

Riesgos jurídicos del empresario en Colombia*

Legal Risk for Entrepreneur in Colombia

*Bernardo Vanegas Montoya***

*Andrea Carolina Pérez Forero****

Fecha de recepción: 29 de enero de 2013

Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2013

Resumen

Los riesgos jurídicos que asume el empresario relacionados con los contratos que celebra, se encuentran tanto en el antes como en el después de su ejecución, esto es, tanto en la etapa precontractual, como en la etapa post contractual del negocio jurídico celebrado, particularmente, llaman la atención los contratos de ejecución diferida donde el paso de tiempo crea incertidumbres que ante un incumplimiento acarrea costos que necesariamente rompen el equilibrio contractual de los contratantes.

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación denominado: “El empresario, sus riesgos y responsabilidades”, dirigido por el abogado y docente investigador Dr. Bernardo Vanegas Montoya. Desarrollado gracias a la importante participación del semillero de investigación a cargo, integrado por: Danna Bahamón, Antonio Perdomo y Juan José Quintero; en coautoría con la abogada y docente investigadora Andrea Carolina Pérez Forero.

** Abogado, docente investigador y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Investigador principal del proyecto denominado “El empresario, sus riesgos y responsabilidades”. bernardo.vanegas@unimilitar.edu.co

*** Abogada **Magna Cum Laude** de la Universidad Militar Nueva Granada. Docente investigadora de la misma universidad, coautora del presente artículo. andrea.perez@unimilitar.edu.co

Es así como se hace necesario entender que los contratos de ejecución diferida tienen riesgos, los cuales deben y pueden minimizarse con incentivos y remedios ante posibles e imprevistos incumplimientos. Los riesgos conllevan costos; los costos de transacción contienen tanto los contables como los económicos, los primeros se refieren a los históricos, mientras que los segundos al futuro. Los costos de oportunidad que se encuentran dentro de los rubros económicos, dan lugar al beneficio sacrificado por no realizar otra actividad.

Palabras Clave

Empresario, Riesgo Jurídico, Contratos.

Astract

The legal risks undertaken by entrepreneurs with regard to contracts are faced with before and after them, particularly, contracts of successive execution during which uncertainty and risks are brought about and which at the time of their formation or during their compliance arise costs to either one of the counterparties that may overrun his benefits.

Hence, it is necessary to acknowledge that contracts of successive execution bear risks, which shall be mitigated by way of incentives and remedies, as for their compliance and breach. Therefore, risks lead to costs and transaction costs imply both accounting and economic; the first refer to the past whereas the latter refer to the future. Finally the opportunity costs within the economic costs refer to benefits given up by not doing another activity.

Keywords

Entrepreneur, Legal Risks, Contracts.

Clasificación del artículo

Artículo de investigación científica.

Introducción

A través de la presente investigación se pretende estudiar que el empresario tiene riesgos jurídicos en los contratos, particularmente, los de ejecución sucesiva o diferida en la etapa precontractual y en la postcontractual.

Se busca identificar los riesgos jurídicos de los contratos en la etapa precontractual y minimizar los riesgos jurídicos de los contratos de ejecución diferida mediante el desarrollo de incentivos y remedios para el cumplimiento y el incumplimiento conforme con el concepto de eficiencia.

Igualmente se procura identificar los riesgos jurídicos de los contratos en la etapa postcontractual específicamente en los contratos de ejecución diferida, dando un arduo análisis al manejo del incumplimiento y de la ejecución legal bajo el concepto de eficiencia, estableciendo con claridad los beneficios y costos generados a partir de un horizonte temporal del incumplimiento y de la ejecución legal, junto a los precios y los costos, contables y económicos, con la asignación de probabilidades en cada uno de los eventos.

Adicional al proceso propiamente, es relevante analizar la vinculación abogado-cliente así como el sistema legal imperante.

Aunque desde Grecia, y con el uso de la moneda, las primeras reflexiones sobre el estudio del derecho económico, se presentaron en relación con la justicia y el precio justo, de esta manera, a través de la historia la complejidad del negocio jurídico ha hecho relevante abordar temas como la forma de determinar un precio, como tasar intereses, el costo del negocio a cambio del beneficio, los riesgos que se asumen en la ejecución del acto y el valor de las pérdidas en caso de incumplimiento en comparación con el riesgo asumido.

Es por estos factores que se hace relevante determinar los riesgos que se asumen al celebrar un contrato durante su etapa precontractual y pos contractual, haciéndose necesario realizar una identificación de los aspectos influyentes en el mismo, tales como el estudio de la parte con la que se pretende contratar, los costos de transacción que se generan en la etapa previa a la realización del contrato, los generados durante su ejecución, los provenientes de su finalización y en caso tal, los derivados del incumplimiento, para así no generar nuevos costos no previstos y que, con posterioridad podrían ser superiores al beneficio pretendido.

Así, el empresario como persona que toma este riesgo debe minimizarlo al máximo con figuras como el seguro, la información, el conocimiento de los intervinientes en el contrato y el establecimiento de condiciones específicas; en otras palabras, debe aplicar métodos, técnicas y procedimientos propios de la economía al momento de la celebración del contrato, maximizando su realización y disminuyendo los posibles perjuicios.

Pero para lograr tal fin, es indispensable que las relaciones entre los entes contratantes sean voluntarios, en donde ambas partes actúan en pro de beneficios que los favorecen individual y socialmente, no compulsivos, porque es aquí en donde se presentan hechos generadores de perjuicios no previstos en los cuales indudablemente una de las partes gana y la otra pierde, ya que al realizar una actuación compulsiva no se prevé los factores desfavorables, pero presentes en la relación contractual.

El estado se hace indispensable para regular las relaciones contractuales con el fin de que sean voluntarias, siendo su función la de generar la protección debida y vigilar el cumplimiento de las normas establecidas desde la base constitucional, como es el caso de la relación laboral en donde no se puede exceder la jornada de trabajo y el trabajador no puede usar su jornada laboral para asuntos diferentes a los establecidos en el contrato laboral.

La utilidad esperada durante la **planeación** ejecución y finalización del contrato, es decir, el beneficio **susitante** de la relación contractual y que se obtendría en cada una de las probabilidades inciertas, debe calcularse conforme a las diferentes probabilidades presentes y futuras, y **sobre todo** deben ponderarse con la posible generación de una pérdida.

El empresario debe hacerse responsable en la realización de una actividad seria en donde se satisfagan necesidades y expectativas que correspondan con una visión integral de una sociedad en desarrollo y que contribuyan al crecimiento económico y productividad en concordancia con las instituciones políticas democráticas vigentes y con la utilidad esperada.

Se debe establecer una visión de negocio, planificada y evaluada, cuya finalidad es contribuir al logro del beneficio estratégicamente esperado evitando el riesgo, mejorando la competitividad y sustentabilidad de la relación contractual.

Se debe iniciar minimizando el riesgo a través de una gestión socialmente responsable, un análisis determinado de los factores incidentes y una determinada y excelente relación con grupos de interés, estableciendo así un buen negocio para la empresa.

También, se hace relevante que el empresario mantenga con la comunidad buenas relaciones de colaboración y responsabilidad con los distintos grupos de interés, que mantenga sus estados financieros al día y que genere confianza y solidez frente a los entes con los que requiera contratar.

El **gobierno** y la sociedad en general, han establecido prerrogativas al empresario, contribuyendo así en términos financieros, pero no se puede confiar la minimización del riesgo a las sanciones y protecciones estatales, debe existir una visión **práctica**, por eso, a través de este trabajo, se busca establecer

los puntos específicos con los cuales se disminuyan los hechos generadores de perjuicios, analizando las actuaciones que podrían determinarse como estratégicas, sustentables, apreciables y valoradas, haciéndose de vital importancia para las partes intervinientes en el contrato.

