

## Artículos

# *Análisis dinámico del derecho administrativo: Construyendo el camino del desarrollo*

Luis Fraga Lo Curto<sup>1</sup>

Abogado

**Resumen:** *El propósito de este artículo es el de contraponer el criterio de eficiencia dinámica propuesto por la escuela austriaca de economía, basado en el descubrimiento empresarial y la coordinación de los desajustes sociales, y los criterios de Pareto y Kaldor-Hicks, basados en la asignación de recursos dados. Así mismo, mostrar que a través del análisis de eficiencia dinámica, el derecho administrativo puede ser utilizado como un instrumento para el desarrollo y la creación de riqueza. Por último, daremos algunas recomendaciones de cómo podría lograrse esta meta.*

**Palabras Clave:** *Eficiencia estática, óptimo de Pareto, criterio de Kaldor-Hicks, eficiencia dinámica, descubrimiento empresarial, coordinación, análisis económico del derecho administrativo.*

**Abstract:** *The aim of this paper is to contrast the dynamic efficiency criterion proposed by the Austrian school of economics, based on the entrepreneurial discovery and social coordination, with the criteria of Pareto and Kaldor-Hicks, based on the allocation of given resources. Additionally, to show that through the dynamic efficiency analysis, administrative law can be used as an instrument for development and wealth creation. Finally, to present some recommendations on how this goal could be achieved.*

**Key words:** *Static efficiency, Pareto optimality, Kaldor-Hicks efficiency, dynamic efficiency, entrepreneurial discovery, social coordination, economic analysis of administrative law.*

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. NOCIONES GENERALES SOBRE LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA
- III. LOS CRITERIOS DE PARETO Y KALDOR-HICKS
- IV. EL CRITERIO DE EFICIENCIA DINÁMICA
  1. *La creatividad empresarial,* 2. *La coordinación de los desajustes sociales.*
- V. CREANDO REGULACIONES DINÁMICAMENTE EFICIENTES
- VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO, UN POTENCIAL INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO
  1. *La preeminencia de las normas de recta conducta.* 2. *Separación entre Estado y sociedad.* 3. *Un Estado controlado, responsable y de limitados privilegios*
- VII. CONCLUSIONES
- VIII. BIBLIOGRAFÍA

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013), candidato a la Maestría en Derecho de los Negocios de la Université de Lyon. [www.luisfragalocurto.com](http://www.luisfragalocurto.com).

## I. INTRODUCCIÓN

Pareciera excesivamente reiterativo y hasta tedioso comenzar este trabajo afirmando que la economía es una ciencia que estudia la conducta humana en el marco de la escasez, como apuntaban Lionel Robbins y Ludwig von Mises. Pero no lo es.

Dice el profesor Ludwig von Mises que los principios de la economía:

*“No derivan de la experiencia. Son como aquellos de la lógica o la matemática, deducibles a priori. No están sujetos a verificación o a falsificación a través de la experiencia o los hechos empíricos. Estos son tanto lógicos como temporalmente anteriores a cualquier comprensión de los hechos históricos. Son el requisito necesario para cualquier apreciación intelectual de los eventos históricos.”*<sup>2</sup>

Para Mises, las bases que sustentan el pensamiento económico “no son axiomas elegidos arbitrariamente, sino proposiciones autoevidentes presentes de forma clara y necesaria en todas las mentes humanas”<sup>3</sup>. El axioma central y el punto de partida de la teoría económica es la acción humana<sup>4</sup>, concepto que trataremos a lo largo de este trabajo.

Decir que la economía estudia la acción del ser humano y no a la materia inerte, inexorablemente sometida a las leyes de la naturaleza, sigue siendo un enorme desafío. Empezar por este axioma irrefutable: *el ser humano actúa*, nos conlleva a tomar el tristemente olvidado camino del análisis dinámico.

La excesiva matematización y el casi absoluto basamento en supuestos *hechos históricos* de la metodología económica moderna así lo demuestran. Estos paradigmas afectan a la economía en todas sus ramas, y el análisis económico del derecho es ejemplo de ello.

En las siguientes páginas, estudiaremos los fallos metodológicos que conlleva el análisis a través de los criterios de eficiencia generalmente utilizados.

Así mismo, trataremos de rescatar el análisis dinámico de la tradición austríaca, basado en la valorización subjetiva, el proceso del descubrimiento empresarial y la coordinación de los desajustes sociales que éste produce.

Por último, trataremos de mostrar cómo el análisis de eficiencia dinámica es crucial en la creación del derecho administrativo. Así mismo, estudiaremos cómo puede este análisis transformar esta rama del derecho en una herramienta para el desarrollo y la generación de riqueza.

