

RESEÑA:

Marriage

Contracts,

Antony W. Dines, University

of Hertsforshire, 1999, 23 pp.

RESUMEN

EJECUTIVO

Martha Lucía Martínez Sandoval

Este capítulo es un examen a la estructura de incentivos establecida por el derecho de matrimonio y divorcio, haciendo énfasis en dos formas de comportamiento oportunista: El efecto *greener-grass* y el efecto “viuda negra”. El primero se produce cuando el cónyuge que devenga altos ingresos (usualmente el hombre) decide divorciarse del que recibe bajos ingresos, incentivado porque la ley no le exige compensar totalmente a la parte afectada por la pérdida de beneficios. El segundo resulta del incentivo que puede tener un cónyuge dependiente (típicamente la mujer) si la dependencia se basa en pagos que le permiten una serie de beneficios sin costo o remuneración a la otra parte.

A través del libro se ven una serie de tratamientos que puede darle el derecho al tema del divorcio, estudiando en cuales de ellos existen más incentivos para permitir que una de las partes las aproveche de manera oportunista, entre estos encontramos el tratamiento como un contrato a largo plazo, el dependiente, la restitución de daños, las necesidades de las partes, etc.

El objeto de la publicación es hacer un análisis que permita determinar en qué casos los divorcios resultan ineficientes y cual es la mejor manera de evitar las prácticas oportunistas.

Reseña del autor

Antony W. Dnes

Profesión: Licenciado en Economía en la Universidad de Leicester. Master en Economía de los Recursos Naturales en la Universidad Aberdeen. Ph.D en Economía del Derecho de la Universidad de Edimburgo.

Área: Decano Asociado para la Investigación y el Desarrollo en la Universidad de Hertfordshire, Inglaterra. Trabaja en Derecho Económico y Regulación, área que complementa con los investigaciones sobre economía institucional y evolutiva, enfatizando en la coacción existente entre la actividad económica y la ley.

Profundización: Se especializa en análisis económico del derecho conyugal y de familia, privatización y regulación, contratos de franquicia.

Publicaciones:

Libros:

Economics of Law, International Thomson Business Press, 1996.

Franchising: a Case-study Approach, Ashgate, 1992.

Algunos artículos en prensa:

Hostages and Marginal Deterrence in Franchise Contracts, J. Corporate Finance, 2000.

An Economic Analysis of a Proposal to Reform the Discretionary Approach to the Division of Marital Assets in England, International Review of Law and Economics, 1999.

The Division of Marital Assets, J. Law & Society, 25, 336-64, 1998.

The Economic Analysis of Franchise Contracts, J. Institutional & Theoretical Econ. (JITE), 152, 297-324. 1996.

'Unfair' Practices and Hostages in Franchise Contracts, J. Institutional & Theoretical Econ. (JITE), 148, 484-504. 1992.

Resumen



El aumento en el número de divorcios, la reducción de la tasa de matrimonios, el crecimiento de la cohabitación, y tendencias similares en la sociedad occidental, han causado preocupación en los últimos años. Las Familias son menos estables lo que influye sobre el bienestar de los niños. Desde el punto de vista económico, un asunto importante es el sistema de incentivos generados por el derecho de matrimonio y divorcio. La dependencia y vulnerabilidad de uno de los cónyuges al comportamiento oportunista del otro es previsible bajo las leyes actuales. El oportunismo entonces, es definido como la búsqueda de bienestar personal con astucia.

El matrimonio, es tratado como un contrato de largo plazo entre dos partes que, cuando se rompe o se viola se llama divorcio, conlleva una serie de implicaciones económicas. En los matrimonios tradicionales, la mujer presta servicios domésticos en los primeros años del matrimonio mientras que el apoyo ofrecido por el hombre puede crecer en valor en el tiempo. Las oportunidades de las partes pueden cambiar en el tiempo haciendo que uno de ellos tenga incentivos para romper el contrato.

Los riesgos y costos de no estar dispuesto a divorciarse están distribuidos asimétricamente: el hombre puede estar tentado a utilizar los servicios domésticos que la mujer le presta en los primeros años y después dejarla para disfrutar de sus ingresos sin ella (efecto *greener grass*), al mismo tiempo que ella estará menos dispuesta a casarse nuevamente que un hombre de la misma edad.