De tal forma que se podrían agrupar los desafíos que **tiene el** empresario analizando los riesgos, dentro de los cuales se encuentran: las exigencias **externas como** las licencias para operar, el retardo en la provisión de suministros, los retrasos en la realización de una obra debido a los estándares emergentes y las exigencias propias del cumplimiento de las prerrogativas legales. Se debe realizar una mejora continua de los procesos, garantizar eficiencia en las transacciones y analizar la seguridad que ofrece la parte con la que se pretende contratar.

Se trata de cómo hacer las cosas mejor en una actividad que busca tener **resultados económicos** positivos, donde no se presenten pérdidas o consecuencias indeseadas en la ejecución sucesiva del contrato, así se genera una economía imperante, sin burbujas de sostenibilidad que cuando explotan solo generan **pérdidas** abrumantes al empresario y a la economía en general.

Es relevante generar una economía de mercado sostenible y social, en donde además de los beneficios esperados por el empresario, se propenda por un sistema que apunte a generar utilidades de carácter social, porque una vez no se efectúa un análisis de los factores incidentes y no llevan a cabo las precauciones para evitar la incidencia del riesgo, además de las **pérdidas** propias de la **empresa** su repercusión se hace social **y en algunos casos** puede generar inseguridades en la mayoría de la población, como es el caso de la empresa que pierde sus proveedores y clientes por rumores o **un** solo hecho generador del riesgo, que hacen pensar que la relación con esa empresa puede ser desfavorable.

El empresario, seguridad y riesgo.

El empresario es una persona que asume riesgos¹, como lo afirman *Richard Cantillón*² y *Frank Hyneman Knight*³, sujeto motor de la *economía de mercado*⁴, un ente al cual el estado le ofrece ciertas garantías para sostener el sistema económico del país, sin embargo, es aquel que prefiere lo arriesgado, lo cual le representaría una utilidad ó *valor esperado*⁵. El renuente al riesgo. A diferencia el anterior es

- 1 Existe riesgo, a diferencia de incertidumbre, cuando no se tiene certeza sobre lo que va a ocurrir en el futuro afectando a la riqueza de los agentes, pero al menos se conoce cuáles son los distintos acontecimientos posibles y se cuenta con una distribución de probabilidades (aunque sea subjetiva) sobre su ocurrencia. Consultar en: ESTEVE, Fernando y MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael. "Conceptos de Economía". Alianza Editorial. 2007. p. 536.
- 2 (1680-1734) Banquero, economista y demógrafo irlandés. Afirma que la tierra y el trabajo son los principales factores de la producción. Fue autor del *Ensayo sobre la naturaleza del comercio en general* (1755), considerada por los tratadistas como el primer estudio sistemático de economía política. <http://www.biografo.info/biografias/ver/40254/Richard-Cantillon> [consultado el Lunes, 14 de Marzo de 2011]
- 3 Nacido en 1885 en Malean County, Illinois y Falleció en 1972, quien fuese Economista estadounidense. Representante de la primera Escuela de Chicago, sus estudios versaron sobre las relaciones entre los aspectos éticos y económicos de la sociedad. Trató de interpretar las tendencias sociales y económicas en el sistema capitalista dentro de una línea de pensamiento neoclásica no muy definida. <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/knight.htm> [Consultado el lunes, 14 de marzo de 2011]
- 4 Se entiende así que; "Con las garantías que la Constitución concede a ciertas libertades y derechos como son la libertad de empresa, la libertad de asociación, el derecho a la propiedad y el derecho a la libre competencia, entre otros, quedan sentados los pilares básicos para el funcionamiento del esquema de economía de mercado dentro de nuestra sociedad [...]. De esta manera, la economía de mercado, al contemplarse como medio para lograr la efectividad de los demás derechos individuales y colectivos de una población, se convierte en lo que conocemos como economía social de mercado [...]." Texto completo en: MARTÍNEZ MERIZALDE, Guillermo Mauricio. "PERSPECTIVA ECONOMICA DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA". Monografía para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá D.C., 2003. p. 9.
- 5 Utilidad esperada definida como la media ponderada de la utilidad que se obtendría en cada una de las posibles situaciones inciertas, donde las ponderaciones serían las probabilidades asociadas a cada uno de los posibles sucesos. Imaginemos que un individuo se plantea incorporarse como mercenario durante un mes y a de elegir en que país lo hace. En uno de ellos, de carácter pacífico la posibilidad de guerra es nula, de modo que la utilidad de ser allí soldado viene dada de la utilidad que le reporte su sueldo, que suponemos es de 500 dólares mes. La alternativa es de irse a un país en guerra. Allí su sueldo es de 10.000 dólares, pero se enfrenta a una probabilidad de ser herido en cuyo caso solo gana 1.000 dólares. Su función de utilidad esperada sería de $UE = (w) = (10.000 \times 0.8 + 1.000 \times 0.2)$. si este valor fuese superior a su nivel de utilidad en el país pacífico, (500), iría a la guerra. Ver texto completo en: ESTEVE, Fernando y MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael. "Conceptos de Economía". Alianza Editorial. 2007. p. 536.

quien prefiere algo seguro mientras que el neutral se encuentra indiferente a estas dos posiciones contrapuestas⁶.

Es así como en su condición de amante del riesgo se encuentra ante la posibilidad de tomar medidas que busque reducirlo, mediante la *diversificación*⁷, el *seguro*⁸ y la obtención de más *información*⁹. Diversificar el riesgo viene de refranes populares de “*el que no arriesga no gana y no hay que poner todos los huevos en la misma canasta*”¹⁰.

Tomar precauciones implica minimizar los hechos generadores de pérdida y aunque se tenga en cuenta los fenómenos con los cuales se pretenden reducirlos, en ningún momento se puede erradicar del todo, el hecho de existir el negocio jurídico, trae consigo la existencia del riesgo, que en últimas solo puede precaverse y razonarse en comparación con las posibles pérdidas en caso de incumplimiento.

Y un empresario que se desarrolla en el contexto colombiano, en donde se protegen derechos como la libertad de empresa y la propiedad privada tiene un amplio campo de acción pero también con un alto índice de riesgo, es por esto que sus precauciones deben basarse en el análisis de los aspectos incidentes en la celebración del contrato, teniendo en cuenta que en cada negocio jurídico, no puede hacer uso de los mismos factores estudiados, pues cada contrato es único específico, así sea con la misma parte y el mismo objeto, puede suceder que

- 6 PINDYCK, Robert S. *Microeconomía*. Pearson, Prentice Hall, 7ª edición. 2009, pp. 186 y 187.
- 7 Consultar en: BREALEY, Richard A. y MYERS Stewart C. “*Principios de Finanzas Corporativas*”. McGraw-Hill. 4ª Edición. Madrid. 1994. p. 175.
- 8 El seguro privado es el medio por el cual se reparten los riesgos entre muchas personas o instituciones que se enfrentan a ese peligro, de forma tal que en el caso de que a uno de ellos sufra algún siniestro, se lo compensa por su pérdida mediante las cuotas que han pagado las personas aseguradas. Para mayor consulta ver en: MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. “*Riesgo de Empresa*”. LexisNexis Abeledo-Perrot. 1ª Edición. Buenos Aires. 2004. p. 14.
- 9 Consultar en: JAENSCH, Gunter. “*Valoración de la Empresa*”. Biblioteca de Ciencia Económica. Colección Demos Editorial Ariel. Barcelona. 1974.
- 10 VANEGAS MARTINEZ, “Francisco. *Riesgos financieros y económicos*”, Productos derivados y decisiones económicas bajo incertidumbre, Thompson, 2007, p. XXIV.

en un contrato posterior haya cambiado algún factor como la estabilidad financiera de la empresa con la que se quiere contratar.

