

HACIA UNA TEORÍA SOCIOJURÍDICA DEL RIESGO CONTRACTUAL*

I. PLANTEAMIENTO

El riesgo es ubicuo, omnipresente, diverso y global. Como lo indica un encabezado periodístico: “Advertencia: usted corre el riesgo de morir por estar vivo”. El riesgo lleva a grandes inversiones en cuidados de la salud, planeación urbana, control de la delincuencia, defensa militar, seguros, instrumentos financieros, protección del ambiente, etcétera. Las ciencias naturales, la economía, la filosofía y el derecho se ocupan del riesgo, el último sobre todo en el campo del derecho administrativo, siempre que los avances tecnológicos deban ser regulados; en el derecho de la responsabilidad civil, cuando hay que indemnizar los daños; en la criminología, para la prevención del delito, y en el derecho penal, para su sanción. Dependiendo de la diversidad de las tareas, las ciencias jurídicas examinan las teorías jurídicas del riesgo, así como las innovaciones jurídicas que se requieren para enfrentar los nuevos peligros y las catástrofes. La mayoría de estos debates jurídicos van acompañados de la investigación sociojurídica, como el estudio de Oxford sobre los accidentes y las indemnizaciones,¹ o el estudio de Marc Galanter sobre el desastre de Bhopal.² Debido a la diversidad de circunstancias, de actores y de instituciones, existen varias teorías sociojurídicas del riesgo que no es fácil combinar o forzar para constituir una sola, aunque la mayoría de los sociólogos del derecho probablemente apoyarían el principio precautorio de Beck

* Ensayo publicado con el título “Toward a Socio-legal Theory of Contractual Risk”, *Sociologia del Diritto*, núm. 2, 2009, pp. 83-92.

¹ Harris *et al.* (1984).

² Galanter (1985).

(mejor estar seguros que lamentarlo) y su preocupación por una distribución equitativa de los riesgos.

Entre los muchos riesgos con los que tiene que tratar el derecho se encuentra el del oportunismo. Todo intercambio representa la toma de un riesgo calculado. La violación de un contrato es probablemente el evento más común en la vida cotidiana que conduce a consecuencias más o menos catastróficas. Las relaciones contractuales inevitablemente conllevan el riesgo de decepción o engaño, un riesgo aparentemente mitigado en las economías exitosas por los mecanismos jurídicos como el derecho civil codificado, los tribunales civiles, los notarios, los registros públicos, etcétera. Puesto que, según se dice, el crecimiento económico depende del control del oportunismo, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y muchas otras instituciones nacionales e internacionales están tratando actualmente de introducir en los países postcomunistas y en las naciones en desarrollo mecanismos que han probado su capacidad en los países occidentales para crear algún tipo de seguridad jurídica.

El oportunismo es igualmente una preocupación central en el comercio internacional, cuyas formas extremas conducen a estructuras monopólicas o redes mafiosas, a comunidades comerciales étnicamente homogéneas como las relaciones de *guanxi* entre los chinos, o al comercio restringido a una comunidad religiosa, como el del negocio de los diamantes en manos de los judíos.³ El temor al oportunismo es un elemento restrictivo también en el mercado único europeo. Se ha calculado que los consumidores europeos pierden anualmente unos 26 mil millones de euros al abstenerse de adquirir bienes con precios comparativamente atractivos ofrecidos en los mercados de los otros estados miembros, y la falta de seguridad jurídica es uno de los factores más importantes que explican esta falla del mercado.⁴

³ Gessner (2009a), Gessner *et al.* (2001).

⁴ Gessner (1997).

