

**Voces:** CONCILIACION ~ ACUERDO CONCILIATORIO ~ EMERGENCIA ECONOMICA ~ MEDIACION ~ ARBITRAJE

**Título:** Constitucionalidad de la conciliación de deudas. El teorema de Coase. Decreto 204

**Autor:** Sola, Juan Vicente

**Publicado en:** LA LEY2003-B, 1324 - Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2008, 657

**Cita Online:** AR/DOC/15676/2001

El gobierno ha dictado el decreto de necesidad y urgencia 204 (2) que lleva el nombre de unidades de emergencias. En él se habla de la necesidad de consolidar la recuperación económica con la estabilidad social y la conveniencia de atender de manera estrictamente voluntaria pasos que por efecto de deudas preexistentes creen dificultades importantes a pequeños tomadores de créditos para vivienda única familiar y permanente y también para empresas micro pequeñas y medianas cuando se afecten bienes esenciales al estilo del negocio.

Con ese fin se crearon unidades de emergencia legales en el Ministerio de Trabajo y en el Ministerio de la Producción, que, intervendrán a solicitud del deudor o del acreedor. Podrán recurrir a este procedimiento las empresas micro, pequeñas y medianas delimitadas de acuerdo a una resolución de la Secretaría de la Pequeña y Mediana Empresa 675/2002 y también las personas físicas, deudores hipotecarios en los casos de vivienda única familiar y permanente.

El artículo segundo menciona que el procedimiento será voluntario y gratuito y que las propuestas y negociaciones que realicen las partes tendrán un régimen de confidencialidad similar al que tienen las mediaciones ordinarias.

El artículo tercero establece que el juez podrá valorar en el momento de la sentencia la conducta de las partes, de acuerdo como conste en el acta respectiva.

El artículo quinto, referido a la unidad de emergencia legal en el Ministerio de la Producción pone como condición para la utilización del procedimiento conciliatorio que las ejecuciones contra micro empresas o empresas medianas y pequeñas afecten bienes esenciales para su giro comercial, que el deudor acredite las razones que le impidieron pagar de acuerdo a lo convenido y proponga un plan de pago factible que demuestre su voluntad de cumplimiento. No hay en este sistema un límite monetario. Aparentemente es la característica de la empresa y la afectación de bienes esenciales para el giro comercial lo que justifica la inclusión en el procedimiento conciliatorio.

En cambio el artículo sexto establece un límite en el monto en el caso de las deudas de personas físicas en mutuos hipotecarios. Para las personas físicas la deuda debe ser un mutuo hipotecario y establece una clasificación ya que distingue en los montos entre pesos y dólares por cuanto quien tenga una deuda en dólares puede tener una deuda mucho más elevada de quien tenía en pesos.

Esta clasificación parece sospechosa y requerirá de un control judicial más estricto en cuanto a su constitucionalidad. Puede imaginarse el caso de quien tenga una deuda superior a cincuenta mil pesos e inferior a cincuenta mil dólares y no se ve la razón de excluirla de la conciliación.

El artículo séptimo establece el procedimiento de las unidades de emergencia legales. Es muy breve y dice que se debe convocar al acreedor, o al deudor si fuera éste el caso, al domicilio constituido y procurar acercar las propuestas de las partes para lograr un acuerdo que posibilite al deudor cumplir con su obligación sin menoscabo de los derechos del acreedor. Se aclara que las unidades de emergencia legales no dictaran resoluciones en el procedimiento conciliatorio y su intervención no podrá ser impugnada ni judicial ni administrativamente. La intervención de las unidades de emergencia legales concluirá con un acuerdo o la imposibilidad de lograr el mismo. Se levantará un acta de cada una de las reuniones que se celebren, debiéndose confeccionar además un acta final que refleje la forma en la cual ha concluido el procedimiento. El decreto señala también que se deberá tener en cuenta antes de dictar sentencia el contenido de esa acta y el comportamiento de cada parte. El Ministerio del Trabajo y el Ministerio de la Producción deberán arbitrar los medios para implementar las medidas dispuestas en el decreto y en particular la designación de representantes en las provincias donde deben presentarse deudores y acreedores.

La constitucionalidad del decreto

Este decreto merece dos comentarios diferentes: El primero referido a su constitucionalidad. El segundo se concentrará en la eficiencia de las consecuencias de su aplicación.