## I. NOCIONES GENERALES SOBRE LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA

El análisis económico del derecho es una herramienta vital para el operador jurídico. Nos permite comprender de mejor forma por qué tiene éxito o por qué fracasa determinada regulación en su aplicación práctica y cómo lograr llevarla a cabo de forma eficiente.

¿Pero por qué es tan importante? ¿Qué es lo que nos ofrece este innovador instrumento de análisis?

<sup>2</sup> von Mises, Ludwig. *Human Action. A Treatise on Economics*. 1998, p. 32.

<sup>3</sup> von Mises, Ludwig. *The Ultimate Foundation of Economic Science. An Essay on Method*. 1962, p. 4.

<sup>4</sup> *Ibidem*. p. 17.

Resulta pues evidente que el derecho produce consecuencias económicas, y esto es así, puesto que la regulación del mercado se manifiesta a través del ordenamiento jurídico.

Algunas veces, ésta lo hace como simples normas que permiten establecer las fronteras entre los derechos y obligaciones de los ciudadanos y que a su vez delimitan la responsabilidad derivada del traspaso ilegítimo de dichas fronteras, aquellas que Hayek ha llamado *normas de recta conducta*<sup>5</sup>. Dicho de otra manera, la regulación en sentido amplio.

Otras veces, lo hace a través de la intervención estatal, esa que pretende conducir de forma planificada la acción humana. Son las normas que denominamos regulación económica en su sentido corriente y también en su sentido más estricto, que forman parte, por supuesto, del derecho administrativo.

Sin embargo, el derecho por sí sólo es incapaz de explicar una cantidad de fenómenos sociales que ocurren a nuestro alrededor, por lo que se hace necesario recurrir a otras ciencias. No es el derecho una ciencia que ofrezca herramientas para explicar y estudiar el comportamiento de los seres humanos en relación con sus fines y los medios escasos que otorga la naturaleza para alcanzarlos, pues de esto se encarga la economía.<sup>6</sup>

Así pues, ofreciéndonos las herramientas necesarias para comprender la acción humana, el análisis económico del derecho, como veremos más adelante, nos permite transformar al ordenamiento jurídico en un instrumento que incentive la creatividad empresarial y por ende la generación de riqueza.

Ahora bien, el análisis económico del derecho, en su acepción más tradicional, parte del supuesto que el individuo es un ser racional que busca maximizar beneficios, y que las normas jurídicas constituyen una estructura de incentivos externos que determinarán su comportamiento.<sup>7</sup> Para los neoclásicos, el análisis económico del derecho se limita a determinar si las normas jurídicas son eficientes<sup>8</sup> en el sentido paretiano<sup>9</sup> o en el mejor de los casos, eficientes bajo el criterio Kaldor-Hicks.<sup>10</sup> Para poder descubrir si el derecho es Pareto-superior o no, es necesario entonces recurrir a los datos empíricos que así lo *demuestran*.

Sin embargo, como veremos más adelante, la información indispensable para llevar a cabo demostraciones empíricas que determinan la eficiencia dentro de los criterios de Pareto y Kaldor-Hicks, es una que por su naturaleza no puede ser transmitida, puesto que depende del proceso dinámico de descubrimiento empresarial.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Hayek, Friedrich. *Derecho, legislación y libertad*. 2006, p. 113.

<sup>6</sup> Robbins, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. 1945, p. 16.

<sup>7</sup> Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*. 2007, p. 26.

<sup>8</sup> Spector, Horacio. *Introducción. Elementos de Análisis Económico del Derecho*. 2004, p. 9.

<sup>9</sup> Una situación Pareto-superior, llamada así por el concepto de eficiencia del economista italiano Wilfredo Pareto, es aquella donde, luego de una asignación inicial de recursos a una serie de personas, al cambiar dicha asignación se mejora a al menos uno de los individuos sin perjudicar a los demás. *Vid: Ibidem*. p. 9.

<sup>10</sup> Bajo el criterio Kaldor-Hicks, “la mera existencia de perdedores no excluye que el cambio sea Pareto-superior, en efecto, podría ocurrir que los ganadores de hecho compensaran a los perdedores de modo que éstos quedaran, por lo menos, igual de lo que estaban antes del cambio”. Este criterio se basa en la eficiencia del cambio si favorece el aumento de la riqueza. *Vid: Ibidem*. p. 12.

<sup>11</sup> Strigham, Edward. *Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning*. 2001, p. 48

Así mismo, estos criterios miden, a través de la distribución de recursos, la consecución de objetivos sociales, lo cual contraría la subjetividad de las preferencias de cada individuo.