Los beneficios del matrimonio son diversos. Los cónyuges pueden ser considerados como bienes de capital en la producción de un nuevo bien llamado familia. Particularmente, los hijos son producto del matrimonio, que al mismo tiempo pueden influir y generar costos que eviten los divorcios. Otra ganancia es la seguridad: las partes renuncian a su libertad de buscar nuevas parejas, pero la ganancia de dejar su libertad debe exceder al costo de perder la libertad de separarse.

La ruptura de un matrimonio se entiende como óptima cuando la parte que incurre en la violación o quiere dar por terminado el acuerdo, indemniza a la otra parte cubriendo las ganancias que ésta hubiera obtenido si se hubiera llevado a cabo el contrato (perjuicios esperados); o, si el divorcio es una decisión de mutuo acuerdo por medio de una indemnización negociada.

Sin embargo, si un caso de divorcio es llevado a la Corte, existe un grado de dificultad considerable en poder determinar cual es la indemnización que debe hacer quien viola el acuerdo al afectado (estimación de los perjuicios esperados), pues el juez debe suponer o prever cuales hubieran sido las ganancias que hubiera podido percibir la parte perjudicada si no hubiera ocurrido la separación, suposiciones que muchas veces están fundamentadas en el estilo de vida que se llevaba y en los costos de oportunidad por haber renunciado muchas veces a actividades que significarían mejores ingresos individuales.

Por otra parte, cuando el matrimonio no es simplemente visto como un contrato sino también como una relación de dependencia, el establecimiento de los pagos y las indemnizaciones por parte de quien quebranta el contrato se dificulta. Esta hipótesis sostiene que dichas liquidaciones deben hacerse estudiando los costos de oportunidad, no hacia el futuro (como se expresaba antes), sino teniendo en cuenta el posible futuro e ingreso que hubiera podido tener el cónyuge afectado de no haberse casado.

Es decir, que en el caso de una mesera que se casa con un millonario y después de 10 años de matrimonio éste

decidida dejarla, la indemnización debería basarse en lo que hubiera podido ser de la vida de la mesera si no se hubiera casado con el hombre.

La ruptura de un matrimonio se entiende como óptima cuando la parte que incurre en la violación o quiere dar por terminado el acuerdo, indemniza a la otra parte cubriendo las ganancias que ésta hubiera obtenido si se hubiera llevado a cabo el contrato...

Este acercamiento, además de requerir altos niveles de especulación por parte de los jueces y abogados, genera un beneficio mayor para que se presente el efecto *greenergrass* pues en la mayoría de los casos hace que los costos de ruptura del matrimonio sean aun menores que los que se generaran por los perjuicios esperados.

Así mismo, la aproximación al tema del divorcio por el lado de la restitución de los daños sostiene que la compensación que debe recibir la parte agraviada debe corresponder a su esfuerzo y contribución a los logros y éxitos de la otra parte. Un caso típico es el de la mujer que se encarga del cuidado de los hijos para que su esposo pueda desarrollar su carrera profesional o de negocios.

Sin embargo, este tratamiento, además de tener las mismas dificultades que los anteriores en su aplicación, como los de la dificultad de establecer cual debe ser la indemnización suficiente para cubrir los sacrificios que ha hecho la parte afectada para permitir el éxito del quebrantador, presenta un problema diferente: en algunos casos puede favorecer a la ocurrencia del efecto “viuda negra”, pues una mujer que esta interesada en un divorcio que le represente buenas ganancias, puede forzar las cosas como para que parezca que ella renuncio a muchas cosas de su vida para permitir el desarrollo profesional o personal de su esposo.

Por otra parte, existe una tendencia que busca contemplar al matrimonio como una sociedad igualitaria en la que los bienes que hace parte de dicha colectividad son de las dos partes en proporciones similares. No obstante, esto también da cabida a que la parte afectada presente demandas después del divorcio por injusticias en la liquidación y se exijan indemnizaciones ya sea por dependencia o por restitución.

Además de las dificultades anteriormente nombradas, es importante tener en cuenta que esta liquidación por participación puede presentar los mismos problemas que las precedentes hipótesis como lo son los efectos *greenergrass* y “viuda negra”, por lo que no representan tampoco una disolución óptima del contrato matrimonial.

El estudio del matrimonio y del divorcio desde el punto de vista de las necesidades, principalmente del cónyuge responsable del cuidado de los hijos, es uno de los métodos más utilizados en algunas jurisdicciones (por ejemplo en Inglaterra y algunos estados norteamericano). Usualmente, es a la mujer que se le otorga la custodia de los hijos, el esposo debe cumplir con una serie de aportes

financieros para la manutención de estos, debido a la dificultad que existe para distinguir entre una “viuda negra” (efecto que se presenta frecuentemente bajo estas jurisdicciones) y una mujer realmente afectada por el divorcio.