La violación contractual es ciertamente el riesgo mejor estudiado en las ciencias sociales. Max Weber piensa que el *derecho* es una herramienta para evitar el riesgo del oportunismo o para sancionar las violaciones contractuales; Stewart Macaulay y Mark Granovetter consideran que las *relaciones* entre las partes son más relevantes para enfrentar el riesgo del incumplimiento contractual; los representantes de la nueva economía institucional examinan tanto el *derecho* como las *instituciones de gobernanza privada* como las respuestas más eficientes al riesgo; los estudiosos del movimiento de “derecho y desarrollo” ponen el énfasis en *instituciones judiciales accesibles e independientes*; los sociólogos de la economía comparada demuestran la variedad de culturas jurídicas en la *organización social de la confianza*; y la sociología económica de Neil Fligstein desarrolla un modelo suficientemente complejo para alcanzar, principalmente a través de las instituciones estatales, la predictibilidad de los intercambios económicos. El análisis que sigue se ocupará del conocimiento actual sobre los modos en que las sociedades tratan con el riesgo del oportunismo. Al efecto haremos una distinción entre tres enfoques, con crecientes niveles de complejidad: las teorías del soporte institucional de los intercambios contractuales, las teorías de la confianza relacional, y las teorías de los sistemas sociales de la confianza. Estas teorías han sido escogidas entre muchos otros enfoques concurrentes, como lo demuestra la figura de la página 231. La figura pretende mostrar que, si el propósito es formular una *teoría sociojurídica del riesgo contractual con base en la investigación empírica*, es necesario hacer una serie de elecciones:

1. El riesgo se distingue generalmente de la incertidumbre. Mientras que esta última es causada por la ausencia de orden, el primero describe la calculabilidad del desorden. Por tanto, el orden (que nunca es perfecto) es la *calculabilidad del riesgo*.
2. El problema del orden es la preocupación central de todas las ciencias sociales. Como sucede con muchos otros subsistemas sociales (como el político, el religioso, el cultural, el familiar), tam-

bién se encuentra en el núcleo de la elaboración teórica en la *economía*.

3. Las economías capitalistas han desarrollado principalmente dos estructuras para resolver el problema del orden (riesgo): la *jerarquía*, la cual es coordinada por *estructuras de comando* (analizadas en la microeconomía, la gestión de negocios y la sociología de las organizaciones), y el *mercado*, el cual es coordinado mediante los *contratos*.

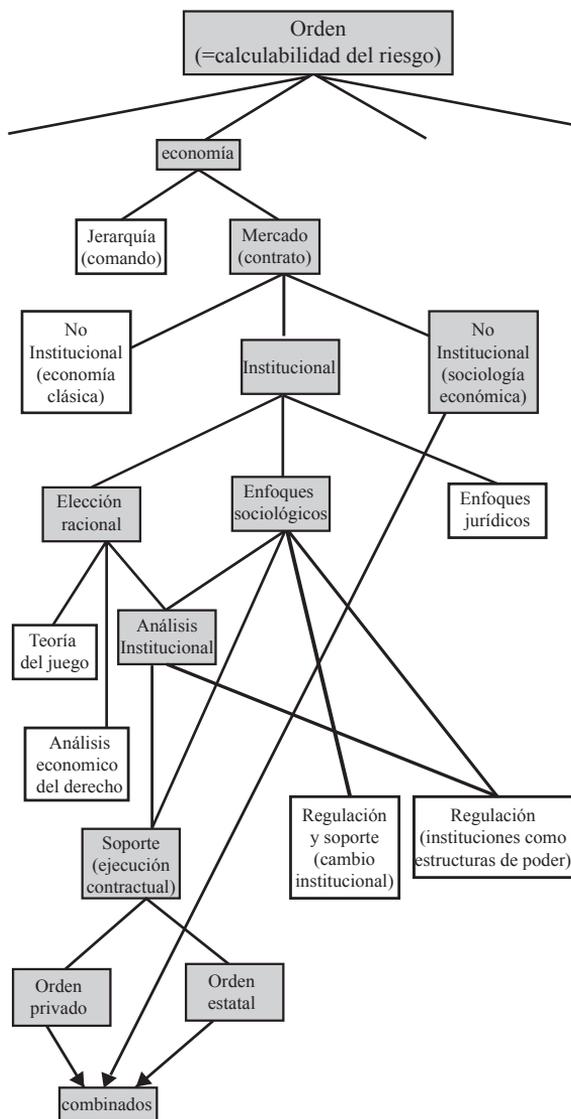
4. Los mercados son el tema de la *economía clásica*, la cual supone la coordinación a través de la demanda y la oferta; de los *enfoques institucionales*, los cuales suponen la coordinación a través de las reglas, y de la *sociología económica*, en la que la acción económica y la efectividad contractual se explican a través de relaciones y redes (*embeddedness*).