Frente a estos criterios caracterizados por un análisis estático, la escuela austríaca de economía propone un estilo de análisis de la eficiencia basado en la subjetividad y el dinamismo de los procesos de mercado. Esta concepción deviene del entendimiento de la economía como ciencia de la acción humana. Para la escuela austríaca, el proceso empresarial es la pieza fundamental de su teoría microeconómica, dejando de lado el análisis de equilibrio general walrasiano, y tomando una dirección bastante diferente a la del *mainstream* neoclásico.<sup>12</sup>

En los párrafos a venir, estudiaremos brevemente los criterios clásicos utilizados en el análisis económico del derecho, así como aquel propuesto por la tradición austríaca.

### III. LOS CRITERIOS DE PARETO Y KALDOR-HICKS

Los criterios de eficiencia de Pareto y Kaldor-Hicks permiten, en principio, evaluar los efectos económicos que produce un cambio en el ordenamiento jurídico.<sup>13</sup>

Dice el profesor Thierry Kirat: “*un cambio es Pareto-eficiente, si éste permite mejorar la circunstancia de al menos un individuo, sin empeorar la situación de ningún otro individuo*”.<sup>14</sup>

Por otro lado, desde el criterio de Kaldor-Hicks, una situación es eficiente cuando uno de los individuos mejora su situación, luego del cambio jurídico, y uno o varios individuos son afectados, pero pudiesen ser eventualmente compensados por el ganador. Bajo este criterio es irrelevante si la compensación debe o no llevarse a cabo (lo que compete a la dogmática jurídica), o si de hecho se llevó a cabo. Lo importante, bajo este criterio, es la posibilidad de la compensación.<sup>15</sup>

En estos criterios encontramos el error típico del análisis estático de la economía moderna: el desconocimiento de la subjetividad con la que el ser humano percibe los cambios en el ordenamiento jurídico, y por ende, la imposibilidad de recolectar la información empírica necesaria para determinar la eficiencia.

#### 1. *El uso de la información empírica*

La información necesaria para determinar la eficiencia bajo los criterios de Pareto y Kaldor-Hicks es una que por su naturaleza no puede ser transmitida, ni recolectada. Se trata de información práctica, tácita y subjetiva que se encuentra en la mente de los millones de usuarios del ordenamiento jurídico y que a veces incluso, debido a la naturaleza del proceso de mercado, todavía no ha sido creada.

Debemos a Ludwig von Mises y a Friedrich Hayek uno de los más grandes cuestionamientos sobre la metodología de la ciencia económica: partir del hecho de que la información

---

<sup>12</sup> Kirzner, Israel. *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach*. 1997, p. 61.

<sup>13</sup> Kirat, Thierry. *Économie du droit*. 2012, p. 61.

<sup>14</sup> *Ibidem*. p. 61.

<sup>15</sup> *Ibidem*. p. 61.

empírica necesaria para construir la teoría está *dada* y que nos queda sólo recolectarla y llevar a cabo los cálculos matemáticos.<sup>16</sup>

El origen de este problema, dice Hayek, es que no sabemos distinguir entre los distintos tipos de conocimiento que existen.

Por un lado está el conocimiento científico, que aunque “*ocupa un espacio prominente en la imaginación colectiva*”<sup>17</sup>, no es el único conocimiento que existe. Es un tipo de conocimiento racional, organizado y sobre todo, disponible. Por otro lado, el conocimiento práctico, que se encuentra disperso en las mentes humanas y que aplicamos, incluso sin darnos cuenta, en un espacio y tiempo determinado.<sup>18</sup> Es un conocimiento subjetivo, pues pertenece a cada individuo y lo más importante de todo: no puede ser transmitido (salvo a través del proceso de descubrimiento empresarial que veremos más adelante), recolectado, ni organizado, pues depende del dinamismo del mercado.

En este mismo sentido, el profesor Israel Kirzner<sup>19</sup> distingue los dos tipos de información o conocimiento de la siguiente forma:

1. El primer tipo es aquel para el que existe una oferta y una demanda. Es el que ofrecen las universidades, los libros, las centrales telefónicas, los canales de televisión y que todos los seres humanos demandamos porque conocemos su existencia. En este sentido, es posible que se desconozca el número telefónico de una persona X, sin embargo se sabe que al comprar las páginas amarillas, se encontrará esta información. Se es parcialmente ignorante, puesto que se conoce cómo obtener dicha información.

2. El segundo tipo de información o conocimiento, es uno para el cual no hay oferta, ni tampoco demanda, porque es información que no ha sido creada. Acá la ignorancia es absoluta, *sheer ignorance* dice el profesor Kirzner. Antes de que existiesen personas que hiciesen zapatos, jamás se hubiese podido obtener información sobre cómo cubrimos los pies, porque no se sabía que existía esa necesidad, porque no se sabía lo que es un zapato. Todavía nadie había tenido la idea ingeniosa.

