del contrato y esto puede ser utilizado como arma o estrategia tanto por la parte plural como por la otra en la fijación de cláusulas que afecten el equilibrio contractual.

En la negociación hay que tener en cuenta la importancia que tiene la información y la veracidad de la misma ya que ello es determinante para la realización de un contrato, aunque suele sostenerse que cada parte está más preocupada por sus propios intereses que por el bienestar ajeno.

También es necesario en este proceso que cada parte internalice que podría suceder si no arriban al acuerdo, las posibilidades de obtener el mismo fin con otro sujeto, un análisis de costos y beneficios, tiempo invertido en la negociación y los márgenes de maniobra antes de retirarse de una negociación ya iniciada.

Suele sostenerse que en realidad no importa cual es el estilo de la negociación si este es cordial o agresivo o si las partes dan a conocer abiertamente sus objetivos reales y márgenes de maniobra, lo importante es que cada parte sepa cual es la expectativa de rendimiento mínimo eficiente que persigue lograr con el acuerdo.

Recordemos que si bien es de aplicación la Teoría de los juegos, se descarta la aplicación de la Teoría de los juegos de "suma cero" (en el que la actitud para conseguir el éxito es perjudicar al contrario) dado que consideramos que el contrato debe encuadrarse dentro de los "juegos productivos" puesto que supone ventajas para todos los protagonistas, se tiende a la cooperación para obtener un resultado común de eficiencia. El "dilema del prisionero" se supera mediante contratos vinculantes, entonces nadie elegiría una conducta no cooperativa dado que el incumplimiento contractual genera daños y perjuicios exigibles por la otra parte conforme al orden jurídico. (LUCE; RAIFFA, 1989).

Debe haber correlación de fuerzas entre las partes ya no es posible negociar con un desequilibrio o asimetría insalvable puesto que resta interés y no reporta ninguna utilidad a la parte dominante el realizar concesiones, ejemplos de esta falta de correlación se dan en los contratos de adhesión.

Al referirnos al poder lo hacemos teniendo en cuenta tanto el poder actual como el poder potencial, que es el que deriva de otras interrelaciones que se tengan con terceros, ya que debe tener en cuenta en el proceso de negociación que el comportamiento de cada parte muchas veces es determinado por las acciones futuras de otros sujetos y la posible evolución de situaciones de conjunto, esto último sobre todo en el ámbito empresarial.

Abordando el clima de la negociación sabemos que esta puede desarrollarse en cooperación o discordia, según que se coordinen acciones o se obstaculicen mutuamente interfiriendo negativamente.

La cooperación es posible aunque en realidad a una parte le sea indiferente la otra como en la compra de un atado de cigarrillos en un quiosco al paso, o se tenga presente posibles represalias, pero también existen situaciones en que la cooperación derivara de la interdependencia o la empatía.

Suele recalcar que los futuros contratantes y en general los individuos se comportan como actores egoístas y racionales que operan en función de sus intereses de eficiencia perseguidos, sobre todo cuando van a formalizar un acuerdo contractual.

Pero siempre deberemos observar que su comportamiento diferirá según el contexto de información que manejen, ya que el poseer información relevante o conocimientos de igual naturaleza posiciona mejor en una negociación y es también una manifestación de poder negocial, permitiendo al que la posee tomar las medidas preventivas necesarias o de acción que más le favorezcan, incorporando cláusulas especiales en el contrato o fijando estrategias.

Con relación al conocimiento o cierto tipo de información debemos tener en cuenta que podemos contar con la presencia de terceros que realizan ciertos estudios específicos, ellos son los asesores técnicos especializados que permiten procesar y establecer la aplicación o incidencia de la información, nos estamos refiriendo por ejemplo a informes técnicos legales, contables, químicos, de producción, marketing o ambientales, que necesariamente deberán traducirse al lenguaje común para poder ser evaluado por la parte o por ambas partes para la toma de decisiones.

Por eso es que en cuanto a la aplicación de los métodos cuantitativos o cualitativos a la información, en realidad suele priorizarse éste último en la mirada que se hace en lo referente a la calidad de los sujetos que la emiten, su confiabilidad y la

capacidad con la que es desarrollado el tratamiento de la información.

Muchas veces la carencia de información en ambas partes es origen de conflictos o de ambigüedades que impiden avanzar con la negociación pero es incuestionable que otras tantas uno de ellos puede utilizar la información para demostrar superioridad o para confundir al otro sujeto.