5. Los *enfoques institucionales* son seguidos por algunos representantes de la economía, de la sociología y las ciencias jurídicas. Desde un punto de vista empírico, son principalmente los enfoques sociológicos y los análisis institucionales (en particular, la nueva economía institucional) los que resultan de interés para la elaboración teórica.

6. La sociología y la economía institucional se ocupan de la coordinación *regulatoria* (de arriba hacia abajo) y de la *contractual* (de abajo hacia arriba), y ambas son guiadas o soportadas por estructuras institucionales.

7. Tanto los sociólogos como los economistas —quienes en ocasiones se fusionan en el nuevo campo de investigación de la sociología económica— se ocupan tanto de las instituciones privadas como las estatales para la coordinación del mercado. En un nuevo campo de investigación la sociología jurídica intenta combinar los *enfoques institucionales* y *no institucionales (relacionales)*, en particular en la investigación sobre derecho y desarrollo.

Figura 4
Enfoques y modelos sobre el riesgo contractual



El número y las complejidades de estos enfoques constituyen un desafío para nuestro análisis sociojurídico sobre el riesgo contractual y la prevención del riesgo. La sociología del derecho se apoya todavía sobre todo en la teoría de Max Weber sobre la racionalidad, la cual tiene el papel crucial de proveer calculabilidad y seguridad jurídica en la economía, así como en el estudio de Stewart Macaulay sobre las relaciones no contractuales en los negocios.⁵ En nuestra figura, Weber ocupa el cuadro del orden estatal de soporte institucional a las expectativas contractuales, mientras que la gente de negocios de Macaulay aborda el riesgo contractual a través de medios no institucionales, como las redes y los contactos personales estrechos entre las partes del intercambio. En vista de los debates actuales en la sociología, en particular en la sociología económica, así como en la economía, especialmente en la nueva economía institucional, nuestros enfoques parecen algo simples, inadecuados y empíricamente incorrectos. La sociología del derecho requiere cooperar más con las disciplinas vecinas para la comprensión del rol de los contratos y los riesgos del oportunismo. En la parte restante del ensayo evaluaré brevemente los méritos de estos enfoques alternativos mostrados en la figura y buscaré los aliados potenciales de la investigación sociojurídica.

II. LA NUEVA ECONOMÍA INSTITUCIONAL

La nueva economía institucional (*New Institutional Economics*), o neoinstitucionalismo económico, es el enfoque más activo y prominente en el análisis institucional. En breve, y en oposición a la economía clásica, se supone que los intercambios económicos causan costos de transacción, que son costos de búsqueda e información, de negociación y decisión, de vigilancia y cumplimiento. Su magnitud afecta los modos en que se organiza y se lleva a cabo la actividad económica. Puesto que los actores económicos nunca tienen información completa y nunca actúan conforme a una ra-

⁵ Macaulay (1963).

cionalidad plena (racionalidad limitada), se apoyan esencialmente en la guía externa que limita sus elecciones y reduce las dificultades causadas por la incertidumbre y la información asimétrica. El propósito de una institución —definida como conjunto de reglas formales e informales, incluyendo su cumplimiento— es conducir la conducta individual en una dirección particular. Ya sea de manera espontánea a través de las elecciones individuales o colectivas, o de manera deliberada por la decisión legislativa, las sociedades desarrollan, en procesos evolutivos, instituciones que conducen a resultados económicos superiores de los que se alcanzarían a través de intercambios de mercado sin restricciones normativas. En vista de las espectaculares fallas institucionales en términos de crecimiento económico en la historia reciente, el análisis institucional pone creciente énfasis en la necesidad de estudiar la *incompletitud* institucional. No siempre se selecciona a la institución más eficiente, y los arreglos institucionales improductivos persisten por el efecto de trayectoria previa (*path dependencies*).

A primera vista, este enfoque parece como un buen compañero de la sociología del derecho. Sin embargo, hay reservas importantes. La evidencia empírica es ambigua y no sostiene plenamente a esta teoría. Max Weber, quien se cuenta entre los “antiguos economistas institucionales”, tenía ya su *problema inglés*, y actualmente los institucionalistas y el Banco Mundial, que está muy influido por este enfoque, están luchando con el *enigma chino*, una historia de éxito económico sin instituciones formales como el Estado de derecho u otros mecanismos informales que son evidentemente necesarios para asegurar la eficiencia y certeza contractuales.