Este último tipo de información es generado por la “*percepción de la oportunidad de ganancia que depende de la vigilancia del empresario.*”<sup>20</sup> A alguien se le ocurre (porque es más inteligente, porque tuvo suerte, porque estaba más despierto que el resto de nosotros), que los seres humanos necesitamos cubrimos los pies, y entonces inventa el zapato. Esta actividad o proceso de carácter informativo, es lo que Kirzner llama *entrepreneurship*, que puede traducirse como función empresarial o empresariedad.

En este sentido, siendo que la información necesaria para determinar la eficiencia es la segunda, es decir, aquella derivada del conocimiento práctico, existe un problema gigantesco, pues como ya vimos, es imposible de recolectar.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Hayek, Friedrich. *The use of knowledge in society*. 1945, p. 520.

<sup>17</sup> *Ibidem*. p. 521.

<sup>18</sup> *Ibidem*. p. 521.

<sup>19</sup> Kirzner, Israel. *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach*. 1997, p. 72.

<sup>20</sup> Tardieu, Luc. *La fonction entrepreneuriale dans la firme*. 2005, p. 4.

<sup>21</sup> Strigham, Edward (2001). *Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning*. 2001, p. 48

Ahora bien, esto no quiere decir que los datos empíricos no ocupen ningún lugar en la ciencia económica. Simplemente afirmamos que hay que dejarlos en su justo lugar: no sirven para construir sobre ellos la teoría económica, ni para demostrar una ya existente, sino para exponer indicios de la aplicabilidad de aquella que fue desarrollada a priori.<sup>22</sup>

Así pues debemos concluir, que los criterios de Pareto y Kaldor-Hicks no sirven para analizar los fenómenos sociales complejos que ocurren a nuestro alrededor.

#### IV. EL CRITERIO DE EFICIENCIA DINÁMICA

Para los austríacos, los conceptos de eficiencia estática y equilibrio general<sup>23</sup> son irrelevantes. En primer lugar por su incompatibilidad con el estudio de los fenómenos sociales complejos que existen en la vida real.<sup>24</sup> En segundo lugar, puesto que la intención de la economía no debe ser estudiar *estadios finales*, sino comprender el proceso de mercado.<sup>25</sup>

En este sentido, un concepto básico para la escuela austríaca es el de eficiencia dinámica ligado a la creación empresarial.<sup>26</sup> Como ya vimos, la información empírica sobre la que descansa la economía neoclásica es imposible de recolectar, al ser subjetiva, cambiante y sobre todo, porque muchas veces no ha sido creada, debido a la naturaleza del proceso empresarial.<sup>27</sup>

Pero, ¿qué es la eficiencia dinámica? La eficiencia, desde el punto de vista dinámico, es “la capacidad que tiene un sistema económico para estimular la coordinación y la creatividad empresarial.”<sup>28</sup> Para entender pues este criterio de eficiencia, es necesario definir los dos conceptos básicos sobre los que se sustenta: la creatividad empresarial y la coordinación de los desajustes sociales.

##### 1. *La creatividad empresarial*

La creatividad empresarial es la piedra angular sobre la cual descansa el análisis dinámico. Afirma el profesor Huerta de Soto, que ésta es “la habilidad típicamente humana de reconocer las oportunidades de beneficio que aparecen a nuestro alrededor y sacar provecho de ellas”<sup>29</sup>.

Se trata de un proceso de descubrimiento de oportunidades, anticipación de situaciones futuras, competencia y sobre todo, de constante creación y transmisión de información.

El proceso empresarial es característico del ser humano, de su raciocinio, de su imaginación y de su constante búsqueda de la mejora personal. La persona ingeniosa tiene una idea

<sup>22</sup> von Mises, Ludwig. *Human Action. A Treatise on Economics*, 1998, p. 37.

<sup>23</sup> *Ibidem*. p. 71.

<sup>24</sup> Huerta de Soto, Jesús. *The Theory of Dynamic Efficiency* 2009, p. 1.

<sup>25</sup> Kirzner, Israel. *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach* 1997, p. 64.

<sup>26</sup> Dice el profesor Huerta de Soto, que es dinámicamente eficiente el sistema que “aviva la creatividad empresarial y la coordinación” de los desajustes sociales. *Vid: The Theory of Dynamic Efficiency*. 2009, p. 21 y 23.

<sup>27</sup> *Ibidem*. p. 41.

<sup>28</sup> *Ibidem*. p. 29.

<sup>29</sup> *Ibidem*. p. 29.

que le hace satisfacer un fin individual: crea el zapato para poder cubrirse los pies, y gracias a esta idea, genera riqueza que favorece a toda la humanidad. Gracias al proceso empresarial, se genera información todos los días, a cada instante. Este proceso permite resolver los desajustes sociales (necesidad de cubrirse los pies y ausencia de zapatos) a través de la búsqueda de ganancia.