Otro extremo que en la negociación se tiene en cuenta es la reputación de las partes, es lo que en el análisis económico se conoce como "mecanismo de Goodwill" que es una forma de reducción de inseguridad que se apoya en el principio de extrapolación, el comportamiento futuro de una persona se valora por su comportamiento en el pasado, este modo de análisis esta tan presente en nuestra vida cotidiana que motiva continuamente nuestras transacciones. Pensemos en el ejemplo del panadero al cual le compramos las facturas dado que las anteriores que consumimos han sido muy ricas y presuponemos que las de hoy serán iguales.

Para muchos este principio de la extrapolación, aunque útil no tiene una fundamentación científica o lógica, a pesar de que Hume pensaba que solo un demente o un bufón podría renunciar a utilizarlo y esta tan extendido dado que ante los costes de información altos para realizar un contrato perfecto los individuos en relaciones estables se apoyan en él.

Vemos que las relaciones de confianza se establecen para resolver problemas de información y ahorrar en los costes pero hay que señalar que también hay que tener en cuenta lo que Williamson llama el comportamiento oportunista, que se da cuando quien ha despertado la confianza en el otro, -que mantiene una actitud cooperativa-, quiebra esa confianza y elige una actitud no cooperativa.

El Derecho Civil mediante el juego armónico de sus normas nos permite establecer las consecuencias de las negociaciones tanto en la etapa pre-contractual, como la postcontractual, nos permite reordenar al contrato cuando este ha sufrido alteraciones, fijar sus alcances y también mediante la aplicación de las teorías de la apariencia, de los actos propios y o de la buena fe solucionar los conflictos que el tráfico negocial presenta a diario.

Colofón

Consideramos que los conocimientos estudiados por el Análisis económico pueden ser

utilizados por el conocimiento jurídico sin significar que los criterios económicos sustituyan a los criterios jurídicos y menos aun a los Principios Generales, pero si los estimamos muy valiosos para un análisis objetivo de la jurisprudencia y también muy útil para analizar la toma de decisiones tanto de las partes como de otros actores sociales pero siempre y cuando no perdamos de vista que el contrato desde el momento mismo de la negociación debe propender a fines éticos y de utilidad social y no meramente egoísta y oportunista

Referências

- CALABRESI, G. *El coste de los accidentes*. Barcelona: Ariel Derecho, 1984.
- CORDOBERA L. M. R. G. Bioética, la actividad industrial, los criterios económicos la salud y el derecho de daños. In: MACKINSON, Gladys; FARINATI, Alicia (Coord.). *Salud, derecho y equidad*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001. p. 201-213.
- _____. La buena fe como pauta de interpretación en los contratos. In: CORDOBERA, L. M. R. (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 154-172.
- _____. *Los daños colectivos y la reparación*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1993.
- _____. La interpretación de los actos jurídicos. *Revista Zeus*. Rosario, t. 42, n. 3029, nov. 1986. Disponible en: <<http://www.editorial-zeus.com.ar/>>. Acceso en: 21 oct. 2007.
- _____. La responsabilidad por la participación en el mercado (market share). In: ALTERINI, A.; CABANA, R. L. (Coord.). *La responsabilidad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995. p. 359-369.
- _____. La responsabilidad por riesgo de desarrollo. In: GIOJA, A. L.; CAMPOS, G. J. B. (Coord.). *Bioética, sociedad y derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1995. p. 72-89.
- _____. ¿Sirve al legislador la teoría económica de la eficiencia? In: BUERES, A. J.; CARLUCCI, A. K. (Coord.). *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997. p. 61-67.
- GARRIDO, R. F.; ZAGO, J. A. *Contratos civiles y comerciales: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.
- LÓPEZ, J. T. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos, 1987.

LUCE, R. D.; RAIFFA, H. *Games and decisions: introducción and critical survey*. Nova York: Dover, 1989.

NICOLAU, N. L. El rol de la buena fe en la moderna concepción del contrato. In: CORDOBERA, L. M. G.; KLUGER, V. (Coord.). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 75-99.

POSNER, R. *Economic analysis of law*. Boston: Little Brown Boston, 1998.

SHAFER, H. B.; OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho*. Madrid: Tecnos, 1991.

SPECTOR, H. *Elementos del análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.