En conclusión, se puede establecer que evitar el uso de los perjuicios esperados para determinar liquidaciones en el divorcio, genera dos problemas: el primero es que generalmente la ruptura no es eficiente, y el segundo es que dicha ruptura puede llegar a ser oportunista. No obstante, cuando las separaciones se resuelven desde la perspectiva de los perjuicios esperados presentan a su vez dos problemas: la determinación de los perjuicios puede ser larga y costosa, al mismo tiempo que una ayuda vitalicia por parte del ofensor puede ir en contra de las tendencias actuales de independencia.

Para facilitar el proceso de adopción de una aproximación al matrimonio y al divorcio que permita una ruptura eficiente del mismo, podrían aceptarse propuestas tales como la suscripción de acuerdos prenupciales y post-nupciales. Si las expectativas de las partes estuvieran establecidas desde el principio del matrimonio, los divorcios ineficientes y oportunistas podrían disminuirse considerablemente.

Por último, la incertidumbre contractual que crean los incentivos que permiten prácticas oportunistas como los efectos *greener-grass* y “viuda negra”, hace que cada día disminuyan los índices de matrimonio al mismo tiempo que aumentan los de separaciones y divorcios. De igual manera, es importante tener en cuenta que los mayores perjudicados con la inestabilidad familiar y las crecientes disputas por separaciones son los niños, cuyo bienestar se encuentra cada vez más amenazado.

Contextualización



En un país como Colombia, aun cuando existen un sinnúmero de familias monocefálicas, ya sea por costumbre o por los problemas sociales que ha venido viviendo la Nación en los últimos años en las que muchas veces la mujer es cabeza de familia, todavía prevalece el matrimonio tradicional sobre las nuevas tendencias. Por esta razón, el análisis del derecho de familia y las leyes de disolución y liquidación de la sociedad conyugal tienen un alto grado de relevancia.

La mayor parte de las uniones conyugales conservan la composición tradicional en la que la mujer se encarga de

los trabajos domésticos y de la crianza de los hijos, al mismo tiempo que opta dejar de lado su desarrollo profesional por lo menos por un tiempo. Esta es una de las razones por las cuales uno de los efectos que tienen mayor aparición dentro de la sociedad es el de *greener-grass*.

Sin embargo, a diferencia del derecho inglés y estadounidense originados en el *common law* que permite el estudio de cada caso, las indemnizaciones no se determinan de acuerdo a los perjuicios esperados, sino que se establecen de acuerdo a la ley de disolución y liquidación de la sociedad conyugal teniendo en cuenta cuales de los bienes que se encuentran dentro del haber social. Por lo tanto, conforme a lo que determina el derecho colombiano, el agravio sirve para señalar si existe o no una causal de divorcio, pero no tiene mayor influencia en la compensación a la parte perjudicada.

Esto puede entenderse como un incentivo creado por la ley para optar por el divorcio (*greener grass*), pues aunque el cónyuge con mayores ingresos puede perder una parte significativa de sus bienes en el proceso, una vez roto el acuerdo puede disfrutar de buena parte de estos sin el otro, sin tener que compensar a la parte afectada por las cosas a las que tuvo que renunciar o los sacrificios que hizo durante el matrimonio para bienestar del otro.

Lo que si se puede llegar a presentar con mayor frecuencia son los efectos “viuda negra” en una jurisdicción que establece las primas de manutención como una porción de los ingresos del cónyuge. Esto podría tomarse como un tratamiento del derecho basado en las necesidades de las partes, lo que podría fomentar que la mujer estando segura de que le van a asignar la custodia de sus hijos, toma la decisión de divorciarse incentivada por la ley para captar recursos financieros de su compañero que de otra manera no recibiría. Sin embargo, la estructura del derecho colombiano le confiere a esto un mayor interés, al mismo tiempo que fomenta dichas prácticas.

Finalmente, la rigidez del derecho colombiano en cuanto al divorcio, fomenta el incumplimiento del contrato matrimonial, lo que debería ser una razón de peso para permitir su flexibilización y así poder ajustarse a las necesidades coyunturales. Al mismo tiempo, la legislación vigente en cuanto a liquidación de la sociedad conyugal puede generar unas indemnizaciones ineficientes, por lo que también debería estudiarse la posibilidad de flexibilización y reforma de acuerdo a los requerimientos actuales.