## 2. *La coordinación de los desajustes sociales*

La creación y transmisión de la información práctica en el proceso empresarial, se da a través de la llamada coordinación de los desajustes sociales.

El empresario descubre que un productor A tiene un determinado recurso en exceso y que por otro lado, un comprador B necesita el recurso producido por A. De este descubrimiento el empresario obtiene un beneficio, pero no sólo eso, sino que resuelve un desajuste en la asignación de recursos y crea una información que no existía antes.<sup>30</sup>

Luego de crear la información, el empresario la transmite, cuando hace ver al productor A que existe alguien interesado en su recurso y al comprador B que existe alguien que ofrece el producto que necesita.<sup>31</sup>

## V. CREANDO REGULACIONES DINÁMICAMENTE EFICIENTES

Ya hemos visto de qué se trata la eficiencia dinámica y cómo funciona el proceso de descubrimiento y coordinación empresarial. Ahora nos queda ver cómo crear regulaciones eficientes.

Una regulación o un marco regulatorio, será más eficiente mientras más estimule la capacidad creativa y coordinadora del empresario. Suena fácil. Sin embargo, es necesario aclarar qué es lo que queremos decir con esto. Estimular no quiere decir que el Estado, a través de la regulación, vaya a dirigir la creatividad empresarial y la coordinación. Por el contrario, estimular debe entenderse como permitir que el empresario asuma su rol de liderazgo en el proceso de mercado.

Un marco regulatorio debe, como dice Israel Kirzner “*alentar al empresario a percibir la información valiosa cuya existencia desconocía.*”<sup>32</sup> Para alentar este proceso de descubrimiento, el entorno debe ser lo más competitivo posible y las normas no deben configurarse como un estorbo, sino como una herramienta para la solución de problemas.

Está suficientemente comprobado históricamente, que los sistemas económicos abiertos son los únicos que permiten la creación de riqueza y por ende alcanzar el desarrollo. Estos sistemas están siempre acompañados por un ordenamiento jurídico que limita la coacción y el tamaño del Estado.

En los próximos párrafos, detallaremos algunas de las características que creemos debe tener un derecho administrativo dinámicamente eficiente.

---

<sup>30</sup> Huerta de Soto, Jesús. *The Theory of Dynamic Efficiency*. 2009, p. 9.

<sup>31</sup> *Ibidem*. p. 9.

<sup>32</sup> Huerta de Soto, Jesús. *The Theory of Dynamic Efficiency*. 2009, p. 11.

## VI. EL DERECHO ADMINISTRATIVO, UN POTENCIAL INSTRUMENTO PARA EL DESARROLLO

Por supuesto que no podemos referirnos a todas y cada una de las características que debe tener una regulación administrativa eficiente, empezando por el hecho de que cada una de ellas debe ser analizada tomando en cuenta sus especificidades. Sin embargo, enumeraremos tres principios que debe seguir toda norma de derecho administrativo que pretenda estimular el proceso empresarial y la generación de riqueza, así como algunos ejemplos específicos.

### 1. *La preeminencia de las normas de recta conducta*

El derecho en general y el derecho administrativo en particular, debe configurarse como un sistema en el que prevalezcan las normas de recta conducta (que como vimos antes, son aquellas que delimitan las fronteras entre los derechos y obligaciones de los ciudadanos y que a su vez delimitan la responsabilidad derivada del traspaso ilegítimo de dichas fronteras<sup>33</sup>) por sobre las normas doctrinantes o autoritarias (que por el contrario, son aquellas que pretenden planificar, censurar y modelar la conducta del ser humano).

El derecho administrativo debe limitarse a resolver los conflictos de intereses que surgen entre los distintos órganos y entes del Estado y los particulares y sobre todo, otorgar al individuo herramientas de protección frente a la actuación pública.

El derecho administrativo (tanto en su contenido formal, como orgánico y procesal) debe regular de forma clara, lógica y sistematizada las relaciones de los individuos con el Estado, para evitar que se cometan atropellos que desequilibren el proceso empresarial.

De lado deben quedar (en la medida de lo políticamente posible, por supuesto), las normas doctrinantes (los controles de precio, las regulaciones sobre calidad de bienes y servicios, los controles migratorios, las regulaciones que sustentan al Estado Docente y un infinito etc.) pues estas pretenden conducir y planificar de forma centralizada la acción humana, lo que impide el descubrimiento empresarial.

### 2. *Separación entre Estado y sociedad*

Así mismo, el ordenamiento jurídico debe dejar clara y taxativamente establecidas cuáles son las funciones del Estado, sin que quepan interpretaciones ligeras que puedan desdibujar los límites entre lo público y lo privado.

