

Coase y la decisión judicial.

Por Juan Vicente Sola.¹

COASE Y LA DECISIÓN JUDICIAL.	1
RESUMEN	1
A. DE LA TEORÍA DE LA FIRMA A EL PROBLEMA DEL COSTO SOCIAL.	2
B. LA CUESTIÓN DE LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN	6
EL TEOREMA DE COASE.	7
C. LA REDACCIÓN DEL TEOREMA DE COASE.	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.
NEGOCIAR LA SALIDA.	8
COASE Y EL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD.	10
LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO.	13
LA FUNCIÓN JUDICIAL: DISMINUIR LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN.	14
1. LAS PARTES TIENEN MEJOR INFORMACIÓN SOBRE SUS PREFERENCIAS.	14
2. UNA SOLUCIÓN NORMATIVA PUEDE PONER A LAS PARTES EN PEOR SITUACIÓN DE LA QUE ESTABAN.	14
¿QUÉ COMPORTAMIENTOS DEBERÁN ENFRENTAR LOS JUECES AL REDUCIR LOS COSTOS DE TRANSACCIÓN?	14
3. EXTORSIÓN.	15
4. INFORMACIÓN PRIVADA.	15
EL JUEZ IMITANDO AL MERCADO.	15
1. EL JUEZ Y UNA SOLUCIÓN NEGOCIADA.	15
1. LA EXPLOSIÓN DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL.	16
2. EL PRAGMATISMO EN LA CORTE SUPREMA.	17
3. EL INCUMPLIMIENTO EFICIENTE EN LOS CONTRATOS.	19
LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS COMPETENCIAS. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA FIRMA A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.	20
4. LA FLEXIBILIDAD ENTRE LAS COMPETENCIAS DEL PRESIDENTE Y EL CONGRESO.	22
5. LA FLEXIBILIDAD EN LAS COMPETENCIAS ENTRE LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS.	22
2. EL TEOREMA DE HOBBS.	23
D. LA UTILIDAD DEL TEOREMA DE COASE	24

Resumen

Los dos artículos clásicos de Ronald Coase tienen una importante influencia en las decisiones judiciales.² En el caso de la teoría de la empresa ha influido en la doctrina judicial sobre la flexibilización de la división de competencias entre el Presidente y el Congreso y entre gobierno provincial y gobiernos provinciales, según los costos de transacción que se deban asumir. Al mismo

¹ Doctor en Derecho y Doctor en Economía. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría en Derecho y Economía.

² "The Nature of the Firm", *Economica* 4 (16): 386–405 y "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* 3: 1–44.

tiempo, el Problema del Costo Social y su versión en el Teorema de Coase, señalan que la función judicial debe concentrarse en la determinación del derecho, cuando este estuviera disperso, y en la reducción de los costos de transacción para que las partes puedan negociar un acuerdo entre ellas que será siempre eficiente. Si los costos de transacción fueran muy elevados el juez en su sentencia imitaría la decisión a la que las partes hubieran llegado si los costos de transacción fueran reducidos. Una decisión judicial puramente normativa sería una alternativa a tener como segunda alternativa, (*second best*). Se pondrán como ejemplos de la aplicación de las doctrinas de Ronald Coase algunos casos de las Cortes Supremas de la Argentina y de los Estados Unidos.

Coase. De la Teoría de la Firma a El problema del costo social.

Los dos artículos clásicos de Ronald Coase tienen una importante influencia en las decisiones judiciales, pero curiosamente esta importancia no fue percibida inicialmente por sus lectores. Probablemente la gran innovación que significaron en la teoría económica impidió que éstos comprendieran la importancia que tenían en otros temas.

Aunque la Teoría de la Firma es anterior en el tiempo, Coase revolucionó visiblemente la interpretación jurídica cuando en 1960 este economista inglés expatriado publicó un **El Problema del Costo Social**, este artículo se convirtió en el fundamento del movimiento de derecho y economía y fue una de las principales contribuciones por las que obtuvo el Premio Nobel de Economía. Posner nos recuerda que este artículo es el más citado de todos los que se han escrito sobre economía y podemos agregar particularmente los que aparecen en las revistas jurídicas.³

Aunque resulte tedioso en el análisis de decisión judicial, veamos algunos elementos de este muy importante artículo, siempre es bueno releer a Coase.

3. El sistema de precios con responsabilidad por el daño⁴

Propongo comenzar mi análisis examinando un caso en el que la mayoría de los economistas estarían presumiblemente de acuerdo en que el problema puede resolverse de una forma completamente satisfactoria: cuando el negocio que daña debe pagar todo el daño causado y el sistema de precios funciona correctamente (de modo estricto, esto significa que la operación de un sistema de precios es sin costo)...

Es necesario conocer si la actividad perjudicial es responsable o no, del daño causado, ya que sin establecer esta delimitación inicial de derechos no pueden existir transacciones de mercado para transferirlos y recombinarlos. Pero el resultado final (que maximiza el valor de la producción) es independiente de la tesis de la ley, si se supone que el sistema de precios actúa sin costos.

6. Consideración del costo de las transacciones del mercado.

³ Richard Posner, *Overcoming Law*. Harvard University Press 1995. p. 406.

⁴ Ronald Coase *La naturaleza del Costo Social*. Publicado en 1960.

Hemos seguido hasta aquí el argumento bajo el supuesto de que no existían costos para llevar a cabo las transacciones de mercado. Este es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente que deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos.

En secciones anteriores, cuando tratamos el problema de reordenamiento de los derechos legales a través del mercado, se sostuvo que tal reordenamiento se haría a través del mercado cada vez que esto condujera a un incremento del valor de la producción. Pero esto suponía transacciones de mercado sin costo. Una vez que son tomados en cuenta los costos de llevar a cabo transacciones de mercado, es claro que tal reordenamiento de los derechos sólo se emprenderá cuando el incremento en el valor de la producción a consecuencia del reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurriría por este hecho. Cuando es menor, la concesión de un requerimiento judicial puede hacer que se suspenda una actividad, que se llevaría a cabo si las transacciones de mercado no tuviesen costo. En estas condiciones, la delimitación inicial de los derechos legales tiene un efecto en la eficiencia con que opera el sistema económico. Un ordenamiento de los derechos puede ocasionar un valor mayor de la producción que cualquier otro. Pero si este arreglo de derechos no es establecido por el sistema legal, los costos de alcanzar el mismo resultado alterando y combinando los derechos a través del mercado pueden ser tan grandes que este arreglo óptimo de los derechos, y el mayor valor de la producción que ocasionaría, puede que nunca se logre. El papel desempeñado por las consideraciones económicas en el proceso de delimitar los derechos legales se discutirá en la sección siguiente. En esta sección consideraré la delimitación inicial de los derechos y los costos de llevar a cabo las transacciones de mercado como dadas.

Está claro que una forma alternativa de organización económica que podría lograr el mismo resultado, a un costo menor que el que se incurriría usando el mercado, permitiría que se aumentase el valor de la producción. Como expliqué hace muchos años, la empresa representa una alternativa a la organización de la producción a través de las transacciones de mercado. Dentro de la empresa individual se eliminan los convenios entre los distintos factores cooperantes en la producción y las transacciones de mercado se substituyen por una decisión administrativa. El reordenamiento de la producción tiene lugar entonces sin necesidad de convenios entre los propietarios de los factores de la producción. Un terrateniente que controla una gran parcela de tierra puede dedicarla a distintos usos teniendo en cuenta el efecto que ejercerán las interrelaciones de las distintas actividades el rendimiento de la tierra, tomando así innecesarias las negociaciones entre quienes llevan a cabo las distintas actividades. Los propietarios de un gran edificio o de varias propiedades vecinas en una zona dada pueden actuar del mismo modo. En efecto, usando nuestra terminología anterior, la empresa puede adquirir los derechos legales de todas las partes y el reordenamiento de las actividades no se realizaría sobre un reordenamiento de los derechos mediante contrato, sino como resultado de una decisión en el ámbito administrativo sobre cómo deben usarse los derechos.