La primera cuestión constitucional que nos plantea el decreto es referida a la discriminación que determina a favor de las empresas frente a las personas físicas y luego por la discriminación que efectúa dentro de la categoría de las personas físicas. Las empresas pueden incluir en la conciliación créditos sin límite del monto, la restricción es la característica de cada empresa y el giro "esencial" de sus negocios, las personas físicas tienen un límite en sus créditos que sólo pueden provenir de mutuos hipotecarios para beneficiarse con el decreto.

Se distingue también entre las personas físicas, en efecto, pueden haber particulares que tengan cierto tipo de créditos que por su monto no puedan estar incluidos en este tipo de negociaciones ya que se establece dos

montos diferentes según las monedas en que fueron pactados. Todo esto es producto de clasificaciones que podríamos calificar de irrazonables.

El decreto establece una clasificación basada en el ingreso y también basada en elemento de su personalidad, las empresas son privilegiadas frente a las personas físicas. En cuanto a la primera cuestión discriminatoria establece una preferencia a cierto tipo de empresas es decir prácticamente cualquier empresa salvo una gran empresa estará en condiciones de solicitar el procedimiento. En el caso de las empresas el procedimiento es en un marco favorable al deudor como es el Ministerio de la Producción, donde por las tareas de sus funcionarios existe un diálogo tradicional con los sectores empresarios industriales y comerciales, y no con sectores financieros. La desigualdad que aparece es que no se establece ningún monto ni característica del crédito, puede ser cualquier crédito que cumpla con el requisito de la "esencialidad" de las funciones de la empresa para que pueda utilizarse este procedimiento.

En cambio para los particulares establece una situación diferente, la primera limitación es que sólo están incluidos en la conciliación los mutuos hipotecarios. Cualquier otro préstamo, inclusive un préstamo personal que hubiera sido utilizado para la compra de una vivienda no podría ser incluido en la negociación. Esto produce una desigualdad algo notoria, puede ocurrir que como consecuencia del incumplimiento de un crédito personal alguien pierda su vivienda, es decir, no sólo se rematan casas, para usar la terminología periodística, cuando existe un mutuo hipotecario impago.

Por otra parte existe la situación de la distinción entre los montos. Si el crédito fue en pesos, el límite es de cincuenta mil. Esto excluye sin duda gran parte de créditos hipotecarios, aun de vivienda única. Pero si el mutuo fue pactado en moneda extranjera, en dólares estadounidenses, el límite son cincuenta mil dólares, si tomamos el cambio de plaza se crea una diferencia sustancial. Es decir, existe un privilegio para quien pactó su acuerdo en dólares.

En el caso de las personas físicas también existe una particularidad en la sede. La sede administrativa para aplicar este tipo de acuerdo es el Ministerio del Trabajo. Esto supone que quienes harán la mediación tendrán una gran información y un gran contacto con empleadores y sobre todo con empleados, es decir, no con el sector bancario, con lo cual se supone que habrá naturalmente una distorsión a favor de aquellos que tengan este tipo de vivienda en peligro por mutuo hipotecario impago y sean empleados o estén bajo una forma de contrato laboral.

En todos estos casos el decreto ha efectuado clasificaciones que pueden ser consideradas sospechosas desde el punto de vista constitucional. Este tipo de clasificaciones debe cumplir con la regla de razonabilidad mínima. Siguiendo una descripción tradicional "La clasificación debe ser razonable, no arbitraria y debe establecerse sobre una base de diferenciación y tener una relación equitativa y sustancial al objeto de la legislación, de tal manera que todas las personas situadas en forma similar sean tratadas de igual manera"<sup>(3)</sup>.

Pero la principal reserva sobre la constitucionalidad de este decreto es el hecho de que se haya establecido una sede administrativa y no judicial. Más que una grave inconstitucionalidad parece una cuestión básicamente irrazonable. En general, donde las partes se encuentran en una situación de igualdad frente a una ejecución hipotecaria por ejemplo, es en el proceso judicial. El proceso judicial es donde las partes con el asesoramiento letrado se encuentran en una posición inmejorable para llevar adelante una negociación exitosa y por lo tanto eficiente. Al mismo tiempo ya sea que la negociación la dirija el juez personalmente, o funcionarios judiciales que éste designe o que se establezcan para el caso, la información que se obtenga de este proceso conciliatorio exitoso o fallido, podrá influir directamente en la decisión judicial en forma directa.