La nueva economía institucional, en particular Oliver Williamson,⁶ se mantiene cercana a la economía clásica excepto en lo relativo al carácter limitado (*boundedness*) de la racionalidad maximizadora (las preferencias y las oportunidades económicas son configuradas por los procesos políticos y sociales) y por la relevancia que se atribuye a la confianza institucional. Si bien tanto

⁶ Williamson (1985).

North⁷ como Greif⁸ —este último mediante el empleo de modelos basados en la teoría de juegos— hacen referencia a la importancia de la *cultura* para los modelos mentales de la percepción, así como a la relevancia de las *normas sociales* para la reducción de la incertidumbre, sus críticos consideran esto como un reconocimiento necesario pero insuficiente del *entorno* institucional (exógeno) en la economía de los costos de transacción. Las creencias y las normas son relegadas a una *caja negra de restricciones informales*.⁹ Este enfoque resulta todavía más problemático al no tomar en cuenta las relaciones de *poder* y *dependencia* en las transacciones económicas.¹⁰ Esta desatención conduce a la suposición —excesivamente optimista, casi darwiniana, particularmente en la economía evolutiva— de que, a causa de los procesos de aprendizaje, en el largo plazo resultan seleccionadas las instituciones más eficientes. Finalmente, el enfoque centrado exclusivamente en la *eficiencia de los costos de transacción* no resulta muy atractivo para los sociólogos del derecho. Las instituciones como las de una dictadura o una mafia, o bien, las de una comunidad religiosa, pueden tener éxito en impedir el oportunismo, pero resultan inadecuadas por otras razones. No tengo conocimiento de que en la Nueva Economía Institucional haya debates en relación con los aspectos de la *justicia social*, la *libertad individual* o los *derechos humanos*.

III. LA CONFIANZA RELACIONAL

Los enfoques que explican el oportunismo como variable dependiente de la *confianza relacional* critican a la Nueva Economía Institucional al apuntar a la *embeddedness* de la acción económica.¹¹ Si los contratos son cumplidos generalmente en la mayoría de los sectores económicos y si en la mayoría de los intercam-

⁷ North (1990).

⁸ Greif (2005).

⁹ Nee (2005, 52).

¹⁰ Küpper/Felsch (2000, 315-332).

¹¹ Granovetter (1985).

bios entre empresas —particularmente, pero no circunscritos a las comunidades estrechas, las redes y las relaciones de negocios de largo plazo—, el riesgo se impide o limita por medios no institucionales. Ya sea de manera intencional o no, una relación de mercado puede *transformarse en una relación social*, ya sea con intereses comunes, similares expectativas, valores comunes o niveles similares de información y confianza que conducen a la cooperación en el mercado. También puede transformarse en una *relación hostil*, de desconfianza y rechazo de la cooperación en el futuro, a pesar de los intereses económicos en contrario y a la amenaza de las sanciones institucionales.

Los antropólogos,¹² economistas,¹³ sociólogos del derecho,¹⁴ y sociólogos,¹⁵ enfatizan la *confianza personal* como alternativa al soporte institucional y jurídico. Esta idea, que mientras tanto ya se halla bien establecida, ha tenido consecuencias prácticas en la *formación en gerencia relacional* de la gente de negocios y en los intentos de adoptar elementos relacionales en los contratos e inclusive en el derecho de los contratos.¹⁶ El comercio que realiza la gente de negocios china está “imbricada” (*embedded*) en la solidaridad familiar y las redes étnicas,¹⁷ la mafia siciliana opera a través de relaciones que evocan los ritos de amistad (la hermandad de sangre),¹⁸ el comercio de diamantes está asegurado socialmente por la religión judía.¹⁹ La “*embeddedness personal*” de Granovetter se basa en la movilidad entre empresas, en la membresía mutua en los consejos directivos (*interlocking directorates*), en otros contactos entre los miembros de las elites de negocios, en las asociaciones de largo plazo entre los contratistas y subcontra-

¹² Yang (1994), Wiessner (2002).

¹³ Landa (1981), Gulati (1995).

¹⁴ Macaulay (1963).

¹⁵ Appelbaum (1998).