El empresario colombiano debe enfrentarse a riesgos jurídicos además de los *riesgos de mercado*¹¹, *estratégicos*¹², operativos y hasta ambientales. Es propio del *análisis económico del derecho*¹³, los estudios y las valoraciones de los derechos *propiedad*¹⁴, los *contratos*¹⁵

-
- 11 El riesgo de mercado significa peligro por fluctuaciones adversas en el precio de un activo. Consultar en: *Ibid.*, p. XXIII.
- 12 MEJIA QUIJAN, Rubi Consuelo. "Administración de Riesgos, Un Enfoque Empresarial". Fondo Editorial Universidad EAFIT. 1ª Edición. 2006. p. 37.
- 13 Para el objeto de **éste** trabajo vale saber que: "...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. Sin embargo, la aparición del "Análisis Económico del Derecho**2** [...], como tópico de investigación consolidado dentro del análisis económico ortodoxo, es un fenómeno relativamente reciente. Concretamente, desde los años cincuenta comienzan a aparecer una serie de trabajos en los que se conectan la Economía y el Derecho y que han dado lugar a una línea de investigación con carácter propio en el ámbito del análisis económico**2**. [...] En los años cincuenta, los ensayos pioneros de Director, Coase, Bork, Posner, Landes, Epstein o Easterbrook, entre otros, dieron origen a la aparición del Journal of Law and Economics, que se configuró como la primera revista especializada y que nos da una idea de la consolidación de este tópico dentro de la Ciencia Económica**3**, aunque habrá que esperar hasta las década de los 70 para que alcance el reconocimiento por parte de los juristas, gracias al trabajo de Richard A. Posner. [...]. Así pues, el Análisis Económico del Derecho se configura como la aplicación de la Teoría Económica y de los métodos económicos al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas." CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, Emilio, ET AL. "ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UNA REVISIÓN SELECTIVA DE LA LITERATURA RECIENTE". Profesores del Departamento de Economía General y Estadística. Derecho y conocimiento, vol. 1. Universidad de Huelva. Facultad de Derecho. Huelva. España.
- 14 El análisis económico del derecho examina **cuales** cosas materiales e inmateriales pueden ser legalmente protegidas como una propiedad, y **que** significa tener derechos de propiedad, **que** pueden hacer los propietarios con su propiedad, y **cuales** obligaciones tiene los propietarios a los demás. COOTER, Robert y ULEN, Thomas. "Derecho y Economía". Traducción de Eduardo L. Suárez. 2ª reimpresión. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 100-101
- 15 *¿Qué promesas deben hacerse cumplir legalmente? Y ¿Cúal debe ser el remedio para el incumplimiento de las promesas legalmente exigibles?*. A fines del siglo XIX y principios del siglo XX, los tribunales y los comentaristas legales angloamericanos desarrollaron la teoría de negociación de los contratos para contestar estos dos grandes interrogantes fundamentales del derecho de los contratos. Texto completo en: *Ibid.*, p.230

y los *ilícitos culposos*¹⁶. Este último posee unos elementos esenciales que tal como lo determinan Cooper y Ulen, permiten determinar los “efectos de diversas reglas de responsabilidad, las que pueden explicar mucho más que las definiciones de dogmática jurídica”¹⁷.

La teoría económica de la responsabilidad de los ilícitos culposos implica que los victimarios indemnicen los costos que generan su actuación. Así, se da solución a los costos que se puedan generar en cualquier situación, a modo de ejemplo en los accidentes, y en los incumplimientos en las estipulaciones de un contrato. Se pueden establecer incentivos a la precaución conforme a la responsabilidad estricta y a la ausencia de responsabilidad, o incentivos para la precaución en caso de generarse retrasos o fallas en las diferentes etapas del contrato.

En consecuencia, Cooter y Ulen reformulan la meta del derecho de los ilícitos culposos como sigue: *en un sistema de mercado de seguros completos y competitivos, las reglas de responsabilidad por ilícitos culposos debería estructurarse de tal modo que minimice la suma de los costos de la precaución y del seguro...*¹⁸

Frente a los contratos, existe certeza para el cumplimiento de los de *ejecución instantánea o simultánea* pero los contratos con *ejecución diferida*, el paso del tiempo crea incertidumbre y riesgos, por ende, obstáculos para el cumplimiento. Un contrato diferido

16 *Cooter y Ulen son quienes de manera más extensa elaboran aplicaciones de la economía a temas relevantes del derecho. Entre estos temas, y a título de ilustración, se encuentra la aplicación de la teoría económica a los ilícitos culposos.* Ver texto completo en: BEJARANO, Jesús Antonio. *EL Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos*. En: Revista de Economía Institucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1999. No. 001. pp. 155-167.

17 BEJARANO, Jesús Antonio. *EL Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos*. En: Revista de Economía Institucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1999. No. 001. pp. 155-167.

18 *Ibimen.*

exigible legalmente obliga a la *cooperación*¹⁹ entre los contratantes pero si no fuera exigible legalmente promovería la *apropiación*²⁰ por una de las partes. El carácter exigible del contrato prevé un *incentivo*²¹ para el cumplimiento y un *remedio*²² para el incumplimiento, lo que reduce la incertidumbre y el riesgo, con lo cual es productivo y beneficioso para las partes. El derecho de los contratos debe permitir el cumplimiento, y por consiguiente, la *eficiencia*²³ elemento esencial existente en el derecho y la economía pues una vez se presenta un problema, se establece una solución socialmente eficaz.

Hay que entender que el análisis económico del derecho permite además del entendimiento de las instituciones jurídicas y sus fundamentos legales, comprender los efectos económicos que tienen en la sociedad y en el desarrollo de la empresa por eso, repercute la importancia de **relajar** un análisis económico del derecho en la ejecución de los contratos, **mas** cuando contiene obligaciones realizables o exigibles con el paso del tiempo.

Se hace imperante realizar un estudio de los contratos de ejecución diferida incumplidos ante una reclamación legal en cuanto a sus riesgos **y por consiguiente** sus costos. Los riesgos jurídicos

19 Consultar en: **COOTER**, Robert y **ULEN**, Thomas. “Derecho y Economía”. Traducción de Eduardo L. Suárez. 2ª reimpresión. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1998. pp. 237.

20 Consultar en: *Ibid.*, p. 238

21 **La pregunta clave en un sistema de incentivos es “¿Cómo puede conseguir que una persona haga algo para mi?” formulemos esta pregunta en un contexto específico. Supongamos que una persona tiene tierras pero no puede trabajarlas ella misma, por lo que trata de contratar a otra persona para que las cultive. ¿Qué tipo de sistema retributivo establecería?. El problema se haya en averiguar en qué medida se debe ser sensible la retribución a la cantidad producida.** Consultar en: **VARIAN**, Hal R. “Un enfoque actual, Micro-economía intermedia”. Antoni Bosch, editor. 7ª Edición. Barcelona. España. 2009. p. 740.

22 **COOTER, ET AL**. Op. Cit., p. 289 y siguientes.

23 Decimos que el proceso de producción es **productivamente** eficiente si se da cualquiera de dos condiciones: 1. no se generan la misma cantidad de producción utilizando una combinación de insumos de costo menor ó 2. no se puede generar más producción utilizando la misma cantidad de insumos. *Ibid.*, p. 25.

internos del empresario colombiano en el derecho de los contratos empiezan con los conocimientos y experiencias para la determinación del ámbito de los datos, la obtención de información, la previsión de *externalidades*²⁴ y de comportamientos de mercado, como el *monopolio*²⁵ a manera de ejemplo, la negociación de los términos del contrato, la redacción del mismo, los cuales al implicar riesgos conllevan *costos*²⁶ que si son demasiado altos con relación al excedente se convierten en obstáculos para la eficiencia, entendida ésta como la asignación de recursos para maximizar el valor.