He analizado el tema de la constitucionalidad donde el dec. 204/2003 plantea algunas dudas que pueden ser fácilmente reparadas ya que en otro tipo de análisis debe reconocerse al decreto méritos importantes. Debemos concentrarnos particularmente en la idea de las ventajas que proporciona la negociación entre las partes para la solución de conflictos. Corresponde aquí hacer un estudio de Derecho y Economía referido a la capacidad que tienen las partes negociando para llegar a una solución eficiente a sus problemas. Debemos entonces analizar este decreto desde la perspectiva del teorema de Coase.

#### El teorema de Coase

El teorema de Coase es una derivación del artículo de Ronald Coase titulado "La naturaleza del Corpus Social" de 1960 <sup>(4)</sup>. Este además fue desarrollado por George Stigler <sup>(5)</sup> y por lo cual obtuvo el premio Nobel de economía en 1981. Coase recibió el premio Nobel en 1991. La expresión del teorema tiene diferentes versiones. Podemos mencionar las más habituales "Cuando las partes negocian y resuelven sus diferencias por cooperación, su comportamiento será eficiente, sin importar la norma jurídica existente". Esta es la versión de Cooter y Ulen <sup>(6)</sup> y es quizás una de las versiones más sencillas del teorema. La importancia del teorema es que un mundo sin fricciones, de costos de transacción cero, la intervención del Estado, para resolver en forma eficiente los problemas de las externalidades, no es necesaria. Las externalidades son las consecuencias que se producen sobre las personas o sus bienes por la acción de otras. Pueden ser positivas o negativas, pero generalmente son las negativas las que llevan a una negociación o a una regulación. En la visión tradicional que se adjudica a la teoría económica de Pigou se requería una regulación legal para eliminar los efectos de la

externalidad, pero en la visión de Coase resulta más eficiente dejar la negociación a las partes en la medida que los costos de transacción sean bajos.

Todo lo que se necesita es una norma jurídica que asigne inicialmente los derechos a una parte o a otra, el mecanismo de fijar precios por el mercado funcionará entonces como lo hace habitualmente con los bienes y servicios sobre los cuales los derechos están definidos. Si luego de la negociación entre las partes, los derechos están bien definidos, la situación será eficiente, ya que las partes han establecido una nueva asignación de derechos, y esta asignación de derechos deja a todas las partes mejor de lo que estaban antes. En Derecho y Economía este resultado último se llama Pareto Superior. El criterio de eficiencia Pareto Superior es la situación en la cual cada una de las partes está mejor de lo que estaba antes del cambio. En esta situación se cumple el régimen de eficiencia o el criterio de eficiencia de Pareto que tiene diferentes alternativas. La intervención regulatoria en cambio, sólo empeoraría la situación. Sin duda las partes poseen una mejor información sobre la forma de maximizar su utilidad que la que tendría un organismo regulador. Lo que sí corresponde al Estado es mejorar la información que poseen las partes y en general reducir los costos de transacción.

Haciendo una primera introducción a nuestro tema el dec. 204 propone que las partes, es decir el banco acreedor y el individuo o empresa deudores negocien un acuerdo sobre la forma de pago. La asignación de derechos ya está efectuada en el contrato de mutuo y el acuerdo obtenido luego de la negociación ubicará a las partes en una situación mejor que la que se encontraban antes de ella. Esto cumple con el criterio de eficiencia más estricto que es el llamado Pareto Superior.

Con respecto al marco dentro del cual la reasignación de derechos contemplada por el teorema tiene lugar, dos situaciones básicas aparecen. La primera es la situación de competencia, es decir los mercados compiten y los agentes económicos actúan en forma competitiva en las negociaciones. En este caso las partes llegarán a un resultado eficiente por medio de la negociación con costos de transacción reducidos. Pero la alternativa es que las partes actúen de forma estratégica u oportunista y es en este caso donde debemos concentrarnos.

La función que tiene en este caso el Estado y particularmente el juez es de reducir los comportamientos estratégicos, es decir los comportamientos oportunistas que puedan tener las partes que dificulten la negociación. Si el mundo es de costos de transacción cero, las partes no tendrán problema en llegar a un resultado eficiente, en cambio si las partes tienen comportamientos estratégicos, estos pueden aumentar los costos de transacción de tal manera que no pueda llegarse a un resultado eficiente. Un resultado eficiente es aquel en que las partes estén en una mejor situación que la que se encontraban antes de la negociación. En este caso la situación debe ser resuelta por la intervención de alguien, en el caso el juez o según el decreto el mediador, que debe limitar los comportamientos oportunistas que pueda tener alguna de las partes.