¹⁶ Macneil (1980), Gottlieb (1983).

¹⁷ Landa (1981).

¹⁸ Blok (2002).

¹⁹ Richman (2006), Bernstein (1992).

tistas, así como entre los agentes de compras y los proveedores, y, en general, en los *tratos pasados con personas de confianza*. Según él, estos tratos pasados constituyen una mejor fuente de información que la “reputación” que frecuentemente se utiliza en la economía institucional.

IV. LOS SISTEMAS SOCIALES DE LA CONFIANZA

El enfoque que subraya la *confianza personal* como factor que estabiliza los intercambios económicos y controla el oportunismo ha continuado su desarrollo tanto a nivel micro como macroeconómico. En el *nivel microeconómico*, Collins reconoce plenamente la importancia de la relación de negocios, pero sostiene que hay que tomar en cuenta elementos de carácter más normativo.²⁰ En cualquier intercambio de negocios es posible tematizar *tres dimensiones*: la *relación de negocios*, con sus elementos de confianza o desconfianza; el *trato económico*, con su enfoque en la racionalidad económica; y la *relación contractual*, como esquema que aísla la transacción de su contexto económico y social. Las partes de una operación *se orientan por los tres marcos* de manera simultánea y tienen que encontrar una vía media entre estos *sistemas de comunicación en competencia o en colisión*. El propio Collins utiliza ampliamente a la sociología jurídica para describir las circunstancias que pueden conducir a las partes a escoger ya sea el discurso relacional, el económico o el contractual. En concepto de Collins y en sus contribuciones económicas y jurídicas al debate, la teoría de la *embeddedness* —aunque por sí misma es insuficiente para explicar el comportamiento contractual— parece ser en verdad una invitación a la cooperación interdisciplinaria.

La teoría *macroeconómica* del riesgo trata de describir de qué modo los sistemas sociales de producción e intercambio establecen condiciones, facilidades e instituciones (sociales y jurídicas) que permiten la formulación de compromisos creíbles. Dicha

²⁰ Collins (1999).

teoría se apoya en los enfoques conductuales pero *agrega elementos estructurales*. Además de las estrategias empleadas en la relación de negocios con el fin de asegurar, hasta donde sea posible, las expectativas contractuales específicas (cumplimiento del contrato), el actor se apoya en estructuras complejas, frecuentemente imperceptibles y ocultas, que *generan confianza impersonal*. Los derechos de propiedad se encuentran entre los elementos que dichas estructuras de confianza impersonal protegen.²¹ El control social es efectivo en la acción social más allá de las instituciones de cumplimiento de los contratos, la jerarquía y las relaciones sociales. En la medida en que adquieren relevancia las normas múltiples y las formas organizacionales del control social del riesgo y la desconfianza, en esa medida la elección racional es desplazada hacia el trasfondo.

La “*organización social de la desconfianza*” de que habla Susan Shapiro utiliza la teoría de la agencia y se enfoca en la confianza. En respuesta a Granovetter, Shapiro muestra que, además de la confianza personal, la acción económica se apoya fuertemente en la *confianza impersonal*. La diferenciación social significa que todos los actores (los “principales”) en la sociedad hacen que otros (los “agentes”) lleven a cabo por su cuenta la mayoría de sus tareas. Las responsabilidades se dividen entre los miembros de una familia; los padres encargan a sus hijos a profesionales como los maestros y las amas de llaves; los empleadores transfieren la guarda de sus propiedades a sus empleados. El dinero de uno se deposita en una cuenta bancaria; los activos y propiedades son encargados a expertos como los corredores de bolsa; la salud propia se encomienda a los médicos; las incertidumbres futuras, a las compañías de seguros y los fondos de pensiones. Los diarios así como los científicos son agentes encargados de la producción de conocimiento; el mecánico es un agente que se encarga de la seguridad del propio automóvil. Esta diferenciación social requiere una *compleja organización de la protección contra el riesgo y mercados de producción de confianza* más allá de la estabilización de expectati-

²¹ Shapiro (1987; 2005).

vas generada en las relaciones sociales cercanas o el intercambio contractual.