Por supuesto, no se deduce que los costos administrativos de organizar una transacción a través de la empresa son inevitablemente menores que los costos de las transacciones de mercado. Pero cuando los contratos son muy difíciles de lograr y el intento de describir lo que las partes han acordado o no hacer (por ejemplo, la cantidad y tipo de humo o ruido que pueden o no hacer) requeriría de un documento

extenso, y donde, como es probable, sería deseable un contrato de larga duración, sería poco sorprendente si la solución adoptada en muchas ocasiones para enfrentar problemas de efectos dañinos no fuese el surgimiento de una empresa o la extensión de las actividades de una empresa existente. Esta solución se adoptaría cuando los costos administrativos de la empresa fueran menores que los costos de las transacciones de mercado que reemplaza y las ganancias que resultarían del reordenamiento de las actividades fuesen mayores que los costos de organizarlas para las empresas. No necesito examinar con gran detalle el carácter de esta solución, ya que la he explicado en mi artículo anterior.

Pero la empresa no es la única solución posible para este problema. Los costos administrativos de organizar las transacciones dentro de la firma pueden también ser altos, y particularmente cuando se realizan muchas actividades distintas dentro del control de una sola organización. En el caso de la molestia del humo, que puede afectar a un gran número de personas comprometidas en una amplia variedad de actividades, los costos administrativos pueden ser tan altos que hagan imposible cualquier tentativa de manejar el problema dentro de los confines de una sola empresa. Una solución alternativa es la regulación directa por parte del Gobierno. En vez de instituir un sistema legal que puede ser modificado por transacciones en el mercado, el Gobierno puede imponer regulaciones que establezca lo que el agente debe hacer o no, y cuáles deben ser obedecidas. Así, el Gobierno (mediante leyes o quizá más probablemente a través de un organismo administrativo) puede encarar el problema de la molestia del humo, decretar que ciertos métodos de producción deben o no usarse (por ejemplo, que deben instalarse métodos para eliminar el humo o que no debe quemarse carbón o petróleo) o puede confinar algunos tipos de negocios a ciertos distritos (regulación zonal).

El Gobierno es, en cierto sentido, una superempresa (pero de una clase muy especial), ya que es capaz de influir en el uso de los factores de producción mediante decisiones administrativas. Pero la empresa ordinaria está sujeta a controles en sus operaciones debido a la competencia de otras empresas que pueden administrar las mismas actividades a un costo más bajo, y también porque siempre existen las transacciones de mercado como alternativa a la organización dentro de la empresa si los costos administrativos se hacen demasiado grandes. El Gobierno puede, si lo desea, evitar el mercado; lo que una empresa nunca puede hacer. La empresa debe realizar acuerdos de mercado con los propietarios de los factores de producción que usa. Así como el Gobierno puede reclutar o determinar el tamaño de la propiedad, también puede decretar que los factores de producción deben usarse de tal y cual forma. Tal método autoritario evita muchos problemas (para quienes realizan la organización). Además, el Gobierno tiene a su disposición la policía y otros organismos para la observancia de la ley, de modo de asegurarse de que sus medidas son llevadas a cabo.

Está claro que el Gobierno tiene poderes que lo capacitan para obtener ciertas cosas a un costo menor que una organización privada (una sin los poderes especiales del Gobierno). Pero la máquina administrativa del Gobierno no es, en sí misma, sin costo. Puede, en realidad, ser en ocasiones extremadamente costosa. Además, no hay razón para suponer que las regulaciones zonales y restrictivas, realizadas por una administración falible sujeta a presiones políticas y operando sin el aliciente competitivo, será necesariamente siempre aquella que incremente la eficiencia con que opera el sistema económico. Además, tales regulaciones generales que deben imputarse a una amplia variedad de casos serán aplicadas en algunos de ellos de forma claramente inadecuada. De estas consideraciones se deduce que la regulación gubernamental directa no necesariamente presentará mejores resultados que la solución de mercado o a través de la empresa. Pero igualmente, no hay razón por la que, en ocasiones, tal regulación administrativa gubernamental no deba conducir a un aumento de la eficiencia económica. Esto parecería particularmente probable cuando, como es normalmente el caso

con la molestia por el humo, un gran número de personas es afectado y en el que, por lo tanto, los costos de manejar el problema a través del mercado o la empresa pueden ser altos.

Existe, por supuesto, otra alternativa, que es no hacer nada por el problema y aceptado que los costos involucrados en la solución del problema mediante las regulaciones de la máquina administrativa gubernamental serán a menudo pesados (particularmente si los costos incluyen todas las consecuencias que se deducen de la dedicación del Gobierno a este tipo de actividad), sin duda que la ganancia que provenga de la regulación de las acciones que dan lugar a los efectos nocivos será menor que los costos asociados a la regulación del Gobierno.

La discusión, en esta sección, del problema de los efectos nocivos (cuando se toman en cuenta los costos de las transacciones de mercado) es muy inadecuada. Pero, por lo menos, se ha aclarado que el problema es elegir los arreglos sociales adecuados para manejar los efectos nocivos. Todas las soluciones tienen costos y no hay razón para suponer que la regulación del Gobierno será beneficiosa, aunque el problema no esté bien manejado por el mercado o por la empresa. Visiones satisfactorias de política sólo pueden provenir de un estudio consciente de cómo el mercado, las empresas y el Gobierno manejan, en la práctica, el problema de los efectos nocivos.

Los economistas siempre necesitan estudiar el trabajo del "broker" al acercar las partes, la efectividad de convenios restrictivos, los problemas del desarrollo en gran escala de la compañía, la operación de las zonificaciones del Gobierno y otras actividades reguladoras. Creo que los economistas, y en general los que delinear la política, han tendido a sobrestimar las ventajas que provienen de la regulación gubernamental. Pero esta creencia, aun si se justificara, no hace más que sugerir que las regulaciones del Gobierno deben disminuirse. No nos dice dónde debe dibujarse la línea límite. Esto, me parece, debe provenir de una investigación detallada de los resultados concretos.

Parecería deseable resumir el contenido en esta larga sección. El problema que enfrentamos al manejar acciones que tienen efectos dañinos no es sencillamente restringir a los responsables de los mismos. Lo que debe decidirse es si la ganancia por evitar el daño es mayor que la pérdida que se sufriría de otro modo, como resultado de detener la acción que produce el daño. En un mundo donde hay costos de reordenar los derechos establecidos por el sistema legal, la justicia, en casos relativos a molestias, está tomando decisiones económicas sobre cómo hall de emplearse los recursos. Se sostuvo que los tribunales son conscientes de esto y que a menudo realizan, aunque no siempre en una forma muy explícita, una comparación entre lo que se ganaría y lo que se perdería evitando las acciones que tienen efecto dañino. Pero la delimitación de derechos es también resultado de leyes. Aquí también hallamos pruebas de la aplicación de la naturaleza recíproca del problema. En tanto que las leyes se agregan a la lista de molestias, la acción es también tomada para legalizar lo que, de otro modo, serían molestias para el derecho consuetudinario. La clase de situaciones que los economistas están dispuestos a considerar como que requieren la acción correctiva del Gobierno son, en realidad, el resultado de la acción gubernamental. Tales acciones no son necesariamente desacertadas. Pero existe el peligro real de que la intervención extensiva del Gobierno en el sistema económico puede conducir a la protección de los responsables de los efectos dañinos.