Los comportamientos oportunistas son aquellos en que una de las partes pueda considerar que está mejor con un resultado sin acuerdo o con un acuerdo que le sea más beneficioso que el que hubiera ocurrido si los costos de transacción fueran reducidos. Uno de los problemas es el acceso a la información que puede ser incompleta en el caso del deudor, o las diferencias de ingreso entre las partes que hacen que una de ellas pueda se encuentra en una posición negociadora dominante. En algunos casos el problema es simplemente procesal las partes no pueden encontrarse para iniciar el proceso negociador, porque el representante del banco no tiene la jerarquía necesaria dentro de la institución para negociar un acuerdo. El proceso judicial en ese caso es una trampa que lleva inexorablemente a una resolución ineficiente, por ejemplo el remate del inmueble cuyo resultado es que los fondos sirvan primariamente para hacer frente a los costos del proceso. En esos casos es donde el juez o el mediador pueden llevar a las partes a una situación en que puedan negociar y lograr que se eviten los comportamientos oportunistas.

Los dos corolarios al Teorema de Coase

Posner (7) establece dos corolarios importantes para el teorema de Coase. El primero es que el derecho, en la medida en que esté interesada en promover la eficiencia económica, debería minimizar o intentar minimizar los costos de transacción. Una manera de hacerlo es la definición clara de los derechos de propiedad y permitir una rápida transferencia de esos derechos. Otra alternativa es crear remedios efectivos y baratos para el incumplimiento contractual.

El segundo corolario del teorema de Coase, es en aquellos casos cuando a pesar de los mejores esfuerzos de la norma los costos de transacción permanecen elevados la ley debería simular la asignación de recursos hecha por el mercado adjudicando los derechos de propiedad a quienes le den el mayor valor. Es decir la decisión del juez debe imitar la decisión que las partes tomarían si pudieran negociar sin costos de transacción. En una palabra la decisión judicial debe imitar la solución que adoptaría el mercado. Esta expresión parece extrema pero tengamos en cuenta que quien mayor utilidad obtiene de una casa es quien habita en ella, que es quien está probablemente dispuesto a pagar más por ella. Por lo tanto preservar las viviendas puede ser una solución eficiente.

Coase y el decreto 204/03

¿Por qué las partes van a estar mejor negociando en el caso del dec. 204 que en una situación alternativa? Primero porque cada una de las partes sabe cómo maximizar sus intereses. Saben cuál es el monto que necesitan

para resolver favorablemente el mutuo. Esto corresponde a cálculos monetarios del deudor y a situaciones del mercado financiero que nadie mejor que cada parte para conocerlos. El deudor sabe perfectamente cuál es su situación económica y qué posibilidades tiene para cumplir el acuerdo que finalmente se obtenga, por lo tanto, sabe cuáles son las alternativas que puede ofrecer en una negociación.

¿Cuáles son los costos de transacción si no hay acuerdo? En principio aparecen los costos del proceso, los costos de letrados y los costos de una ejecución. Los costos de ejecución son elevados, no se limitan a los costos del martillero, debe hacerse un remate que no es necesariamente una forma eficiente de asegurar el cobro de la deuda. El remate puede no ser la forma más transparente de resolver la venta de un mueble en un mercado en crisis donde existe una sobreoferta. Aparecen asimismo comportamientos estratégicos reconocidos, principalmente la llamada liga de compradores. Es decir que puede ocurrir que el bien sea vendido a un precio, que si bien puede no ser inferior al monto de la hipoteca, sí serlo al que puede obtenerse del mercado. Además los costos que llevan a la ejecución son elevados, es decir los costos de publicidad, los costos de martillero y otros honorarios que aumentan, sin que sean estos gastos en beneficio de las partes.

Teniendo todo ello en cuenta es probable que las partes tengan presente esta situación y puedan ver la manera de preservar la vigencia del contrato, de esta manera el banco recuperará sus fondos, y los deudores buscar una forma en la cual pueda resolverse su grave situación.