24 VARIAN. Op. Cit., p. 653.

25 CARRASCO, Amparo, ET AL. "Microeconomía Intermedia, Problemas y Cuestiones". Universidad Complutense de Madrid. España. McGraw-Hill. 1ª Edición. 2003. p. 345.

26 Vale la pena resaltar que " la TCT" que se debe entender por Teoría de los Costos de Transacción "tiene como objetivos identificar las fuentes de los costos de transacción (aquellas características ó dimensiones de una transacción que hacen el intercambio problemático ó sumamente costoso) y especificar el mecanismo de gobierno que puede coordinar de la manera más eficiente la transacción, de tal forma que se logren economizar dichos costos [...]. La eficiencia se constituye en el criterio por el cual medir el desempeño, que se entiende como una forma de economizar costos y se atribuye a formas organizadas (mercados ó jerarquías [...]) de una interfase tecnológica separable [...]. Es un concepto que incluye tanto la noción de intercambio como la de contrato. La de intercambio de derechos de propiedad por bienes y servicios no implica una promesa de responsabilidad futura y está típicamente ejemplificada por transacciones en el mercado spot. El contrato sí supone una promesa de desempeño futuro, esencialmente porque una parte ha hecho una inversión y su retorno depende del comportamiento de la otra parte en el futuro. Este tipo de transacciones, donde se intercambia una promesa de desempeño futuro [...] y se establece un contrato, son el objeto central de estudio de la TCT. Williamson distingue entre costos ex ante y ex post a la fijación de un contrato, derivados de las actividades de información, negociación y de ejecución esenciales al proceso. Existen costos asociados a la búsqueda de personas ó de bienes, a la medida de atributos, así como a los derechos de la transferencia y a la negociación de los términos del acuerdo. A su vez, existen otros costos debidos al seguimiento y a la revisión del cumplimiento del contrato. Las transacciones implican costos, dado que, a diferencia de un mercado sin fricciones (como el supuesto en los modelos clásicos de la economía), ésta transferencia de bienes y servicios tiene lugar en un contexto de intercambio, donde la información es imperfecta, donde las partes han hecho inversiones en activos específicos ó donde cada parte busca promover la consecución de su propio interés a costa del de otros, empleando un comportamiento oportunista o estratégico [...]. Ver texto completo en SALGADO C. Elvira. "Teoría de Costos de Transacción: Una Breve Reseña". Cuadernos de administración, Julio-diciembre, año/ Vol.16, número 026. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. 2003. pp. 61-78.

Continúan los riesgos jurídicos cuando en el proceso de ejecución del contrato aparecen externalidades no previstas así como informaciones, negociaciones y comportamientos ocultos, el fenómeno del rentismo como *problema social básico*²⁷ que implican retardo o confusión o ineficiencia para la exigibilidad legal que generan costos altos con respecto al excedente, los cuales se configuran como obstáculos para el cumplimiento, **en dónde** la parte incumplida maximiza su valor con el retardo o confusión, además, de aprovechar la ineficiencia del *sistema judicial colombiano*²⁸ en el proceso legal.

Precaver las externalidades no previstas se convierte en un principio básico consistente en establecer con anterioridad el costo de diluir los daños económicos provenientes de un incumplimiento pasando a ser parte de los costos estipulados en el contrato que lo convierten en uno que ostenta un menor riesgo.

La eficiencia es un concepto en *teoría microeconómica*²⁹ muy utilizado y experimentado, desde hace muchos años atrás, en el análisis económico del derecho **Norteamericano** contrario a su nula utilización en Iberoamérica por abogados y jueces, caso con el que se podría entender la afirmación de juez norteamericano **Louis Brandeis**

27 GARAY, Luis Jorge. "Construcción de una nueva sociedad". Tercer Mundo Editores. 1ª Edición. Colombia. 1999. p. 1

28 Consultar en: VALBUENA QUIÑONEZ, Gustavo. "Propuesta de política pública en materia de reforma de la justicia: Metodología y estructura". Corporación Excelencia en la Justicia. 2005

29 "...en los modelos microeconómicos, partimos del supuesto de racionalidad en los agentes económicos **-los sujetos eligen la mejor de las alternativas de que disponen-**. Sin embargo, en un buen número de ocasiones parece como si el comportamiento observado en los sujetos económicos, no obedeciera a este supuesto. Haciendo abstracción de los problemas de información asimétrica, el mercado suele penalizar los comportamientos irracionales o aleatorios, por lo que el incumplimiento de este supuesto no es tan trivial como podría parecer. En cualquier caso, el estudio de estas cuestiones ha venido en conformar un tópico de investigación en el que se estudian los límites y los efectos de la denominada racionalidad limitada, de la que el análisis económico del derecho, al igual que otros subjects de economía, ha pasado a nutrirse. Ver texto completo en: CONGREGADO RAMIREZ DE AGUILERA, Emilio, ET AL. "Análisis Económico del Derecho: Una Revisión Selectiva de la Literatura Reciente". Profesores del Departamento de Economía General y Estadística. Derecho y conocimiento. Universidad de Huelva. Facultad de Derecho. , vol. 1, Págs. 331-339.

“Un juez que no haya estudiado economía (...) tiene la posibilidad de convertirse en un enemigo público”³⁰.

Se hace necesario hacer uso del derecho y de la práctica jurídica tomando la economía como estándar de cuantificación, integrándose así, diferentes aspectos como: la participación estatal, la contribución social y la expectativa en la celebración del contrato, requiriéndose de ellos para satisfacer el concepto de eficiencia una vez se efectúa la práctica jurídica.

El costo de transacción es el precio por operar en el mercado según la economía de las instituciones; es el costo de utilizar el mecanismo de precios según *Coase*³¹; es el costo de intercambiar títulos de propiedad según *Demsetz*³²; es todo costo relacionado con la creación, cambios y usos de una institución u organización. Puede que existan ciertas dificultades por el lenguaje y los contextos pero,

- 30 **BRANDEIS**, Louis. “*The Living Law*”, *Illinois Law Review*, vol. 10, 1916. Citado por BUCCHHOLZ, Todd. “*New Ideas From Dead Economists. An introduction To Modern Economic Thought*”. Plume Book, 1990, Pág. 186. Citado por RUBIO, Mauricio. “*Economía Jurídica; Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*”. Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 33
- 31 **Ronald Harry Coase** (Londres, 1910) encuadrado en la corriente del nuevo institucionalismo americano. Conocido por sus investigaciones en torno a los derechos de propiedad y los costes de transacción, fue galardonado con el Premio Nobel de **economía** en 1990. [...] En 1937 publicó un **artículo** llamado “Los costes de la firma”, en el que expuso su teoría de los costes de transacción, según la cual las grandes compañías existen como tales porque realizan sus actividades a un menor coste que si las contrataran externamente. [...] En la década de los años cincuenta, divulgó su posición acerca de la conveniencia de establecer adecuadamente los derechos de propiedad, con el fin de obtener las mejores ofertas en las adjudicaciones públicas. Profundizó sobre esta materia y en 1961 presentó el artículo “El problema del coste social”, en el que se planteó la posibilidad de que a través de una adecuada asignación de los derechos de propiedad fuera posible una internalización de las externalidades, que se sistematizó en el teorema que lleva su nombre. [...] En 1991 se le concedió el Premio Nobel de economía por sus trabajos renovadores en torno a los derechos de propiedad, los costes de transacción y la estructura institucional [...]. Ver texto completo en: <http://www.biografo.info/biografias/ver/5011/Ronald-H.-Coase> [Consultado el Miercoles 16 de Marzo de 2011]
- 32 **Harold Demsetz** (1930) es uno de los primeros expertos en la moderna teoría económica de los derechos de propiedad. Esta teoría ha cobrado gran importancia en la ciencia económica contemporánea y constituye uno de los núcleos del análisis económico del derecho. De acuerdo con ella, las actuaciones de los agentes económicos tiene cómo objetivo la creación e intercambio de derechos de propiedad, y por ello es preciso que exista un marco legal que los haya definido previamente. [...]. Ver texto completo en: **CABRILLO**, Francisco. “*Lecturas de economía política*”. Minerva ediciones. 2ª Edición. Madrid. 2007. p. **23**

por ejemplo, operar en el mercado consiste de alguna forma en la utilización del mecanismo de precios. Para el presente escrito, **Los** costos de la información, las negociaciones y los acuerdos ocultos, las externalidades no previstas y las condiciones del mercado, son barreras para el flujo óptimo de los recursos; y de la exigibilidad legal afectan la eficiencia, a la que se suma la ineficiencia del sistema judicial.