10. Un cambio de enfoque

Creo que el fracaso de los economistas en alcanzar conclusiones correctas en el tratamiento de los efectos dañinos no puede ser atribuido sencillamente a unos pocos errores en el análisis. Surge de

defectos básicos en el actual enfoque de los problemas de la economía del bienestar. Lo que se necesita, entonces, es un cambio de enfoque.

El análisis en términos de divergencia entre los productos privado y social centra su atención en las deficiencias particulares del sistema y tiende a alimentar la creencia de que cualquier medida que elimine la deficiencia es necesariamente deseable. Distrae la atención de aquellos otros cambios del sistema que están inevitablemente asociados con la medida correctiva, cambios que bien pueden producir más daño que la propia deficiencia original. En las secciones anteriores de este artículo hemos visto muchos ejemplos. Pero no es necesario considerar el problema en esta forma. Los economistas que estudian los problemas de la empresa habitualmente usan un enfoque de costo de oportunidad y comparan los ingresos obtenidos de una combinación de factores dada con otros usos alternativos. Parecería deseable usar un enfoque similar cuando se manejan cuestiones de política económica y comparar el producto total obtenido mediante ordenamientos sociales alternativos. En este artículo se ha limitado el análisis, como es usual en esta parte de la economía, a comparaciones del valor de producción, tal como lo mide el mercado. Pero es, por supuesto, deseable que la elección entre los diferentes ordenamientos sociales para la solución de los problemas económicos sea llevada a cabo en términos más amplios que éstos, y que sea tomado en cuenta el efecto total de estos arreglos en todas las esferas de la vida. Como Frank H. Knight ha señalado a menudo, los problemas de la economía del bienestar deben finalmente convertirse en un estudio de estética y moral.

Una segunda característica del tratamiento usual de los problemas discutidos en este artículo es que el análisis se desarrolla en términos de una comparación entre un Estado de laissez faire y alguna clase de mundo ideal. Este enfoque conduce inevitablemente a un relajamiento del pensamiento, dado que la naturaleza de las alternativas que se comparan nunca es clara. En un Estado de laissez faire ¿existe un sistema monetario, legal o político? Y, si existe, ¿en qué consiste? En un mundo ideal existirla un sistema monetario, legal o político, y en ese caso, ¿en qué consistiría? Las respuestas a todas estas preguntas están rodeadas de misterio y cada uno es libre de obtener las conclusiones que desee. En realidad se requiere muy poco análisis para mostrar que un mundo ideal es mejor que un Estado de Laissez faire.

La cuestión de los costos de transacción

El problema más complejo en el debate del teorema de Coase es el significado que se da a la asunción de los **costos de transacción**. Coase en su artículo ya citado definió a los costos de transacción incluyendo **los costos asociados con la búsqueda, la negociación, el control o monitoreo y el cumplimiento** (*enforcement*) de un acuerdo o contrato. Se puede considerar que **son pérdidas de recursos debido a información insuficiente**. Los costos de transacción son **los costos asociados con las transferencias, la captura y la protección de derechos**. Bajo este tipo de definiciones, costos de transacción cero, previstos en el Teorema de Coase implican derechos de propiedad completos.

Pero si los costos de transacción son ubicarnos en la idea de costos de transacción cero, se transforma a la idea de negociación en un sin sentido y separa al teorema completamente de la realidad.

El teorema de Coase.

El teorema de Coase es una derivación del artículo de Ronald Coase, *La naturaleza del costo social (1960)*. Fue desarrollado por George Stigler por el que obtuvo el Premio Nobel en 1981.⁵ Su aplicación ha reformado la teoría de la regulación que debe concentrarse en la reducción de costos de transacción antes que reemplazar las preferencias de las personas. Es la demostración de los límites del estado regulador de contenido paternalista y su reemplazo por soluciones de respeto por la autonomía personal y de conciliación en toma de decisiones. También ha reformado la solución judicial de conflictos demostrando que la mejor solución es la que es resultado de una transacción.⁶ Como señalaremos en este artículo, el teorema de Coase ha establecido que una función de los administradores y los jueces es la reducción de costos de transacción para que las partes lleguen a una solución acordada que será siempre eficiente.

La versión original del teorema por George Stigler dice que con costos de transacción cero los costos sociales y los costos privados son iguales. Pero existen diferentes versiones, algunas llamadas versiones fuertes y otras versiones débiles del Teorema que han conseguido una mayor popularidad.

Podemos citar algunas versiones del teorema:

“En un mundo de costos de transacción cero, la asignación de recursos será eficiente e invariable con respecto a las normas legales de responsabilidad, aparte de los efectos de ingreso” (Richard Zerbe).

“Cuando las partes negocian y resuelven sus diferencias por cooperación, su comportamiento será eficiente sin importar la norma jurídica existente” (Cooter y Ulen).

El Teorema supone con **costos de transacción reducidos las partes por medio negociación resolverán sus problemas de una manera siempre eficiente sin importancia del derecho aplicable. La distribución original de derechos debe siempre existir para que se cumpla el teorema.**

Aunque similares en muchos aspectos, estas versiones del teorema contienen diferencias que están en el centro del debate sobre el teorema. Existen cuatro elementos básicos sobre componen al Teorema de Coase.

1. Es necesario que los que los derechos estén claramente asignados,
2. Que los costos de transacción sean reducidos, en su versión original son cero pero esta situación es imposible en la realidad,
3. Las partes por negociación llegarán a una solución que será siempre eficiente
4. independientemente del derecho originalmente aplicable.

Es decir que la asignación de derechos original es Pareto inferior frente a otra posible asignación de derechos que será más eficiente. Para llegar a ella las partes deben negociar pero solo podrán hacerlo si los costos de transacción son reducidos. Es decir que la función de la legislación y la

⁵ Coase no estuvo nunca plenamente en su favor y llegó a referirse a él como “el infame teorema de Coase” en su discurso de recepción del Premio Nobel en 1991. En gran medida porque limitaba la importancia de concentrarse en la búsqueda de los costos de transacción que limitaban la vigencia del mercado.

⁶ En los Estados Unidos el 95% de los pleitos federales no penales se concilian antes de la sentencia.

administración es reducir los costos de transacción y no tratar de buscar soluciones que no son las deseadas por las partes.

El Teorema en la versión de Stigler del teorema es que en el mundo sin fricciones, de costos de transacción cero, los remedios sostenidos por Pigou⁷, la intervención del estado, para una resolución eficiente del problema de las externalidades, solo empeoran la situación.

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 que es Pareto superior. La intervención regulatoria, los remedios de Pigou sólo empeorará la situación. Sin duda, las partes poseen una mejor información sobre la forma de maximizar su utilidad que la que podría tener 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.

El Teorema de Coase tiene una aplicación importante para la solución de controversias. Si existe un conflicto lo que el juez debe efectuar es reducir los costos de transacción para que las partes puedan negociar una solución que será siempre eficiente. Es decir, pondrá a ambas partes en una situación mejor que la que se encontraban anteriormente.

Negociar la salida.