La negociación dentro de un proceso ejecutivo

¿Porqué es necesaria una intervención judicial o cómo en el decreto una intervención administrativa? Porque sin esta etapa de conciliación es muy difícil llevar a las partes a una negociación. La naturaleza del proceso ejecutivo tiende a la conclusión con una ejecución hipotecaria y no con una negociación. La negociación requiere partes con la mayor información posible sobre el mercado inmobiliario, sobre el costo del bien, sobre alternativas financieras para resolver el incumplimiento contractual. Debe hacerse esta negociación en un marco donde esta información sea entregada a las partes, donde se disminuyan los comportamientos estratégicos. Es muy complejo llevar a negociar a veces a las partes, a favorecer esa negociación, porque puede ocurrir que por la forma de la organización bancaria no haya personal disponible o personal entrenado para llevar adelante esta negociación, y en ese caso el banco prefiera la ejecución. Después la propia dinámica del proceso puede llevar a la ejecución ya que hay sin duda sectores interesados en que se lleve adelante, los profesionales que van a participar en el remate, martilleros públicos u otro tipo de funcionarios que pueden forzar esta situación.

Los fundamentos constitucionales de la aplicación del Teorema de Coase

¿Cuál es el interés general protegido en la vigencia del teorema de Coase desde el punto de vista constitucional? El primer elemento es la vigencia de la autonomía de la voluntad, es decir que las partes sean dueñas del proceso, que el proceso acerque a las partes a una solución negociada que será necesariamente por cumplimiento del teorema de Coase más eficiente que cualquier otro resultado posible. La alternativa es quitar a la autonomía de la voluntad de las partes la solución de la cuestión. Esto supone una limitación constitucional innecesaria, porque sería imponer a las partes un resultado que no quieren, es preferible reconocer la posibilidad que busquen una solución negociada a sus pretensiones. Ignorar esta posibilidad lleva generalmente a un proceso cercano al inquisitivo, es decir un proceso en el cual un funcionario o un juez procede independientemente de la voluntad de las partes.

¿Cuál es también el interés general en preservar las viviendas, en mantener el valor constitucional del acceso a la vivienda digna? El acceso a la vivienda digna como derecho constitucional es particularmente útil en estos casos. Muchas veces se considera la cláusula final del art. 14 (bis) de la Constitución como una norma puramente programática. Sin embargo es útil cuando justamente en unión con el derecho constitucional de la autonomía de la voluntad puede resolver el problema de la vivienda para sus ocupantes. En una situación de grave crisis fiscal el Estado asegura el derecho al acceso a la vivienda, no a través de una contribución económica, impensable por la situación financiera, sino a través del procedimiento de la negociación entre las partes. Esta solución permite a las partes imaginar posibilidades novedosas, producir alternativas en las cuales terminarán en una situación mejor de la que están al presente y sin duda mejor que la que podría resultar de la ejecución hipotecaria.

En la crisis argentina, en que la salida de la convertibilidad y la pesificación forzosa llevaron a una situación cercana a la anomia la función judicial no es simplemente la determinación del Derecho y su aplicación estricta a un una situación láctica prevista. A este resultado sólo se debe ocurrir en el fracaso en la negociación. La función judicial consiste primariamente en reducir los costos de transacción y evitar comportamientos estratégicos de las partes que impidan la negociación y un resultado eficiente.

Es cierto que uno de los problemas que plantea el teorema de Coase con respecto a situación son los llamados efectos de ingreso, es decir, una de las partes puede tener una situación financiera tan superior a la otra que no desee llegar a un acuerdo. Esto es posible, pero una de las funciones judiciales es equilibrar esta situación y que en este caso los bancos asuman el costo de la negociación. Es probable que el costo de la negociación no sea menor cuando hay tantos casos de ejecuciones hipotecarias, ese es quizás el único costo que se impone a las partes. El comportamiento oportunista de las partes es el que debe ser castigado, las partes

deben ser llevadas a negociar de buena fe.

Los resultados diferentes. El equilibrio de Nash

Puede ocurrir que las negociaciones lleven a diferentes equilibrios eficientes, que estos sean variados, esto lleva a aplicar el equilibrio de Nash. Por esta doctrina John Nash también recibió el premio Nobel de Economía (8). Dentro de la teoría de los juegos el equilibrio de Nash puede ser descrito de esta manera "La combinación de estrategias que probablemente elijan los jugadores es una en la cual ningún jugador puede estar mejor al elegir una estrategia diferente teniendo en cuenta la estrategia que elige el otro. La estrategia de cada jugador puede ser la mejor respuesta a las estrategias del otro"(9).

Este principio nos dice que no existe una solución única a un juego, la solución de cada negociación puede ser diferente, inclusive si los casos fueran muy similares. Es decir la posición que toma cada jugador depende de la posición que tome el otro, por lo tanto, frente a la estrategia que puede tomar un banco, el deudor puede elegir la mejor estrategia posible, no ofrece una alternativa que fuera rechazada terminantemente y ponga en peligro el resultado de la negociación. De esa manera obtiene un resultado que puede variar pero que es siempre eficiente.