Junto con las organizaciones privadas y las profesiones, los gobiernos son guardianes de la confianza que toman el lugar del parentesco y la amistad en los tratos con personas desconocidas. Los *contratos* constituyen la estrategia habitual por la cual los principales pueden asumir algún control sobre la conducta de quienes actúan por cuenta de ellos. Pero ofrecen solamente un control limitado sobre la relación de agencia, sobre las contingencias futuras y sobre el incumplimiento. Los agentes, más que los principales, son quienes definen la agenda normativa: típicamente, los principales son jugadores “de un solo tiro” (*one-shotters*), mientras que los agentes son “jugadores habituales” (*repeat players*) con experiencia y poder. El control social de la confianza impersonal no es esencialmente jurídico ni se basa únicamente en las elecciones racionales de los actores en búsqueda de una ganancia.

Los enfoques sociojurídicos y los económicos contribuyen, a pesar de sus limitaciones, a la comprensión de las estructuras y los mercados de producción de confianza. Además, también hay que tomar en cuenta las variaciones culturales en la organización social de la desconfianza. La “arquitectura de los mercados” de Fligstein va más allá de la teoría estructural de Shapiro al señalar que los actores económicos “dependen totalmente de los arreglos sociales para la producción de ganancias” y que, “sin leyes, estados, y la capacidad de encontrar métodos jurídicos no depredatorios para la competencia, las empresas no pueden subsistir”. El análisis de Fligstein otorga mayor peso a los modelos sociojurídicos y supera la brecha entre la sociología económica y los estudios jurídicos, tanto teóricos como empíricos.

La sociología jurídica tiende a examinar, con mayor cuidado que la sociología económica, el modo como se implementan las políticas del Estado, el modo como trabajan los burócratas y los jueces, y el modo en que el derecho contractual se negocia y se hace cumplir. La gente de negocios recibe el soporte de *expectativas estables* en relación con su derecho de propiedad (y el de sus contrapartes), el valor de la moneda, el acceso al crédito, la

confiabilidad de las transferencias bancarias y la seguridad de las inversiones, la responsabilidad de las corporaciones, la distribución de los activos en casos de insolvencia, el aseguramiento del riesgo, las sanciones a la conducta delictiva, la asesoría competente por los profesionales, y las reglas adecuadas, consistentes, imparciales y eficientes. La gente de negocios depende también de la confianza en las licencias, los títulos profesionales, los estándares de calidad y los certificados públicos. Todo ello va *más allá* de las *expectativas contractuales* que se examina habitualmente en los estudios sobre el cumplimiento de los contratos. Las expectativas contractuales pueden verse satisfechas o cumplidas, pero el intercambio puede descarrilarse de todos modos debido a la falta o la deficiencia en las *estructuras de protección de los derechos de propiedad*.

V. CONCLUSIÓN

En conclusión, el conocimiento sociojurídico, lejos de ser desplazado por la economía institucionalista o la sociología económica, es un ingrediente necesario y valioso en las teorías de la eficiencia contractual, ya que ofrece un cuadro realista de la protección de los derechos de propiedad en una sociedad en particular; de las elecciones tomadas por la gente de negocios o por los consumidores, entre los modos formales o informales de resolución de conflictos; de los obstáculos que surgen en los procedimientos judiciales y de los problemas que acarrea la consulta a un abogado. Nuestras disciplinas vecinas son bastante displicentes cuanto abordan aspectos específicos como éstos y, por tanto, sacan conclusiones excesivamente optimistas respecto de la confianza institucional, o bien, elaboran modelos sobresimplificados en relación con la confianza y las relaciones personales. Por un lado, la sociología jurídica requiere esta cooperación interdisciplinaria para superar el estrecho énfasis en la racionalidad jurídica (Weber) y las relaciones no contractuales (Macaulay), pero, por otro lado, ofrece el eslabón perdido en los discursos sobre el riesgo contractual y el oportunismo.

Nuestro enfoque interdisciplinario para la explicación del riesgo contractual toma en cuenta los sistemas sociales de la confianza, incluyendo las instituciones privadas y las estatales, así como la ejecución de los contratos y la protección de los derechos de propiedad. Este es el aspecto institucional. Además, el riesgo del oportunismo es explicado mediante elementos no institucionales como la elección racional (costos de transacción) y los diversos grados de *embeddedness* del intercambio en las relaciones sociales.