Como afirma José Valentín González, es propio de los sistemas totalitarios intentar estandarizar las funciones de la sociedad<sup>34</sup>, esto va desde otorgarle al Estado funciones empresariales, educativas y de ingeniería social, hasta la dominación del pensamiento, con los fines de construir una sociedad unitaria, dócil y servil.

Varios teóricos del derecho administrativo (a veces adrede), confunden los conceptos de sociedad y Estado<sup>35</sup>, dando así pie para que este último posea funciones ilimitadas. Un ordenamiento que no

---

<sup>33</sup> Hayek, Friedrich. *Derecho, legislación y libertad*. 2006, p. 113.

<sup>34</sup> González, José Valentín. *Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo*. 2012, p. 11 y 12.

<sup>35</sup> Por ejemplo, decía Maurice Hauriou (1900) que “el Estado es una sociedad que se ha transformado en cosa pública y persona soberana”. *Vid.: Précis de droit administratif et de droit public général*. p. 6.

establezca de forma transparente y taxativa las funciones del Estado y los límites de dichas funciones, genera inseguridad, lo cual perturba el proceso de creatividad empresarial y coordinación de desajustes sociales.

Por otro lado, la participación exagerada del Estado en los asuntos propios del individuo (el Estado empresario, devorador de los medios de producción, es el ejemplo más claro), genera desequilibrios en el proceso de mercado, destruyendo las oportunidades que de otra forma serían aprovechadas por el empresario para generar riqueza.

Es importantísimo resaltar, que como afirma el profesor Huerta de Soto<sup>36</sup>, el ejercicio de la coacción estatal impide que el empresario descubra o cree la información necesaria para coordinar la sociedad.

### 3. *Un Estado controlado, responsable y de limitados privilegios*

El Estado debe tener límites claros en sus funciones, ya lo hemos dicho, pero además sus funciones deben estar sometidas al control estricto de la sociedad.

Esto incluye, sin lugar a dudas, que sus acciones sean justiciables y acarreen responsabilidad jurídica, y que se garantice la igualdad procesal y contractual de la Administración frente a los administrados. Pareciera evidente, sin embargo, que los privilegios y potestades exorbitantes que el derecho administrativo otorga por ley al Estado, hacen que sus acciones sean juzgadas y contraladas de una manera mucho menos rigurosa que las de los particulares. Prerrogativas legales que lo colocan en posiciones poderosas a la hora de contratar, límites para declarar su responsabilidad patrimonial, una jurisdicción especial presta a aplastar los derechos individuales en nombre del *bien común* y así sucesivamente. El administrado se encuentra en una situación de total desprotección frente a un Estado ilimitado, privilegiado, poderoso e irresponsable.

Esta desprotección despierta en los individuos un sentimiento de incertidumbre que trastorna el proceso normal de creatividad empresarial, destruyendo la información necesaria para coordinar los intercambios voluntarios.

A continuación los ejemplos más claros:

#### A. *La jurisdicción administrativa*

La mal llamada jurisdicción contencioso administrativa<sup>37</sup> surge, no hay que negarlo, como una respuesta liberal para limitar al Estado arbitrario y absolutista. Sin embargo, el sometimiento de las acciones del Estado a la justicia, se ha visto marcado por la resistencia de la doctrina a dejar atrás los totalitarismos destructores.

Para muchos, todavía parece una locura someter al Estado (representante máximo del interés general, incapaz de equivocarse y de quien debe presumirse siempre la buena intención), a la misma justicia que deben someterse los particulares.

---

<sup>36</sup> Rodríguez González, Guillermo. *Civilización, economía y orden espontáneo. La inviabilidad evolutiva del socialismo*. 2011, p. 8 y 9.

<sup>37</sup> La jurisdicción es la función que tiene el Estado –de manera no exclusiva– de resolver los conflictos intersubjetivos de intereses, por lo que esta función implica, obviamente, una contención. Es por esto que consideramos que este nombre es absolutamente redundante. *Vid.*: Couture, Eduardo (1981). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. p. 40.

Sin embargo, los resultados de la aplicación de este fuero privilegiado, caracterizado por el rechazo constante de las pretensiones de los administrados, demuestran, al menos en nuestro país<sup>38</sup>, su fracaso incuestionable.

Aplicar el derecho procesal ordinario, significaría despojar al Estado de sus privilegios y ponerlo en igualdad de condiciones frente al administrado. Esto, aunque parezca un delirio a nuestros *iuspublicistas* educados en los países de la tradición continental, es lo que ocurre (en algunos casos, de forma más o menos intensa), en los países del *common law*.

Afirmamos que resultaría más eficiente la aplicación del derecho procesal ordinario a los conflictos en los que el Estado se encuentre involucrado, toda vez que éste se caracteriza por establecer de forma clara y transparente la posición de las partes en el proceso, dejando de lado la ambigua y arbitraria noción de interés general, que suele colocar a los órganos y entes del Poder Público en una situación de ventaja frente al débil administrado.