Niveles imperfectos de información plantean el problema de extorsión que una parte puede ejercer sobre la otra. La extorsión puede surgir de diferentes formas, la ejecución de la propiedad es una forma de ellas. Pueden existir entonces juegos extorsivos, la amenaza de no llegar a un acuerdo, el remate inminente de una casa es uno de los comportamientos estratégicos más evidentes que puede usar el acreedor frente al deudor. La imagen que pueda rematarse un inmueble de vivienda por un precio muy bajo que apenas cubra la hipoteca, es decir, que lleve casi seguro a la miseria del deudor es una extorsión muy fuerte sobre este para que acepte las condiciones más duras. Es ahí donde puede haber una presencia judicial para asegurar que las partes puedan llegar a un acuerdo, y este acuerdo resuelve el problema social y también resuelve el problema bancario.

La falta de acuerdo. El teorema de Hobbes

Posner considera que hay partes que nunca estarán de acuerdo en la distribución de beneficios aunque los costos de transacción sean cero. Una proposición que se llama el teorema de "Hobbes" en memoria del autor de El Leviatán. Son los casos en que la desconfianza impide el acuerdo. Es probable que las ganancias que surjan de la negociación se logren habitualmente, pero puede ocurrir esta situación particularmente grave. Qué hacer en estas circunstancias, esa es otra de las actividades, la necesidad de acercamiento. Puede ocurrir que por distintas cuestiones, comportamiento pasado del deudor, haya una situación de tensión entre las partes y que el acuerdo sea imposible, es decir que aumenta tanto el costo de transacción que la negociación se hace más compleja.

En estos casos se requerirá de Jueces y de Mediadores con una gran capacidad negociadora.

La aplicación del teorema de Coase supone que el Juez o el Mediador deben comenzar sus análisis por la presunción que las partes pueden obtener ganancias, es decir obtener soluciones posibles a sus diferencias a través de negociaciones privadas. Y los que argumentan en contra de esto en un caso concreto deben asumir la carga de la prueba. La evidencia de la solución óptima obtenida por la negociación establece una presunción en favor de que las partes negocien un acuerdo ya que el resultado de este último será eficiente. La función del Legislador y del juez es disminuir los costos de transacción que limiten los acuerdos, asegurando el acceso a la información de las partes, resolviendo los problemas de coordinación necesarios para un acuerdo, y fundamentalmente evitando los comportamientos estratégicos en la negociación. El inconveniente para el acuerdo son las disparidades que existen entre la disposición de pagar de una parte y la disposición de aceptar de la otra. En estos casos puede no haber un acuerdo. En cambio si la facultad de aceptar es igual a la facultad de pagar podemos ver acuerdos consumarse.

El ejemplo del pre-trial

Una de las demostraciones prácticas del funcionamiento del teorema de Coase es el éxito del sistema de pre-trial. En la Justicia Federal Civil de los Estados Unidos más del 95% de los casos son acordados entre las partes antes de la sentencia (10). Los casos que no son resueltos por una transacción entre las partes, son por motivos que están fuera del teorema de Coase, entre los que podemos citar los casos que requieren una decisión judicial para ser resueltos por tratarse de un punto de derecho litigioso, o los casos que son tan baratos de tramitar que reducen los incentivos para una transacción. También puede ocurrir que una de las partes tenga un interés especial en tener una decisión judicial sobre un tema porque los precedentes son útiles para casos análogos, o por la reputación profesional del letrado que desee una solución judicial que aumente su prestigio. También existen casos en que una cuestión que no sea fácilmente negociable, porque tuvieran un valor sentimental o fundamental. Finalmente, puede ocurrir que por la existencia de altos costos de transacción asociados con un acuerdo sea más conveniente buscar la solución en un tribunal.

El pre-trial es particularmente útil en estas circunstancias. Las circunstancias de una ejecución de viviendas hace recordar la antigua prisión por deudas. La venta por remate de una enorme cantidad de viviendas en el mismo momento, es altamente ineficiente, particularmente a los fines del acreedor. Es una ilusión imaginar que en un mercado inestable y con la presencia de comportamientos estratégicos y oportunistas como el de la Liga de Compradores, se pueden obtener precios similares a los del mercado en un período estable para las viviendas.