El lento **transito** del sistema judicial, implica que se generen costos de transacción no tasados, pero **que** una vez existentes obstruyen el flujo óptimo de recursos y disminuyen el dinamismo de la economía de mercado trayendo implícito consecuencias desfavorables que pudieron ser precavidas en las diferentes etapas contractuales.

El incentivo para el empresario en materia de riesgo jurídico es la eficiencia. Esta se presenta durante el contrato **cómo** en la ejecución legal, lo que promueve mayores operaciones de contratos, pero a su vez, desincentiva el incumplimiento de la parte que busque aprovechar ineficiencias.

Roemer³³, en donde el primero se refiera al mejor uso de un recurso, y los segundos, a precios **ó** costos por el uso de los recursos³⁴.

33 “[...] Este economista, legista, politólogo, lector voraz y escritor camaleónico ha irrumpido en el periodismo con la pretensión de realizar programas donde la propuesta y la discusión inteligente permitan tomar conciencia a los mexicanos [...]. Estudió Derecho en la UNAM y Economía en el ITAM; tiene una maestría en Administración Pública por Harvard y un doctorado en Políticas Públicas por la Universidad de Berkeley, en California. **Andrés Roemer Slomianski** se autodefine como un caso **sui generis** dentro del periodismo, pues sólo tiene cinco años en él, sin embargo, ya es identificado por muchas personas. Su tiempo se divide en Pensar México y Entre lo público y lo privado, por Canal 40, además de un programa de radio, su fundación Poder Cívico, la presentación de un nuevo libro, y es quien ahora charla con QUEHACER POLÍTICO. Andrés Roemer proviene de una familia que huyó de los nazis; su padre cambió su apellido Rosefeld por Roemer, y son familiares de un periodista norteamericano muy reconocido llamado Art Buchwald, quien en vida fuera “un intelectual con gran humor, versátil e irónico; me honra decir que somos parientes, aunque muy lejanos”. Su primera experiencia dentro de los medios fue en Expansión financiera; “tenía un programa llamado Esfera pública, en busca de la verdad dialogada, e hizo muchos para México y España, con temas de política pública” [...]. Ver texto completo en: <http://www.dossierpolitico.com/vernoticiasanteriores.php?artid=28757&relacion=dossierpolitico>. [Consultado el Viernes 18 de marzo de 2011]

34 **ROEMER**, Andrés. “Introducción al Análisis Económico del Derecho”. Traducción de José Luís Pérez Hernandez. Fondo de Cultura Económica. **1ª Edición**. México. 1994. p. **4**

Razonamiento Económico

En el proceso de información, negociación y firma del contrato de ejecución diferida se dio el razonamiento económico y la interacción de voluntades bajo el criterio de eficiencia pero incumplido dicho contrato en su proceso de ejecución contractual y accionado lo legal, el razonamiento jurídico imperante es el criterio, y no existe interacción de voluntades.

Al realizar un razonamiento económico se debe efectuar un análisis de las capacidades que ostenta la parte con la que se quiere contratar, de tal manera que la interacción de voluntades ostente principios como la libertad de contratación, la buena fe y el equilibrio contractual, para que así, la relación en el contrato genere las utilidades esperadas, mas no, una desigualdad que traiga consigo problemáticas que hagan necesario poner en movimiento del aparato judicial, no como medida preventiva, sino como alternativa para solucionar la inconsistencia que se presente.

En el proceso de razonamiento económico consiste en la elección racional que mide el comportamiento de los individuos, que es estudiado por las teorías microeconómicas matemáticamente precisas entre ellas, la *teoría de precios*³⁵ y la *teoría de juegos*³⁶. Estas mismas son utilizadas en estudios y valoraciones políticas. La elección racional busca maximizar la utilidad o beneficio, mediante

35 En la economía de mercado el proceso de asignación se realiza a través del mecanismo de los precios. Consultar en: OLIVERA, Julio H. G. "Derecho Económico, Conceptos y problemas fundamentales". 2ª Edición. Ediciones Macchi. Argentina. 1981. p. 25

36 La teoría de juegos es una actividad como el ski o el tenis, que solo es divertida si uno intenta hacerla bien. Pero habitualmente hacer algo bien no es fácil, ni se consigue rápidamente, y la teoría de juegos no es una excepción. Además, a diferencia del ski o del tenis es realmente importante aprender a usar la teoría de juegos. Su finalidad es investigar de que modo los individuos racionales deberían relacionarse cuando sus intereses entran en conflicto. Ver texto completo en: BINMORE, Ken. "Teoría de Juegos". Traducción Antoni Malet Tomas, Universidad Autónoma de Barcelona. 1ª Edición. Editorial McGraw-Hill. 1994. p. vii

la reducción de costos y riesgos, mayor innovación y administración. El individuo se enfrenta constantemente a la necesidad de toma de decisión y preferirá aquella que le dé el mejor resultado, “cuando enfrenta varios cursos de acción la gente suele hacer lo que cree que es probable que tenga mejor resultado general”³⁷

Posner³⁸ va más allá, no conforme al medio sino al fin, con relación a la maximización de la utilidad o beneficio, al manifestar que la economía busca explorar las implicaciones cuando el hombre procura aumentar al máximo sus fines en la vida, sus satisfacciones: lo que llamaremos el interés propio; maximización racional que no debe confundirse con el *cálculo consciente*³⁹. Desde la economía, la racionalidad es una disposición a escoger, a través de la toma de decisión, en forma consciente o inconsciente, el medio más apto para el logro de su fin.

El empresario en razón de su ejercicio es un sujeto que toma decisiones con preferencias estables, siendo difícil catalogarlo como legalmente incompetente, caso de los niños y de los dementes; pero

37 ELSTER, Jon. “*Tuercas y Tornillos, Una Introducción a los Conceptos Básicos de Ciencias Sociales*”, 4ª Edición, Geisha, Barcelona, 1995, p 31.

38 Richard A. Posner (1939-).[...] El juez Posner, es economista y magistrado desde 1981 de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que presidió de 1993 a 2000. Graduado en 1959 en Yale, se licenció en Derecho en la Harvard Law School en 1962. Entró como profesor en 1968 en Stanford University de donde pasó a la Law School de la Universidad de Chicago (1969-1981) en cuyas actividades académicas y docentes continúa participando regularmente. Richard Posner ha investigado sobre la aplicación de la teoría económica a diversos campos jurídicos como la legislación antimonopolista, la regulación de los contratos mercantiles y el procedimiento judicial. Propuso y defendió la idea de que la ley puede ser explicada mejor bajo el supuesto de que los jueces tratan de promover la eficiencia económica y la maximización de la riqueza como objetivo de la política legal y social. Se convirtió así en uno de los más destacados líderes de la corriente del Análisis Económico del Derecho (Law and Economics), aplicando el análisis económico al derecho de familia, la discriminación racial, la jurisprudencia y la privacidad. Es fundador del *Journal of Legal Studies*. Presidió la American Law and Economics Association (1995-96) y es coeditor de la *American Law and Economics Review*. Es doctor honorífico por las universidades de Syracuse (1986), Duquesne (1987), Georgetown (1993), Gante (1995), Yale (1996), Pennsylvania (1997), Brooklyn (2000) y Northwestern (2001)... [...]. Ver texto en: <http://comisiondye.blogspot.com/2007/08/biografia-de-richard-posner.html>[Consultado el viernes 18 de marzo de 2011]

39 POSNER, Richard A. “*Análisis Económico del Derecho*”. Fondo de Cultura Económica. México. p. 25

podría presentarse que un contrato fuese producto de una amenaza con lo cual se puede excusar el incumplimiento **o** también firmar un contrato en una situación de desesperación. Estas situaciones son anteriores al contrato pero también existen posteriores a éste, que a su vez, pueden excusar el incumplimiento si una de las partes procede de buena fe, con la demostración de la imposibilidad.