Cuando aparece una actividad económica novedosa generalmente imaginamos la solución es la regulación. Es decir que el gobierno establezca las condiciones en las cuales se presta ese servicio o se pueda comercializar ese bien. Y establezca una sanción en caso que el reglamento no se cumpla. Asociada está la idea que el gobierno tiene una mejor información sobre cómo deben ser las preferencias de las personas que utilizan esos servicios o compran esos bienes, también sobre cuál debe ser la mejor manera de cumplir con el 'interés general' en esas transacciones. La extensión de esta doctrina a la decisión judicial es imaginar que la decisión normativa, es decir fundada en el texto de una norma jurídica preexistente y teniendo particularmente en cuenta la intención del legislador. Coase cambiaría nuestra visión.

Siempre somos esclavos inesperados de algún economista difunto, ⁸ en este caso de Alfred C. Pigou, profesor de Cambridge que señalaba la ineludible necesidad de la intervención gubernamental cuando existiera una externalidad. Pero otro economista inglés demostró que el verdadero problema eran los costos de transacción y que si estos costos eran reducidos la solución no era la regulación sino la negociación entre las partes para llegar a una solución en la que todos

⁷ Pigou fue el reemplazante de Marshall en la cátedra de economía de Cambridge, su obra es la base económica de toda la regulación estatal, de allí la importancia de la crítica de Coase. La principal obra de Pigou es *The Economics of Welfare*. 4ed. 1932. La edición original es de 1920. Pigou consideraba que Adam Smith, Marshall y sus seguidores eran optimistas, probablemente se asignaba a sí mismo la posición realista.

⁸ Según dice Keynes en el último capítulo de la Teoría General.

estuvieran mejor. Esta nueva visión revolucionó la función de los gobiernos y las decisiones de los jueces.

Estas distintas versiones del teorema señalan fundamentalmente que independientemente de cómo se asignen los derechos a las partes inicialmente, la adjudicación de recursos resultante será eficiente, es decir que las dos partes en la negociación estarán mejor que lo que estaban anteriormente. Esta proposición se llama la hipótesis de eficiencia y es habitualmente reflejada en todas las versiones del teorema.

La implicancia del teorema es que en el mundo sin fricciones, de costos de transacción cero, los remedios sostenidos por Pigou,⁹ la intervención del estado, para una resolución eficiente del problema de las externalidades, no es necesaria.

Si Coase tiene razón la función gubernamental es la de reducir costos de transacción, es decir asegurar la mejor información, reducir los comportamientos oportunistas y facilitar mecanismos de acuerdos, como son acciones de clase o asambleas de interesados. No intentar descubrir lo que es mejor para los administrados con la reducida información con que cuentan los funcionarios públicos. Al mismo tiempo también cambia la función judicial ya que si la mejor solución es la acordada, porque de esta manera las dos estarán mejor que antes, los jueces deberán reducir los costos de transacción para las partes concilien. Se reducirán también los costos de la administración y los costos de los procesos judiciales de interés general por sobre el interés de algún sector.

Siguiendo a Coase sabemos que las partes podrán negociar una solución que será siempre eficiente si los costos de transacción son reducidos. De esta manera, la función del juez es la de reducir los costos de transacción para que las partes puedan conciliar sus intereses y en caso de que estos costos fueran insuperables, dar la solución a que las partes hubieran llegado si hubieran podido negociar sin costos.

El legislador puede también buscar un mismo resultado, al transformar la responsabilidad civil en un contrato.¹⁰ Por ejemplo, reducir los costos de transacción a través de un sistema de contratos de seguros que permitan a las personas que hubieran sufrido un siniestro obtener una compensación adecuada y pronta, sin tener que asumir un proceso largo, oneroso e imprevisible. Los litigios largos sólo benefician a los abogados de las partes, no a las partes, ni a la sociedad, que debe asumir costos procesales muy elevados. Si la compensación tarifada fue considerada insuficiente para una reparación integral del perjuicio sufrido por el obrero, puede ser reformada y establecerse una que sea eficiente y justa. Sin embargo, que la compensación recibida parezca inadecuada no hace inconstitucional al sistema de seguros de accidentes.

⁹ Pigou fue el reemplazante de Marshall en la cátedra de economía de Cambridge, su obra es la base económica de toda la regulación estatal, de allí la importancia de la crítica de Coase. La principal obra de Pigou es *The Economics of Welfare*. 4ed. 1932. La edición original es de 1920. Pigou consideraba que Adam Smith, Marshall y sus seguidores eran optimistas, probablemente se asignaba a sí mismo la posición realista.

¹⁰ La expresión es de Oliver Williamson que sostiene que la contribución de Coase es la de haber transformado la responsabilidad civil en un contrato. (En diálogo con el autor).

Coase y el control judicial de constitucionalidad.

Si la Constitución es un contrato que cuenta con un órgano de gobierno que son los jueces y un procedimiento formal para asegurar su cumplimiento, es necesario determinar qué razonamientos y qué argumentos son válidos para asegurar el cumplimiento del contrato. Es decir, que el razonamiento y la forma de argüir determinan los medios en las que las proposiciones constitucionales son caracterizadas como válidas y utilizables en el control de constitucionalidad. Estos argumentos, y más aún el discurso jurídico en que se integran, varían según el sistema de control de constitucionalidad que se aplica. En un sistema concentrado el discurso es único y la respuesta por parte del tribunal luego del debate es también única. Los problemas que se intenta resolver son importantes y las soluciones dramáticas en sus consecuencias, ya que la cuestión no puede estrictamente volver a ser tratada. Estas circunstancias de concentración y de exclusividad alejan al sistema concentrado del debate cotidiano de los problemas constitucionales. Éste sistema de control de constitucionalidad tiende al **macro análisis de la Constitución**. En cambio en el sistema difuso la interpretación constitucional es cotidiana, puede decirse que se efectúa en cada caso que se resuelve, ya que sin duda, en cada caso judicial puede surgir y plantearse una cuestión constitucional. Este sistema impone una interpretación constitucional diferente. Puede decirse que el control difuso permite un **micro análisis de la Constitución**, permite la toma de decisiones constitucionales en casos que afectan individualmente a las personas y se plantean cotidianamente, sin desmedro de la ejemplaridad de los precedentes.

Es decir, que cada juez al aplicar directamente la Constitución en sus decisiones tiene una mayor libertad para la determinación de normas jurídicas y tiene una mayor posibilidad de incluir en ellas un análisis de eficiencia.

Los jueces resuelven litigios y también crean normas.

Generalmente imaginamos que la creación de normas es un subproducto o producto accesorio a la resolución del conflicto. Si un tribunal debía decidir un caso y para resolverlo efectúa una interpretación constitucional que reconoce la existencia de un derecho que hasta ese momento no habrá sido determinado, el resultado efectivo es la creación de una norma. El procedimiento habitual es que el tribunal o la Corte Suprema al resolver el caso y exponer los fundamentos de la decisión debe evitar que se afecte la regla de la igualdad y con los fundamentos anuncia una norma que gobernará los casos futuros. La decisión un caso concreto impone entonces la creación de una nueva norma que es una norma constitucional. En la Argentina Corte Suprema tiene una jurisdicción en gran medida discrecional, ya que si bien está reglada por el artículo 14 de la ley 48, debido a las reformas posteriores, a la práctica establecida en mucho tiempo y en gran medida por influencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el procedimiento de certiorari de alguna manera elige los casos en los cuales podrá crear normas para casos futuros. En gran medida una Corte Suprema trata de evitar dictar sentencias en casos que puede haber una variación de las normas. La tendencia es a consolidar las normas existentes en sus propios precedentes y abrir recursos para analizar casos que planteen cuestiones constitucionales novedosas. De lo contrario se transformaría a la Corte Suprema en una tercera vía procesal y se correría el grave riesgo de una