En momentos de crisis, y tratándose de viviendas únicas, una elección peligrosa. De la misma manera que en 1857 se terminó la prisión por deudas, en gran medida por su ineficiencia ya que la prisión no aseguraba el pago del contrato, es preferible ahora encontrar una solución que deje a las partes en una mejor situación de la que se encuentran originalmente.

#### El análisis de los costos de transacción

El concepto general del teorema de Coase es que si asumimos que los costos de transacción no impiden a las partes llegar a un acuerdo, las partes siempre negociarán una solución económicamente eficiente a su problema, independientemente de las normas legales. La aplicación del teorema de Coase es contra intuitiva, va de alguna manera en contra de nuestras más arraigadas ideas. El problema de la aplicación del problema de Coase siempre es el extremo a que pueden llegar los costos de transacción. Pero aun cuando no se aplicara directamente, el teorema de Coase puede sugerir nuevas aproximaciones a cuestiones familiares como es en este caso el de una ejecución hipotecaria. El teorema de Coase es en este sentido novedoso y sobre todo contra intuitivo, ya que va de alguna manera a contrapelo con concepciones arraigadas o tradicionales de la manera que analizamos el Derecho.

Si hacemos una lectura estricta del teorema, y asumimos el costo de transacción cero, la propuesta de Coase termina transformándose en una tautología. Por lo tanto debemos concentrarnos en el significado de costos de transacción cero. Luego debemos también analizar si el teorema se limita a la situación en que los costos de transacción son precisamente cero, una situación que nunca ocurre en el mundo real, o el teorema se aproxima al resultado en situaciones cuando los costos de transacción son reducidos. Finalmente debemos observar la manera cómo debe actuar el juez, si puede limitarse a reducir los costos de transacción o si también puede en el caso de una situación compleja dictar una sentencia que imite a la que las partes habrían llegado si el costo de transacción fuera cero. El teorema es una verdad analítica de lo que significa en ciertas condiciones actuar racionalmente. Los costos de transacción se refieren a los costos mensurables de entrar o de concurrir una transacción exitosa. Podemos imaginar que un negocio jurídico exitoso, óptimo, podría fracasar por un costo de transacción infinitesimal, sin embargo esta situación es improbable. Generalmente el beneficio de la transacción supera los costos para llegar a ella. Por lo tanto el teorema funciona aun cuando los costos de transacción sean positivos pero menores de las ganancias posibles a que se llegan por el acuerdo. De ahí la importancia de que estos costos sean reducidos, si por circunstancias de información o por requisitos formales que establezca la norma en el caso de la ejecución hipotecaria los costos son muy elevados, corresponde entonces al juez acercar las partes y reducir los costos de transacción acercando la información y reduciendo requisitos normativos que aplicados estrictamente no permitirían a las partes resolver la cuestión de manera útil para ambos. Esta es una de las falencias del decreto, esta es una función que deben cumplir con mayor eficacia los jueces. Primero porque son quienes tienen la mayor información de la causa que surge del mismo proceso. Y también porque son ellos los que deben resolver la cuestión en última instancia. Sacar la negociación del ámbito de las partes dentro de proceso, y llevarla a sede administrativa puede no ser una manera de reducir los costos de transacción, sino de aumentarlos. Los aumenta el hecho de la participación administrativa tanto del Ministerio de Trabajo, como del Ministerio de la Producción, pues se crean instancias administrativas que pueden tomar o tener una visión distorsionada de la cuestión. Esto puede llevar a juegos estratégicos por alguna de las partes, es decir a comportamientos oportunistas por las ventajas que le pudiera tener dilatar la cuestión en sede administrativa. Por el contrario, mantener la cuestión en sede judicial reduce estos posibles comportamientos estratégicos u oportunistas. Esto no quiere decir que la cuestión deba resolverse necesariamente con la presencia del juez, pero puede entrenarse personal dentro del área judicial para cumplirlo.