Costos de **Transacción**

Conforme con la definición de costo de transacción en la economía de las instituciones, este se encuentra en el proceso de intercambio voluntario que origina un contrato de ejecución diferida tanto en los costos contables que corresponden a erogaciones pecuniarias, como en los económicos, que se refieren a costos de oportunidad. Entre los costos de transacción, se encuentran los costos de adquisición de información, costos de absorción de información o procesamiento de información, previsión de externalidades y de comportamiento de la economía de mercado, negociación, redacción y firma del contrato.

Pero ante el incumplimiento del contrato de ejecución diferida así como en su ejecución legal se incurren igualmente en costos de transacción tanto contables como de oportunidad, tales como los daños que causa el incumplimiento y los costos de la demanda.

Costo de **Daños**

El contrato de **ejecución diferida incumplido** y la ejecución legal ineficiente o **incierto** le implican al empresario disminuciones en el flujo **caja** y las utilidades; que a su vez, pueden propiciar que el mismo empresario incumpla compromisos y contratos sucesivamente que lo lleven hasta la quiebra de su negocio.

Lo anteriormente descrito tiene como consecuencia una menor valoración de mercado de la empresa. La empresa tiene tres niveles de valores. El primer nivel es el valor nominal o valor de constitución; el

segundo, es el valor contable o patrimonial o intrínseco o histórico ó pasado; y el tercero, es el valor de mercado ó extrínseco ó con proyección futura. A manera de ejemplo, se puede plantear que la empresa cervecera alfa se constituyó en el año 1900 con un valor nominal de \$10; dicha empresa en el año 2011, tiene un valor contable de \$100 fue vendida un valor de mercado de \$1.000, lo que significa que la empresa tiene una valoración de mercado diez (10) veces el valor contable.

Una valoración de mercado, es el criterio objetivo de valor de la empresa, que normalmente es superior al contable pero puede ser inferior por circunstancias de incumplimientos. Luego, calcular los daños con valores contables no es suficiente, se requiere determinar las disminuciones en los flujos de caja y de utilidades de la empresa mediante valoración económica, que incluye el *daño moral*⁴⁰.

El contrato incumplido puede estipular un remedio con términos explícitos, estimular un proceso correctivo, pero conociendo que un contrato no cubre explícitamente todas las contingencias en razón a sus negociaciones y redacciones costosas, el principal remedio que se ofrece por el sistema legal corresponde al pago de daños.

Entre los remedios alternativos a los daños del contrato de ejecución diferida incumplida se mencionan el daño emergente, el lucro cesante, el pago de daños de confianza, la restitución, la compensación, el cumplimiento específico así como los daños liquidados.

El daño emergente es un daño negativo representado en el costo de oportunidad. La celebración de un contrato implica a menudo la pérdida de oportunidad para celebrar un contrato alternativo, siendo la oportunidad perdida base para el cálculo del perjuicio. El pago perfecto de los daños del costo de oportunidad hace que

40 Consultar en: GOMEZ POMAR, Fernando. "Daño moral". Universidad Pompeu Fabra. 2000. Ver figura 1, 2 y 3.

las víctimas potenciales sean indiferentes entre el incumplimiento y el cumplimiento del mejor contrato alternativo. El lucro cesante es un daño positivo que se representa en el daño basado en el valor del desempeño esperado. El pago perfecto de los daños de expectativa hace que las víctimas potenciales sean indiferentes entre el cumplimiento y el incumplimiento. El daño de confianza es un daño negativo. El pago perfecto de los daños de confianza hace que las víctimas potenciales sean indiferentes entre la ausencia del contrato y el incumplimiento.

En cuanto al tema de la restitución, puede operar más por el lado de un contrato de ejecución instantánea, contrario a un contrato de ejecución sucesiva incumplido, pues lo que se busca en la restitución es que se regrese lo que se entregó. En cambio, la compensación si es más funcional en los contratos de ejecución diferida en razón a que la víctima recibiría una compensación perfecta y no tiene ninguna base para quejarse por el perjuicio. Una opción en el contrato de ejecución diferida incumplida podría ser el cumplimiento específico que consiste en cumplir lo prometido. Adicionalmente, en el contrato se pueden estipular sumas de dinero que se denominan daños liquidados.

Los remedios mencionados afectan comportamientos en **dónde** a veces es más eficiente el incumplimiento que el cumplimiento del contrato. Cuando los costos del cumplimiento superan los beneficios de las partes es más eficiente el incumplimiento pues una contingencia vuelve a los recursos necesarios para el cumplimiento más valiosos en un uso alternativo. Una huelga es una contingencia desafortunada que aumenta el costo del incumplimiento, pero también puede ocurrir una contingencia afortunada que vuelve el incumplimiento más rentable aun que el cumplimiento. El vendedor puede conseguir otro comprador con mejor precio así tenga el producto prometido en venta.

Costo de la **Demanda**

Un costo de la demanda correspondería a los servicios legales siendo un juego de agencia, principal y agente, mediante la búsqueda de maximización de sus ganancias conjuntas. El abogado asesora al cliente y hace el esfuerzo para ganar, y concentraría su trabajo en el tiempo gastado, los servicios realizados y el resultado de la disputa. Un contrato de agencia realizado por hora, externaliza el costo del trabajo, pero si es por cuota **litis** internaliza el tiempo adicional del proceso dedicándosele menos.

Otro aspecto relacionado con los servicios legales es la provisión de información del abogado, si es por hora o por servicios realizados podría exagerar el valor de la reclamación a fin de inducir al cliente a la presentación de la demanda. El contrato de agencia entre el cliente y abogado tiene problemas de asimetría en la información y de aleatoriedad. El abogado conoce a fondo más el derecho y mientras que el cliente los hechos. La aleatoriedad se refleja en la asignación del juez, la disponibilidad del testigo, con lo cual impide que el cliente infiera de los resultados de desempeño del abogado.

Una vez trabada la **litis**, las partes antes de llegar a un juicio tienen la opción de resolver la disputa, pero muchas terminan en juicio debido a que las partes se encuentran optimistas en sus expectativas divergentes, el demandante exige un arreglo grande, y el demandado una condena pequeña. La opción de resolver la disputa antes del juicio depende en parte de la información privada, en **dónde**, en la mayoría de los juicios el demandado sabe menos que el demandante acerca de la extensión del daño, y el demandante sabe menos acerca de la extensión de las precauciones tomadas por el demandado. Serán pesimistas, si el demandado sobreestima los daños del demandante, y **éste** sobreestima la precaución de aquel.