jurisprudencia errática.¹¹ Esto nos enfrenta a las dos visiones que debe tener un Juez de la Corte Suprema en la solución de un caso. La primera es la resolución de la disputa lo cual supone una **visión ex post** de la cuestión, es decir, posterior a que hayan ocurrido las circunstancias del caso. La segunda visión, **ex ante**, es la necesaria para establecer un precedente eficaz, que como toda creación supone una predicción de los efectos de la norma creada hacia el futuro. En toda perspectiva ex post el juez conoce a las partes y generalmente conoce los hechos. En la creación de normas, el juez al dictar el precedente, no conoce las partes que intervendrán en los casos que de lugar la aplicación de la jurisprudencia de ese caso y tiene una información muy incompleta de los hechos futuros que solo puede predecir. Por lo tanto, el Juez se encuentra ante el dilema de por una parte buscar la mejor solución para el caso, es decir, la solución más justa o más de acuerdo a derecho, o que aumente el bienestar de las partes y, al mismo tiempo, debe analizar las consecuencias de la norma que crea. Un precedente nuevo puede crear beneficios para ciertas personas en el futuro o alterar el comportamiento de las personas de lo que tendrían con la norma existente, hasta el momento. Este es un riesgo que enfrenta la Corte Suprema, que en cada caso que resuelve se enfrenta con la situación de crear normas para el futuro. La presión para utilizar casos concretos como ocasión para la creación de normas aumenta en forma continua. Y en cada nuevo caso la Corte Suprema muchas veces decide muchas cuestiones constitucionales que tendrán consecuencias sobre situaciones futuras.

En una decisión judicial la Corte Suprema establece reglas o normas constitucionales que influyen tanto a los jueces inferiores que deberán aplicarlas en casos similares y también influye en el comportamiento de los que están fuera del sistema judicial. El Congreso dictará normas que deberán cumplir con las cuestiones constitucionales resueltas por el tribunal. Las fuerzas de seguridad deberán cumplir con las normas de garantías establecidas por los tribunales y los funcionarios públicos deberán cumplir con las garantías establecidas para los actos administrativos. También las visiones constitucionales de la Corte afectan la conducta de los actores económicos dentro de la sociedad, ya que puede crear por sus decisiones incentivos inclusive incentivos de alto poder para los actores económicos dentro de la sociedad. Existe esta paradoja con los fallos de la Corte Suprema, estrictamente las decisiones de la Corte son obligatorias para las partes y los argumentos dados para esa decisión son lo secundario para las partes del proceso, y sin embargo para los casos futuros lo central de la decisión de la Corte no es el decisorio concreto que solo interesa estrictamente a las partes del proceso sino los argumentos dados. Esos argumentos, fundamentos constitucionales son los que reconocerán la existencia de normas constitucionales establecidas a través de los precedentes que la Corte determine.

Como la mayor parte de los abogados, los jueces de la Corte utilizan la analogía, es decir, un juez extrae de decisiones anteriores las características que considera pertinentes y determina si la disputa contemporánea tiene puntos en común con las decisiones anteriores. Sin embargo el concepto de la analogía es imperfecto cuando se deben regular decisiones que afectan a los actores económicos de una sociedad, y cuando me refiero a actores económicos son todas las personas que deciden sobre su actividad económica o cualquier decisión que tenga una influencia sobre la distribución de recursos escasos. En ese sentido todos los habitantes son actores económicos en gran medida y su comportamiento está regulado por sus propias decisiones y por las decisiones de la administración. En estos casos la analogía es una solución imperfecta ya que los casos que tienen consecuencias

¹¹ Véase en este sentido lo expresado por la aplicación del Teorema general de la imposibilidad de Arrow a las decisiones judiciales.

económicas requieren del Juez que resuelva cuestiones que no son estrictamente las que una situación similar en un caso anterior pueda resolver ya que los incentivos o subsidios que pueda crear una decisión pueden variar con las situaciones de casos anteriores.

Las decisiones del Juez influyen en el mercado directamente aunque no de forma evidente. Es decir que un Juez sin probablemente saberlo pueda tomar una decisión que produzca ganancias y pérdidas y muchas veces los resultados sean que las ganancias van a los más ineficientes y las pérdidas a los más eficientes. Al mismo tiempo las reglas de mercado no se aplican a los jueces, es decir, el mercado establece premios y castigos para un inversor que invierte erróneamente o para el administrador que no analiza claramente su sistema de costos o premia a los que ofrecen productos mejores y más baratos que los consumidores desean y buscan. No ocurre esto con la decisión judicial aunque si de alguna manera ocurre en el mercado político.

Las partes litigan porque esperan obtener con ello ciertos beneficios económicos. Uno es que los jueces tomen decisiones eficientes, es decir que pongan a las partes en una situación mejor de la que estaban antes. La otra alternativa es que una de las partes o las partes utilicen el proceso judicial como un comportamiento oportunista, es decir para no cumplir un contrato, para producir un lapso de tiempo mayor para el cumplimiento de una obligación y de esa manera reducir el precio que corresponde pagar, o también porque consideran que la decisión judicial va a ser tomando las características de la dilación en el cumplimiento una situación que pone a una de las partes en una mejor situación que la que estaría si cumpliera una obligación en el momento de resolverla o que debe cumplirla. También puede ser que las partes ingresen a un proceso porque no tienen otra manera de resolver una cuestión. En general las personas utilizan el proceso judicial para atacar las normas que consideran incorrectas, es decir porque esperan que puedan ganar más por la sustitución de esa norma por otra norma. En este sentido una declaración de inconstitucionalidad de una norma establece que esa norma aplicable no estará en vigencia y por lo tanto será sustituida por otra. También es el caso de la doctrina de la razonabilidad en cuanto a la no aplicación de una norma considerada irrazonable ya que en este caso no solo se trata de la norma en sí que pudiera considerar inconveniente sino también la forma en que es aplicada por la administración. Existe en este tema el debate constitucional que se produce en la Facultad de Derecho que transmite una cultura jurídica a los jueces, tanto al inicio de sus carreras como a través de los argumentos utilizados por las partes en el proceso y también por los argumentos dados por los juristas en publicaciones especializadas.

El debate jurídico en general está muy influido por el concepto de la falla del mercado. En general los abogados tienden a analizar la legislación que el Estado ha dictado para reemplazar la autonomía de las partes o la actividad del mercado por las situaciones que podríamos llamar de falla del mercado. Luego del abandono en gran medida de las doctrinas de falla del mercado por intervención gubernamental sobre todo a partir de la obra de Coase aparece una revalorización de la autonomía de las partes y del comportamiento económico de los que deciden normas que influyen sobre la actividad económica. Otro de los temas de análisis a considerar es la influencia de los grupos de interés en la legislación y la función judicial como una forma de exponer el carácter que alguna legislación tiene por influencia de los grupos de interés que han influido en ella. De alguna manera el Juez interviene en el conflicto entre los intereses de los grupos y lo que podríamos llamar el interés general. El Juez en general está en la mejor situación para defender el interés general de las otras ramas del poder político.

La determinación del derecho.

La idea que el derecho es producto de un legislador es una consecuencia del formalismo. El derecho aplicable es en gran medida producto del diálogo que precede a la decisión judicial. 12

En una visión complementaria con la dialógica de Habermas, el economista austriaco, Friedrich von Hayek sostuvo que el derecho era un orden espontáneo de la misma manera que el orden espontáneo del mercado.