#### Conclusión. Porque Coase nos sirve

El poder real del teorema es la tesis de la eficiencia, que el acuerdo entre las partes siempre maximizará la riqueza social. El problema teórico más importante que plantea el teorema es la negociación estratégica. Dos negociadores pueden ocultar sus intenciones, este tema que se llama la Revelación de las preferencias y ha llamado la atención en los estudios sobre Teoría de los Juegos. En general los escenarios de negociación no inducen necesariamente a las partes a revelar cuáles son sus verdaderas preferencias, con lo cual puede ocurrir que el resultado de las negociaciones no sea el óptimo. Supongamos en este caso que la alternativa del remate de la propiedad perjudique más a uno de los negociadores que al otro. El banco puede correr el riesgo de no cobrar el monto del crédito lo cual lo colocaría en desventaja, ello parecería improbable a pesar de la crisis, pero frente a esta situación, está quien pierde su casa. Para este deudor el producido del remate paga solamente la deuda hipotecaria que es generalmente una fracción del valor de la propiedad, ya que probablemente el precio por el cual se realice el bien sea sensiblemente inferior al precio del mercado. En ese caso la parte que se encuentra en una situación dominante en la negociación puede simular sus preferencias y llevar a una ruptura de las negociaciones, y por lo tanto a un resultado ineficiente.

La función judicial es particularmente la de asegurar que este tipo de comportamiento no prevalezca, y llevar a las partes a un comportamiento racional y por lo tanto a la utilización del modelo para obtener un resultado eficiente para todas las partes. El teorema de Coase se aplica generalmente en problemas de responsabilidad civil, donde la aplicación aparece mucho más evidente. Por lo tanto debemos concentrarnos en

el análisis no desde el punto de vista de la causa, ni de la responsabilidad, sino concentrarnos en la asignación óptima de recursos. Visto desde ese punto de vista, es por lo tanto deseable que ambas partes tomen en cuenta el efecto negativo que ocurre en su relación, en este caso el no pago del mutuo hipotecario y los costos del proceso. Y tomen en cuenta a los efectos de decidir su curso de acción. La primera función del tribunal es la determinación de quien es el titular de un derecho, y luego la transacción dentro del mercado modifica esta asignación de recursos. Si estas transacciones de mercado fueran sin costo, la reasignación de derechos tendría lugar y llevaría a un aumento en el valor de producción. Las transacciones son extremadamente costosas, lo suficientemente costosas como para prevenir muchos acuerdos que serían llevados adelante en un mundo en que el sistema de precios pudiera funcionar sin costos. Por eso nos recuerda Coase que en donde los costos de transacción son elevados, los tribunales deberían hacer la asignación inicial de derechos en una manera que maximizara la riqueza social total. En un mundo donde hay costos para reorganizar los derechos establecidos por el sistema legal, los tribunales están tomando la decisión de un problema económico que señala cómo los recursos deben ser aplicados, por lo tanto, deben actuar de una manera que impida acciones que tengan efectos dañinos. Al elegir arreglos sociales, debemos tener en cuenta que un cambio que mejora una situación puede empeorar otras, que no hay cambio sin costo. No debemos pensar en un problema legal como el de traer al mundo económico en línea con nociones predefinidas de causación o de daño, el problema es como designar instituciones que maximizarán el bienestar general de la sociedad. La situación es recíproca en la cual deben ser considerados los intereses y las acciones de cada parte. En un mundo ideal el problema se resolvería a través de acuerdos voluntarios entre todas las partes interesadas. En un mundo real los mercados, las empresas, los gobiernos proveen soluciones imperfectas. El teorema de Coase nos recuerda que debemos analizar los problemas teniendo en cuenta la imperfección inherente de las instituciones humanas.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UBA), Director de la Maestría en Derecho y Economía. Director del Departamento de Derecho Público I. (UBA).

(2) Dec. 204/2003 unidades de emergencias legales Buenos Aires, 4 de febrero de 2003 B.O. 6 de febrero de 2003, fecha de entrada en vigencia: 6/2/2003 (Adla, 2/2003, p. I).

(3) "Royster Guano Co. vs. Virginia". 253 U.S. 412,415. (1920)

(4) COASE, R., "The firm, the market and the law" p. 95, The University of Chicago Press, 1990. El artículo "The Problem of Social Cost", es el artículo más citado en las revistas jurídicas en los años desde su publicación.

(5) STIGLER, G., "Two notes on the Coase Theorem", Yale Law Journal, December 1989, 631-33.

(6) COOTER & ULEN, "Law and Economics", New York, 1999.

(7) "Frontiers of Legal Theory", Harvard Univ. Press, p. 6.

(8) También recibió un reconocimiento público en razón de la película "Una mente brillante".

(9) BAIRD, GERTNER, PICKER, "Game theory and the law", 631-33, Harvard University Press, 1994.

(10) Está legislado en las Federal Rules of Civil Procedure, ver Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management. Cf. DESSEM, R., "Pretrial Litigation", West, St. Paul, 1998.