Conclusiones

El empresario como sujeto dinámico de la empresa amplía el concepto estático de la misma, en razón a que la empresa se ha definido jurídicamente desde variados ámbitos y aspectos pero no desde el lado de la persona que asume riesgos como lo ha hecho la economía. En igual sentido, la empresa es sujeto dinámico ó motor de la economía de mercado. Desde la lógica clásica Aristotélica, la economía de mercado opera bajo las premisas de la libertad, la demanda, la oferta, el mercado, los precios que conllevan a la eficiencia, frente a la equidad y la justicia, lo propio de la presencia del Estado. La teoría, mundo de ideales y objetivos, es estática; la autonomía y la dignidad de las personas es su fundamento con lo cual prevalece la equidad y la justicia sobre la eficiencia y mercado, cumpliéndose lo expresado por Dworkin que los derechos de las personas son las cartas de triunfo frente a la prepotencia del Estado y a la tiranía del mercado. Pero la realidad, mundo de hechos, tensiones y amenazas, es dinámica, pues el paso del tiempo crea incertidumbre y riesgos.

Un mundo hacia lo dinámico, lo complejo y lo discontinuo, las posiciones absolutas de la tiranía del mercado y la prepotencia del Estado han cambiado hacia posiciones intermedias plasmadas en el institucionalismo en dónde se desenvuelve el análisis económico del derecho. Numerosas son las relaciones económicas conflictivas que necesitan de controles sociales, siendo el orden jurídico y las leyes, base del orden institucional, punto de partida para la organización económica, de la que surge la idea de los costos de transacción, mediante la racionalidad económica se pondera la utilidad y los costos de las alternativas y se decide teniendo en cuenta los incentivos y las restricciones dadas pero aceptando y obedeciendo reglas y normas socialmente vinculantes. Otra óptica de evolución del análisis económico del derecho es la de Roemerla

perspectiva tradicional que se ocupa de la eficiencia; la neo institucional que se centra en los costos de transacción; la elección pública hacia **a** la ciencia política; y finalmente, la crítica jurídica que ataca el formalismo.

Contextualizada la evolución y entorno, la realidad del empresario definido como tomador de riesgos, se enfrenta a los jurídicos ante sus transacciones voluntarias como involuntarias. El análisis económico del derecho se ocupa de la propiedad y de los contratos como transacciones voluntarias **ó** de mercado pero también de los ilícitos culposos como las involuntarias **o** de no mercado como los delitos, los accidentes. El riesgo jurídico del empresario con respecto a los **contrato**, se visualiza más en los contratos de ejecución diferida, en donde el paso del tiempo **- horizonte temporal -** crea incertidumbre y riesgo.

Un contrato de ejecución diferida en la etapa precontractual requiere de información, estudio, negociación, realización y firma del contrato que tenga como consecuencia el cumplimiento mediante la inclusión de incentivos y remedios a través de la transacción voluntaria en aras de obtener la eficiencia, y por consiguiente, minimizar los riesgos y maximizar la utilidad o la riqueza, lo que implica el uso de recursos con conocimientos y experiencias que tienen precio o costo económico. En la etapa postcontractual del contrato de ejecución diferida antes del incumplimiento las partes pueden invertir en previsión y en confianza para minimizar los riesgos y maximizar la utilidad o la riqueza, pero una vez, **presentado** el incumplimiento y la consecuente ejecución legal, se **presenta** los riesgos de agencia, relación abogado-cliente, así como los relacionados con la ineficiencia del sistema judicial.

Los riesgos anteriores descritos conllevan a costos que se conocen como costos de transacción propios de la perspectiva neo-institucional del análisis económico del derecho, los cuales, unos son de índole contable pero los otros son económicos, como el costo de

oportunidad. El costo de oportunidad es el beneficio sacrificado por no tomar otra actividad alternativa.

Es menester recalcar entonces, luego del análisis de factores que inciden en el desempeño, práctica y evolución de la relación empresario, sociedad e instituciones, que es necesario tomar medidas consecuentes y eficientes diseñadas para la real consecución de los fines públicos como privados. De **facto** se encontró que para minimizar los riesgos jurídicos del contrato de ejecución diferida es necesario realizar inversión en previsión que específicamente se aproxime a consolidar el contrato en sí, esto es que frente a previa formalización del mismo, los partes conozcan y concentren sus propósitos en validar sus acciones tendientes al cumplimiento, derivado anteriormente del costo asumido por la confianza desprendida de la propuesta por confección de un contrato con incentivos y remedios para maximizar la utilidad y la ganancia, que garantice el beneficio para los agentes.

Así mismo, se requiere realizar una inversión previa en la adquisición de información, como quiera que de dicha sustento cognoscitivo se pueden tomar decisiones asertivas que confluyen con el costo de oportunidad, sin necesidad de *a posteriori* acudir al sistema judicial, lo anterior si se tiene en cuenta que con la realización de estudios económicos compatibles como los registros contables de la empresa y el análisis sectorial del prospecto financiero se pueden finiquitar acuerdos de negocio compatibles y sobre todo confiables.

Por otra parte, partiendo de la probabilidad de que un hecho genere pérdida y evaluando el factor costo-beneficio, dado los presupuestos antes mencionados, la medición de la frecuencia y el impacto del negocio jurídico, consolidarían la confianza en la inversión y consecuentemente en el accionar contractual, no obstante, para esto se deben establecer controles, para evitar el llamado riesgo excesivo, que a su vez se transfiere o se asume en sociedades desarrolladas a través de seguros y garantías judiciales.

Ahora bien, se apreció que la adecuada gestión de riesgos equilibra inconsistencias, amenazas, externalidades y la información. Es por tanto que el minucioso estudio del costo beneficio en cualquier contrato debe ser directamente proporcional por las oportunidades que brindan el análisis económico de los contratos, generando ahorros, confianza y nuevas posibilidades en los negocios, por **consiguiente** se evitaría que una de las partes incumpla, empero, el sistema jurídico debe ser eficiente a nivel financiero, económico y por supuesto judicial, en caso de incumplimiento, que es incentivo para el empresario.

Consecuentemente, el empresario debería recurrir a la cultura de invertir en la búsqueda de una actividad estructurada y previamente estudiada en la cual se satisfagan necesidades de orden social y empresarial traducidas al crecimiento económico y la derivada productividad en cifras, todo con el ánimo de evitar los costes de transacción, de daño y de demanda; lo antecedente como ya se acotó al buscar “establecer una visión de negocio, planificada y evaluada, cuya finalidad es la contribución al logro del beneficio estratégicamente esperado, evitando el riesgo, mejorando la competitividad y sustentabilidad de la relación contractual.”

Corolario a lo mencionado, los puntos esenciales con los cuales se puede esgrimir todo tipo de obstáculo, tensión, desconfianza y el constante miedo a dilapidar los recursos antes de invertir y establecer un vínculo contractual donde el empresario recurre al costo de oportunidad, puede ser visto desde: la maximización de estrategias que eviten diversificar, por un lado, el enfoque o visión de lo que persigue el sujeto que negocia mediante la información de los registros financieros vistos como los recursos que se pongan en juego, por otra parte, el estudio de negociación que permita concluir que la apuesta en desarrollo, a futuro derivará en alianzas de recíprocas ganancias que minimicen el riesgo y disminuyan los hechos generadores de perjuicios. Todo desde el mayor factor de

seguridad que se desprende de la confianza en invertir, asumir costos que se mejorarían con continua flexibilización de los procesos pre-contractuales y pos- contractuales,

De esta manera, es plausible recurrir a la racionalidad entendida como la disposición a escoger y a invertir, por medio de decisiones conscientes como llamado a la elección que busque maximizar la utilidad o beneficio, mediante mayor innovación y cauta administración de la negociación; que posteriormente derivaría al principal remedio que se ofrece por el sistema legal, esto es el correspondiente al pago de daños.

Finalmente, se encuentra que el uso de elementos alternativos, diferentes a los propuestos como el reconocimiento del daño emergente, el lucro cesante, la restitución, la compensación, el cumplimiento, apuntan a la participación e injerencia estatal, vista como medida que contribuye a la disminución del riesgo y al respaldo jurídico en la eventual trasgresión de una de las partes sinónimo de renuencia al cumplimiento, toda vez que con la aprobación de facilidades financieras para la realización de nuevos contratos y la contribución social vista desde la aceptación vinculante de las empresas y su capital humano con el incentivo de consumo, la toma de decisiones subjetivas por parte del beneficiario de la medida, sería menos recurrente si la opción de inversión y su consecuente conciencia o cultura de cumplimiento es impuesto como deber social; situación que superaría la expectativa de celebración de contratos que estarían al margen del fracaso y en la frontera de una prosperidad económica y social.