El fundamento de sus principios liberales de la justicia y de la economía política, fue su noción del orden espontáneo. Los órdenes espontáneos son patrones sociales que surgen de los resultados de la acción humana pero no del diseño humano. Esto es de abajo hacia arriba a través de las acciones de los individuos dirigidas a obtener sus propios objetivos. El orden social espontáneo no es planificado en el sentido que no está diseñado por una inteligencia superior o algún planificador central. La razón por la que el orden puede surgir de las acciones dirigidas a si mismas de los individuos, es que los actores individuales no solamente tienen objetivos sino que también siguen las normas. Es este comportamiento de cumplir con las normas de los seres humanos lo general el orden que hace posible a la sociedad. Más aún el orden social espontáneo es un proceso evolutivo en que las normas que hacen a la sociedad posible resultan de un mecanismo de selección que premia a los grupos que cumplen las normas más exitosas. Estas normas consisten en el derecho, las costumbres y los hábitos, las instituciones del orden social, que emerge como una consecuencia inintencionada de la acción individual.

Esto no suponía que no pudiera existir un derecho legislado, u organizado de una manera centralizada. El mismo se encargó de aclararlo: *El mensaje fundamental que he intentado transmitir a lo largo de mi argumentación queda reflejado en mi insistencia en el carácter meramente espontáneo de las normas que facilitan la formación de estructuras que disponen de la capacidad de auto-organizarse. No deseo, sin embargo, que el énfasis puesto en la espontaneidad que debe caracterizar a estos órdenes induzca a pensar que las organizaciones de tipo deliberado no tienen ningún papel fundamental que desempeñar en esta clase de órdenes. El macro-orden espontáneo comprende, no sólo las decisiones económicas tomadas a nivel individual, sino también las que adoptan cualquier organización que haya sido deliberada y voluntariamente establecido. De hecho, un esquema amplio de convivencia favorece el establecimiento de asociaciones voluntarias a las que, desde luego, debe negárseles todo tipo de poder coercitivo. Ahora bien, a medida que el proceso avanza, se incrementa el tamaño de dichas asociaciones y se acentúa la tendencia a que ciertos elementos abandonen sus iniciativas económicas a nivel personal para constituirse en empresas, asociaciones o cuerpos administrativos. Por tal razón, entre las normas que caracterizan la formación de los órdenes espontáneos extensos, algunas pueden propiciar la formación de organizaciones voluntarias de rango intermedio. Debe destacarse, sin embargo, que muchas de estas organizaciones, orientadas a la consecución de específicos objetivos, sólo son admisibles en la medida en que queden englobadas en ese más extenso orden espontáneo, resultando inapropiadas en un orden general deliberadamente organizado.* 13

12 Para la idea dialógica del derecho ver Jurgen Habermas, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. MIT Press, 1998.

13 LAW, LEGISLATION AND LIBERTY. A new statement of the liberal principles of justice and political economy. First published in 1973 by Routledge & Kegan Paul Ltd. 4ª THE CHANGING CONCEPT OF LAW.

La función judicial: disminuir los costos de transacción.

El teorema de Coase en cualquiera de sus versiones supone que el derecho está determinado. Este requisito no de fácil cumplimiento en los casos que el derecho esté disperso o indeterminado y requiere de una decisión judicial para su determinación. Por ese motivo un primer análisis parte de la base del derecho fácilmente determinado y donde el motivo del pleito son cuestiones de hecho. La segunda alternativa y la más importante es cuando la solución otorgada a la cuestión es ineficiente y por la reducción de los costos de transacción las partes pueden llegar a una solución más eficiente. Podemos decir Pareto superior. En este caso el juez debe tener la autoridad para salir la solución normativa inicial para ir a una solución eficiente, es decir que pone a las partes en una situación mejor a la que estarían con la solución anterior, para ello se requiere una interpretación del derecho que admita las soluciones coasianas.

1. Las partes tienen mejor información sobre sus preferencias.

La solución normativa hace una suposición de cuál es la preferencia de las partes frente a una controversia. Ofrece una solución pero esta solución es solo provisional, ya que las preferencias de las partes frente a una controversia varían. Algunos preferirán una solución rápida, otros en cambio asegurarse un precedente para casos similares que se presenten en el futuro, otros retrasar la solución lo más posible, otros causar el mayor daño a la otra parte sin preocuparse por los perjuicios que reciban. Las partes tienen una mejor información sobre sus preferencias que las que pueden tener el legislador o el juez que busca una solución normativa.

2. Una solución normativa puede poner a las partes en peor situación de la que estaban.

En la obra de Kaplow y Shavell se señala que una solución para un conflicto basado en la equidad puede ser ineficiente, es decir poner a las partes en una situación peor de la que estaban antes.¹⁴ Esta situación es aún más grave cuando la solución es puramente normativa, ya que pone a las partes frente a una solución que ignora sus preferencias y las reemplaza con las preferencias del legislador.

¿Qué comportamientos deberán enfrentar los jueces al reducir los costos de transacción?

Los costos de transacción que el juez debe reducir para que las partes puedan llegar a un acuerdo eficiente ocurrirían aún en marcos de información perfecta. Es por ello que hay conflictos

¹⁴ Ver. Louis Kaplow, Steven Shavell. FAIRNESS VERSUS WELFARE. 114 Harv. L. Rev. 961□. Ver también. Fairness versus welfare: notes on the Pareto principle, preferences, and distributive justice. 32 J. Legal Stud. 331□

previsibles como la voluntad de pagar y la voluntad de aceptar de las partes, los problemas de agencia entre las partes y sus propios abogados, o la determinación de las líneas de base para medir los perjuicios sufridos. Pero principalmente la negociación entre las partes frente al juez tiene lugar en un marco de comportamientos estratégicos. Mencionaré simplemente algunos, pero en todos los casos se requiere del juez coasiano un entrenamiento para llevar a las partes a una conciliación antes que para proveer una solución normativa.

3. Extorsión.

Niveles imperfectos de información plantean el problema de la extorsión, que puede surgir de diferentes formas. Un caso como en el planteado anteriormente es que los contaminadores pueden amenazar con emitir niveles mayores de contaminación para asegurarse una compensación mayor. Un segundo caso es que los ingresantes potenciales pueden utilizar la extorsión: si los generadores de la externalidad no son responsables, nuevos empresarios pueden amenazar con emitir una externalidad para asegurarse una compensación. En forma simétrica, si los generadores de la externalidad son responsables víctimas potenciales pueden aparecer para "sufrir el daño" y de esa manera cobrar la compensación. Coase reconoció que el empleo de recursos "solamente para establecer un reclamo" puede impedir el logro de un resultado eficiente.

Tercero, ya que existen caminos múltiples para dividir las ganancias del acuerdo y como cada individuo está interesado en obtener tanto los beneficios de la cooperación y obtener una participación amplia en los beneficios tan amplia como sea posible, existirán amenazas de no cooperación con el objetivo de aumentar la participación propia en las ganancias. Pero que estas amenazas sean creíbles, sin embargo, deben ser ocasionalmente cumplidas y cuando esto ocurre el resultado es menos que óptimo.

4. Información privada.

La información privada, si es revelada, puede ser utilizada en contra del que la da y por lo tanto, afectar el desarrollo del acuerdo. Por lo tanto, los agentes tienen un incentivo para ocultar la información a través del silencio o de mentiras y utilizar recursos tanto para proteger el valor de la información propia como para obtener información sobre los otros. Estos costos y los retrasos resultantes para concluir acuerdos que fueran beneficiosos mutuamente donde la información es distribuida en forma asimétrica.