#### B. *La responsabilidad patrimonial de la Administración*

Uno de los más graves daños que la separación entre el derecho público y el derecho privado ha causado, es el establecimiento de un régimen autonómico de responsabilidad patrimonial del Estado.

Como ha afirmado el profesor Morles, la justificación sistemática de este -ni tan- novedoso régimen, pareciera, en nombre del orden público, invitar a la Administración a eludir su responsabilidad jurídica frente a los particulares.<sup>39</sup> Sin tapujos, continua diciendo el autor, que “*a gran parte de los estudiosos del régimen de la responsabilidad de la administración pública le resulta placentero hacer referencia a la máxima del common law según la cual King can do no wrong*”.<sup>40</sup>

No podemos estar más de acuerdo con esta afirmación, cuando observamos cómo se utiliza al derecho administrativo, no como muro de contención del poder estatal, sino como un instrumento para el resguardo de los privilegios de la Administración Pública.

Esta situación, que se añade al desastroso resultado que ha tenido el fuero administrativo especial, coloca al administrado en una situación total de indefensión, absolutamente indeseable si lo que se pretende es construir un sistema abierto que respete los derechos individuales.

Es necesario, por ende, que se someta al Estado al régimen de responsabilidad patrimonial establecido por el derecho civil. Esto no sólo sería un reconocimiento a la clara superioridad dogmática del derecho civil frente al muy maleable derecho público, sino una garantía de defensa a los derechos de los particulares.

#### C. *El derecho de los contratos*

La noción misma de contrato administrativo, como institución distinta a la del contrato regulado por el derecho común, es una que por su naturaleza carece de todo sustento jurídico.

---

<sup>38</sup> *Vid.*: Canova González, Antonio. *La realidad del contencioso administrativo venezolano*. FUNEDA, Caracas.

<sup>39</sup> Morles Hernández, Alfredo. Discurso de orden del Dr. Alfredo Morles Hernández en el acto solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en *homenaje al Profesor José Mélich Orsini*. 2011, p. 140 y 141.

<sup>40</sup> *Ibidem*. p. 141.

Las diferencias entre los contratos celebrados por la Administración: unos ordinarios o de derecho privado, y otros propiamente administrativos por su naturaleza, responden a teorías tristemente lejanas a la ciencia jurídica, ni hablar a la eficiencia que debería caracterizar al ordenamiento jurídico.

En Venezuela, los profesores José Melich Orsini<sup>41</sup> y Gonzalo Pérez Luciani<sup>42</sup>, han negado la existencia del contrato administrativo como una noción distinta al de derecho privado, advirtiendo la indeterminación de su concepto y la incertidumbre que genera su aplicación a los casos concretos. Pérez Luciani ha llegado a afirmar que el contrato administrativo, copiado de la dogmática francesa, tiene “*connotaciones más propias de la política local, que de una distinción jurídica que parece imposible de precisar*”.<sup>43</sup>

Consideramos en este sentido, que el contrato administrativo, como institución separada del contrato de naturaleza privada, al igual que muchas otras nociones que los *iuspublicistas* han querido desligar del derecho privado (como la responsabilidad de la Administración, la jurisdicción especial administrativa, etc.), sólo responden al interés que tiene el Estado de mantenerse en una situación privilegiada frente a los administrados.

Las bases que sustentan el concepto de contrato administrativo son ambiguas e indeterminadas (servicio público, interés nacional, etc.), arbitrarias (prerrogativas especiales de la Administración), violatorias de la igualdad procesal (discriminación entre las personas de derecho público y privado) y en definitiva, jurídicamente incorrectas.

Debemos recordar que el fin último del derecho administrativo es el de servir de muro de contención frente a los abusos del Estado. El derecho administrativo debe ser un derecho protector y garantista de los derechos individuales y sobre estos principios es que se deben basar sus conceptos.

No debe la ley administrativa velar por los intereses del Estado, sino garantizar el equilibrio entre el interés general y los derechos individuales, lo cual garantizaría también, un ambiente propenso a la competencia, que aliente la creatividad empresarial y la generación de riqueza.

Opinamos pues, que la noción actual de contrato administrativo establecida en nuestra legislación, contraría estos principios. Si es del interés del derecho administrativo garantizar un equilibrio real entre los ciudadanos y la Administración, será necesario desechar definitivamente el concepto de contrato administrativo y regresar a la Teoría General del Contrato propia del derecho común.

## VII. CONCLUSIONES

De esta manera, luego del análisis llevado a cabo en la presente investigación, llegamos a las siguientes conclusiones:

---

<sup>41</sup> Vid.: Melich Orsini, José. La Responsabilidad Contractual de la Administración, en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. 1991.