Referencias bibliográficas

Ayasta Gonzales, Julio. "El Derecho Comparado y los Sistemas Jurídicos Contemporáneos". Editora Recata. 1991. Primera Edición. Lima Perú.

Barbarosch, Eduardo. "La seguridad jurídica en la decisión judicial. ¿Utopía ó realidad?". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

- Barcia Lehmann, **Rodrigo**. "los contratos desde la perspectiva del análisis económico del derecho". 1998.
- Becker, Gary S. "The Economic Approach to Human Behavior". (1976); Richard A Posner, *Frontier of Legal Theory* 54 – 57 (2001).
- Bejarano, **Jesús Antonio**. *EL Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre textos básicos*. En: Revista de Economía Institucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Colombia. 1999. No. 001. pp. 155-167.
- Binmore, **Ken**. "Teoría de Juegos". Traducción Antoni Malet Tomas, Universidad Autónoma de Barcelona. 1ª Edición. Editorial McGraw-Hill. 1994.
- Bullard Gonzales, **Alfredo**. "Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales". Editorial Palestra. Lima Perú. 2003.
- Brealey, **Richard A. y MYERS Stewart C.** "Principios de Finanzas Corporativas". McGraw-Hill. 4ª Edición. Madrid. 1994
- Cabrillo, **Francisco**. "Lecturas de economía política". Minerva ediciones. 2ª Edición. Madrid. 2007.
- Carrasco, **Amparo, ET AL.** "Microeconomía Intermedia, Problemas y Cuestiones". Universidad Complutense de Madrid. España. McGraw-Hill. 1ª Edición. 2003
- Coloma, **Germán**. "Análisis económico del derecho privado y regulatorio". Buenos Aires. Argentina. 2001
- Congregado Ramírez de Aguilera, **Emilio, ET AL.** "ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: UNA REVISIÓN SELECTIVA DE LA LITERATURA RECIENTE". Profesores del Departamento de Economía General y Estadística. Derecho y conocimiento, vol. 1. Universidad de Huelva. Facultad de Derecho. Huelva. España.
- Cooter, **Robert y Ulen, Thomas**. "Derecho y Economía". Traducción de Eduardo L. Suárez. 2ª reimpresión. México D.F. Fondo de Cultura Económica. 1998.
- Correas, **Oscar**. "Introducción a la sociología jurídica". México. Coyoacán. 1999.
- Cossio Díaz, **José Ramón**. "Derecho y análisis económico". México. Fondo de Cultura Económica. 1997.
- David, **René**. "Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos". Editorial Aguilar. Traducción de la segunda edición francesa por Pedro Bravo Gala. España. 1968.

- Diez-Picazo, **Luis**. “*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*”. Editorial Tecnos. Madrid. 1970.
- Esteve, **Fernando** y Muñoz De Bustillo, **Rafael**. “Conceptos de Economía”. Alianza Editorial. 2007.
- Elster, **Jon**. “*Tuercas y Tornillos, Una Introducción a los Conceptos Básicos de Ciencias Sociales*”. 4ª Edición, Gedisa, Barcelona, 1995.
- Garay, **Luis Jorge**. “*Construcción de una nueva sociedad*”. Tercer Mundo Editores. 1ª Edición. Colombia. 1999.
- Gomez Pomar, **Fernando**. “*Daño moral*”. Universidad Pompeu Fabra. 2000. Ver figura 1, 2 y 3.
- Gonzales Amchastegi, **Jesús**. “*el análisis económico del derecho. Algunas cuestiones sobre su justificación*”
- Guerra, **Carlos Gustavo**. “*Una aproximación al Análisis Económico del Derecho*”. Aequitas virtual; Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad del Salvador. Argentina. 2005.
- Hierro, **Liborio**. “*Justicia, igualdad y eficiencia*”. En: ISONOMÍA. No. 9/Octubre 1998. Universidad Autónoma de Madrid
- Jaensch, **Gunter**. “*Valoración de la Empresa*”. Biblioteca de Ciencia Económica. Colección Demos Editorial Ariel. Barcelona
- Kant, **Emmanuel**. “*Fundamentacion de la Metafísica de las costumbres*”. Traducción de Manuel García Morente. Porrúa. México, 1975.
- Kruschelberg, **Hans-Gunter** y **SCHULLER, Alfred**. “*Conceptos básicos sobre el orden económico*”. Traducción Marciano Villanueva Salas. Unión Editorial. Colombia.
- Martínez Merizalde, **Guillermo Mauricio**. “*PERSPECTIVA ECONOMICA DE LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA*”. Monografía para optar el título de abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Bogotá D.C., 2003.
- Mejía Quijan, **Rubi Consuelo**. “*Administración de Riesgos, Un Enfoque Empresarial*”. Fondo Editorial Universidad EAFIT. 1ª Edición. 2006.
- Messina De Estrella Gutierrez, **Graciela**. “*Riesgo de Empresa*”. LexisNexis Abeledo-Perrot. 1ª Edición. Buenos Aires. 2004.

- Olivera, **Julio H. G.** “Derecho Económico, Conceptos y problemas fundamentales”. 2ª Edición. Ediciones Macchi. Argentina. 1981
- Pogge, **Thomas.** “John Rawls: una biografía”. Revista *Co-herencia* Vol. 7, No 12 Enero - Junio 2010. Medellín, Colombia, pp. 13-42
- Posner, **Richard A.** “Análisis Económico del Derecho”. Fondo de Cultura Económica, México, 2007. p. 36.
- Posner, **Richard A.** “como deciden los jueces”. Editorial marcial pons.2001.
- Querol Aragon, **Nubia.** “Análisis económico del derecho. Teoría y aplicaciones”. Editorial FIEC.2007
- Ribas Ferrer, **Vicenc.** “Aproximación al estudio del deber de lealtad del administrador de sociedades”. Tesis Doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Facultad de Derecho. 2004.
- Roemer. Andrés.** Introducción al Análisis Económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, 1994, México
- Rubio, **Mauricio.** “Economía Jurídica; Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano”. Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Salas Segura, **Ignacio.** “Análisis económico del Derecho”. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 2009
- Salgado C. Elvira.** “Teoría de Costos de Transacción: Una Breve Reseña”. Cuadernos de administración, Julio-diciembre, año/Vol.16, número 026. Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas. Universidad Javeriana. Bogotá. Colombia. 2003.
- Torres Manrique, **Fernando Jesús.** “Derecho Empresarial”. Editorial Euroamericana. Primera Edición. Lima Perú. Abril 2004.
- Torres Manrique, **Fernando Jesús.** “Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos”. Editorial Euroamericana. Primera Edición. Lima Perú. Abril del 2004.
- Urofsky, **Melvin.** “Louis D. Brandeis. A Life “, Panteón Books, New York, 2009
- Valbuena Quiñonez, **Gustavo.** “Propuesta de política pública en materia de reforma de la justicia: Metodología y estructura”. Corporación Excelencia en la Justicia. 2005
- Valencia Zea, **Arturo.** Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo III. Cuarta Edición. Bogotá. D.C. Temis. 1974.

Vanegas Martínez, "Francisco. Riesgos financieros y económicos", Productos derivados y decisiones económicas bajo incertidumbre, Thompson, 2007, p. XXIV.

Varian. Hal R. "Un enfoque actual, *Micro-economía intermedia*". Antoni Bosch, editor. 7ª Edición. Barcelona. España. 2009.