El juez imitando al mercado.

1. El juez y una solución negociada. El caso *Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional* -Fallos Corte: 329:5913

El teorema de Coase señala la característica de los costos de transacción y su influencia en el sistema económico. El análisis del teorema plantea preposiciones normativas y positivas. **Posner hace una sugerencia normativa señalando que ya que las transacciones no son nunca sin costo en el mundo real, la eficiencia es promovida al asignar el derecho legal a la parte que lo hubiera comprado en el caso que hubiera sido asignado inicialmente a la otra parte**¹⁵.

Con Coase hubiéramos imaginado una decisión del tribunal que imitara el mercado, "*mimic the market*", es decir imitar o acercarse a la decisión que las partes hubieran tomado en el mercado si no hubiera habido costos de transacción. **Cuando los costos de transacción son positivos los derechos deberán ser asignados a quienes los poseerán en el estadio final si los costos de transacción fueran cero.** La asignación de derechos deberá cumplir con la maximización de riqueza o dicho de otra manera, "imitar el mercado".¹⁶ Cuando los costos de transacción son elevados la posibilidad de negociación es menor por lo que las personas deben utilizar los tribunales para que los recursos tengan su uso más eficiente. En este caso la posibilidad de una negociación entre depositarios y bancos era posible pero con costos elevados provenientes de la información asimétrica, de posibles comportamientos estratégicos provenientes de los bancos y particularmente de la situación de desventaja financiera en la que se encontraban algunos actores. La posibilidad de una solución eficiente a través de la negociación pudo ser propuesta por los jueces en algunos casos, pero en general se buscó una solución dentro del formalismo jurídico. Una alternativa eficiente es que el juez llegara a la solución a las que las partes hubieran llegado si hubieran podido negociar sin costos de transacción y dentro de esta visión se encuentra el fallo de la Corte Suprema argentina que comentaré. Ante la confusión normativa creada por la existencia de muchas decisiones diferentes, con precedentes de la Corte Suprema contradictorios, una alternativa es que los jueces puedan imitar una decisión a la que las partes hubieran llegado con costos de transacción bajos. Es una solución eficiente ya que pone a ambas partes en una situación mejor que la que hubieran estado antes de la conclusión del pleito y ha reducido los costos de probables litigios futuros. Dentro de esta visión de una solución conciliada es comprensible que las costas sean por el orden causado.

La Corte Suprema Argentina en el **caso *Massa, Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/ amparo Fallos Corte: 329:5913***, dio una solución al problema del 'corralito'. Pero también y más importante dio una nueva visión a la intrincada y caótica doctrina de la emergencia económica. Sin buscar una visión formalista del derecho que justificara una nueva alternativa dentro de la evanescente doctrina de la emergencia buscó una solución pragmática al conflicto. Al hacerlo aplicó también el análisis económico del derecho, particular el Teorema de Coase y a su aplicación por los jueces imitando la solución a la que hubieran llegado las partes si hubieran podido negociar sin costos de transacción.

2. La explosión de la actividad jurisdiccional.

Esta es la razón que la principal crisis financiera que sufrió el país que se inició con el *corralito* y continuó con la llamada *pesificación asimétrica* fuera resuelta en cientos de miles de causas judiciales. En la Corte Suprema el camino fue tortuoso desde el caso inicial Smith, pasando por Provincia de

15 Richard Posner. Economic Analysis of law. 5ed. 1998, p. 62-63

16 En inglés "*mimic the market*", ver también Posner, Op. Cit. P 272.

San Luis hasta Bustos que solitariamente confirmó la pesificación de los depósitos. La gran final fue el caso Massa: donde la Corte con pragmatismo judicial sostiene que el monto de depósitos pesificados más los intereses caídos es equivalente a un depósito en dólares sin intereses y resuelve que las sumas son equivalentes. La solución es ingeniosa y Coasiana, ya que la Corte hace suya una solución a la que las partes hubieran llegado por negociación si los costos de transacción hubieran sido muy bajos. El Tribunal ha 'imitado al mercado' asume el resultado de una negociación que hubiera podido realizarse.¹⁷ Podemos pronosticar que los principales conflictos sociales serán resueltos por decisión judicial, ya que los costos de transacción para hacerlo son bajos y la decisión alternativa del Congreso improbable.

3. El pragmatismo en la Corte Suprema.

En este fallo la Corte Suprema aplica una visión pragmática del derecho, algunos párrafos así lo indican.

*10) Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una **decisión consensuada entre los ministros** que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito **de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social**, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas.*

El pragmatismo tiene una larga tradición filosófica iniciada en Charles Sanders Peirce y William James¹⁸ y que incluye en la actualidad a autores como Richard Rorty¹⁹ y en el derecho a Richard Posner. El contenido de la visión pragmática del derecho le pide a los jueces que se concentren en las consecuencias prácticas de sus decisiones y tiene una utilidad particular en el derecho constitucional en la resolución de casos complejos.

La función primaria de una Corte Suprema es la de determinar las normas constitucionales que son necesarias y requeridas por las partes para la resolución de casos en los que se plantean cuestiones constitucionales. La función judicial lo mismo que la legislativa es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente productos semi elaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta.²⁰ La norma constitucional, que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractamente determinados, ciertas consecuencias determinadas de manera abstracta. En algunos casos estas consecuencias no aparecen específicamente en la Constitución misma. Esta norma constitucional tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones

¹⁷ La expresión en inglés es 'mimic the market' en este caso el derecho de propiedad aplicable inicialmente para hacer aplicable el Teorema de Coase era el precedente del caso Smith.

¹⁸ La principal obra de James sobre el tema es Pragmatismo de 1907, edición castellana Aguilar, Biblioteca de iniciación filosófica. 1964. Sobre una historia de los orígenes del pragmatismo ver Louis Menand. El Club de los metafísicos. Grupo editorial Planeta. Bs. As. 2003. p. 343.

¹⁹ Cf. Richard Rorty, Philosophy and the mirror of nature. Princeton University Press, 1979. Caps. VI y VII, donde una visión pragmática moderna sobre el método, lenguaje y hermenéutica.

²⁰ Cf. Kelsen, *Teoría General del derecho y del estado*. p. 159.

señaladas en abstracto por la norma general, se encuentran presentes en forma concreta a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada concretamente.

A esta función de la Corte como tribunal constitucional debe agregarse también la de **resolver casos complejos** en los que se presentan situaciones de gravedad institucional. Para estos casos puede analizarse la aplicación del pragmatismo jurídico y de razonabilidad. Casos en los que el debate constitucional es importante pero en los que las consecuencias de la decisión pueden poner en peligro la administración de justicia. En este caso particular la gravedad no proviene solo de las consecuencias económicas de la decisión, a lo que nos referiremos más adelante, sino a la explosión de demandas judiciales aisladas que inundaron los tribunales inferiores y a la Corte Suprema. Existe asimismo un remedio que son las acciones de clase que permiten reunir muchas pretensiones en una sola acción y a lo que también expondremos más adelante.