<sup>42</sup> Vid.: Pérez Luciani, Gonzalo. Los contratos de interés nacional, en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. 1991

<sup>43</sup> Pérez Luciani, Gonzalo. “Los contratos de interés nacional”, en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. 1991, p. 154.

1. El análisis económico del derecho es un instrumento fundamental para entender el comportamiento práctico de las regulaciones jurídicas.
2. El análisis de eficiencia dinámica consiste en determinar cuáles sistemas estimulan de mejor manera la creatividad empresarial y la coordinación de los desajustes sociales.
3. El criterio de eficiencia dinámica se adapta a la naturaleza compleja de las relaciones humanas, por lo que es mucho más apropiado que los criterios estáticos de Pareto y Kaldor-Hicks para el análisis económico del derecho.
4. Los sistemas económicos abiertos son los que permiten que exista un entorno más eficiente desde el punto de vista dinámico.
5. Un sistema económico abierto debe estar acompañado por un ordenamiento jurídico que garantice los derechos individuales frente a la acción del Estado.
6. Para poder garantizar de forma eficiente los derechos individuales, el derecho administrativo debe: a. Hacer prevalecer las normas de recta conducta frente a las normas doctrinantes, b. Separar de forma clara las funciones del Estado y la sociedad, c. Controlar las acciones del Estado y garantizar la igualdad procesal y contractual frente a los administrados, sometiendo la jurisdicción, la responsabilidad patrimonial y el derecho de los contratos al derecho común.

#### VIII. BIBLIOGRAFÍA

Canova González, Antonio *La realidad del contencioso administrativo venezolano*. FUNEDA, Caracas, 2009

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981

González, José Valentín (2012). *Las Tendencias Totalitarias del Estado Social y Democrático de Derecho y el carácter iliberal del Derecho Administrativo*. CEDICE Libertad. Extraído el 20 de agosto de 2014 de: <http://cedice.org.ve/wp-content/uploads/2012/12/Tendencias-Totalitarias-del-Edo-Social-y-Democr%C3%A1tico-de-Derecho-Administrativo.pdf>.

Hauriou, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général*. Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts. Paris, 1900

Hayek, Friedrich. *The use of knowledge in society. The American Economic Review*. Vol. 35. N° 4. American Economic Association. Nashville, 1945

Hayek, Friedrich. *Derecho, legislación y libertad*. Unión Editorial. Madrid, 2006

Huerta de Soto, Jesus. *The Theory of Dynamic Efficiency*. Routledge. Nueva York, 2009

Huerta de Soto, Jesús. *Socialismo, Cálculo Económico y Función Empresarial*. Unión Editorial. Madrid, 2010

Kirat, Thierry. *Economie du droit. Économie du droit*. La Découverte. Paris, 2012

Kirzner, Israel. *Entrepreneurial Discovery and the Competitive Market Process: An Austrian Approach. Journal of Economic Literature*. Vol. 35. N° 1. American Economic Association. Nashville, 1997

Melich Orsini, José. “La Responsabilidad Contractual de la Administración”, en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República, Caracas, 1991

Morles Hernández, Alfredo. Discurso de orden del Dr. Alfredo Morles Hernández en el acto solemne de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en *homenaje al Profesor José Mélich Orsini*. Cuestiones Jurídicas. Vol. V. N° 2. julio-diciembre. Universidad Rafael Urdeneta. Maracaibo, 2011

Pérez Luciani, Gonzalo. “Los contratos de interés nacional”, en *Régimen Jurídico de los Contratos Administrativos*. Ediciones de la Fundación Procuraduría General de la República. Caracas, 1991

Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 2007

Robbins, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. MacMillan and Co. Londres, 1945

Rodríguez González, Guillermo. “Civilización, Economía y Orden Espontaneo. La Inviabilidad Evolutiva del Socialismo”. Libertad y Prosperidad. Caracas, 2011

Spector, Horacio. *Introducción. Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 2004

Strigham, Edward. *Kaldor-Hicks Efficiency and the Problem of Central Planning. The Quarterly Journal of Austrian Economics*. Vol. 4. N° 2. Ludwig von Mises Institute. Auburn, 2001

Tardieu, Luc. *La fonction entrepreneuriale dans la firme. Revue d'économie industrielle*. Vol. 109. 1<sup>er</sup> trimestre. Éditions De Boeck. Niza, 2005

von Mises, Ludwig. *The Ultimate Foundation of Economic Science. An Essay on Method*. D. Van Nostrand Company, Inc. Princeton, 1962

von Mises, Ludwig. *Human Action. A Treatise on Economics*. Ludwig von Mises Institute. Auburn, 1998