Richard Posner estableció un dodecálogo para determinar el contenido del pragmatismo legal. 21

1. El pragmatismo jurídico no es un nombre elegante que justifique una adjudicación ad hoc, sino que supone la consideración sistémica de las consecuencias y no solamente las específicas de cada caso.
2. Sin embargo, solamente en circunstancias excepcionales el juez pragmatista²² dará un carácter vinculante a las circunstancias sistémicas, de la manera que lo hace el formalismo jurídico, es decir que la visión formalista del derecho raramente coincidirá con una estrategia pragmática, ya que ocasionalmente las circunstancias específicas del caso dominarán el proceso decisorio.
3. El criterio final de la decisión pragmática es su **razonabilidad**.
4. Sin embargo, a pesar del énfasis en las consecuencias el pragmatismo jurídico no es una forma de consecuencialismo, en el sentido de las doctrinas que evalúan las acciones por el valor de sus consecuencias, de las cuales la más prominente es el utilitarismo. Ello es debido a que el sistema pragmático de adjudicación conserva aspectos del formalismo como es la decisión por normas antes que por estándares. Más aún, por razones prácticas y jurídicas el juez no puede tener en cuenta todas las consecuencias posibles de sus decisiones.
5. El pragmatismo jurídico es prospectivo y considera que la adhesión a las decisiones pasadas es una necesidad con calificaciones antes de un deber ético.
6. El pragmatismo jurídico considera que el procedimiento analítico general no distingue el razonamiento jurídico de otras formas de razonamiento práctico.
7. El pragmatismo jurídico es empírico.
8. Por lo tanto no es hostil a toda teoría, más aún es más hospitalario a algunas formas teóricas que el formalismo jurídico, por ejemplo las que sirvan de guía a la búsqueda empírica. El pragmatismo jurídico es contrario a la idea de utilizar teorías abstractas, éticas o políticas, para guiar a la decisión jurídica.
9. El juez pragmático tiende a favorecer fundamentos estrictos para una decisión antes que genéricos cuando la evolución de una doctrina jurídica se encuentra en sus etapas iniciales.

21 Richard A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy* (Harvard 2003), pp. 59-60.

22 El término 'pragmatista' es utilizado para distinguir la expresión técnica derivada de la utilización del pragmatismo jurídico, la una utilización del uso común del lenguaje.

10. El pragmatismo jurídico no es un suplemento del formalismo y por lo tanto difiere del positivismo de H. L. A. Hart.
11. El pragmatismo jurídico es coincidente con la concepción sofística y aristotélica de **la retórica como forma de razonamiento**.
12. Difere tanto del realismo jurídico como de la escuela crítica del derecho.

De esta manera una visión pragmática les solicita a los jueces que se concentren en las consecuencias prácticas de sus decisiones y tiene su aplicación concreta en el derecho constitucional, donde la información con que cuentan los jueces es incompleta y no permite construir un precedente definitivo. En una forma modesta de resolver cuestiones constitucionales frente a las formas agresivas de hacerlo. El juez 'modesto' coincide con la autolimitación judicial particularmente en casos donde la información es incompleta o asimétrica. De esta manera hay una coincidencia entre el pragmatismo judicial y una visión de prudencia o de 'modestia' judicial. El pragmatismo basa su decisión en las consecuencias y es muy difícil determinar las consecuencias de una decisión política si se la elimina desde su inicio, con una visión formalista muy estricta. Si la Corte Suprema es inevitablemente un tribunal político cuando decide cuestiones constitucionales, toda limitación a su ejercicio proviene del reconocimiento del carácter subjetivo de muchos de los fundamentos de la jurisprudencia constitucional.²³

¿Cuál es el holding de este precedente? No es una norma formal sino primariamente una constatación práctica que no hubiera tenido trascendencia si la cuestión planteada no hubiera sido la de mayor gravedad institucional de los últimos tiempos.

19) Que, en síntesis, de lo expresado en los considerandos anteriores resulta que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito —incluyendo los intereses pactados con la limitación temporal señalada— convertido a pesos, a la ya indicada relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual.

*20) Que con esta comprensión, y en virtud del resultado que se obtiene según lo expuesto en el considerando que antecede, cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, **no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora.***

4. El incumplimiento eficiente en los contratos.

La Corte planteó cual era el motivo del pleito en su párrafo 14

*14)... El problema se circunscribe, por lo tanto, al quantum que la entidad bancaria receptora de la imposición debe abonar al depositante. En lo referente a tal cuestión corresponde, en primer lugar, establecer, con arreglo a la normativa de emergencia —y según los alcances que a ella corresponde otorgar conforme el juicio de esta Corte en el contexto de la situación suscitada— sobre **qué bases debe determinarse la obligación de las entidades bancarias emergente de los respectivos contratos de depósito para verificar si su resultado, en las actuales***

²³ Richard A. Posner. Foreword: a political court. 119 Harv. L. Rev. 31, Harvard Law Review November, 2005

circunstancias, conduce a un menoscabo del derecho constitucional de propiedad (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional) aducido por los demandantes.

Se trata de saber si existe un incumplimiento contractual de tal extensión que pudiera producir un menoscabo del derecho de propiedad. La pregunta desde el análisis económico del derecho es saber si puede haber un **incumplimiento eficiente de los contratos**. La respuesta en aplicación del estricto criterio de Pareto es, que el incumplimiento es eficiente cuando las partes están mejor luego del incumplimiento que lo que estarían en una situación anterior. Es decir reconocer que a veces es más eficiente no cumplir un contrato, cuando los costos de cumplimiento exceden beneficios de todos. Cooter y Ulen señalan que el primer objetivo del derecho de contratos es el de permitir a las personas convertir juegos con soluciones ineficientes en juegos con soluciones eficientes.²⁴ Los contratos son costosos y deben aproximarse al ideal de proveer incentivos para conducta que maximice el valor.

Frente a una sistema de derecho ineficiente la solución es la aplicación es el Teorema de Coase. Tiene múltiples versiones podemos recordar la de Cooter y Ulen ***“Cuando las partes negocian y resuelven sus diferencias por cooperación, su comportamiento será eficiente sin importar la norma jurídica existente”*** El Teorema supone con **costos de transacción reducidos las partes por medio negociación resolverán sus problemas de una manera siempre eficiente sin importancia del derecho aplicable**. La pregunta es que ocurre cuando los costos de transacción son tan elevados que no puede haber una negociación eficiente, es decir en la que las partes estén en una situación mejor que la que estaban antes. O donde los derechos no estén claramente determinados. En esos casos corresponde la aplicación de Coase por los jueces.

La flexibilización de las competencias. La aplicación de la teoría de la firma a la interpretación constitucional.

La teoría de la flexibilidad en las competencias en su origen en el pensamiento económico, y tiene algunas curiosidades. El ya citado artículo de Ronald Coase "La Teoría de la Empresa".²⁵ Este artículo sostiene que un empresario produce dentro de su empresa los bienes y servicios que se pueda realizar a un costo menor que los que se ofrecen el mercado. Entre los costos debe incluir los costos de transacción, es decir aquellos costos que provengan de la negociación de contratos por que pudiera obtener insumos y bienes que pudiera luego vender. Sólo produciría aquellos bienes y servicios si tuvieran un costo final o de transacción menor que lo que pudiera comprar en el mercado. El centro de la argumentación en este engañosamente sencillo artículo de Coase, es si la decisión del empresario de producir también dentro de su empresa del variar a de acuerdo a los precios que existan en el mercado, si comprar un insumo es más barato en el mercado no lo producirá, si los costos de transacción bajan y puede negociar contratos para la provisión de bienes y servicios no los producirá internamente. Entre estos costos de transacción, están los costos de agencia, que son los costos que sufre el principal frente al incumplimiento del agente. Ya sea el caso de gobernante que tiene funcionarios a su cargo, un votante que desea que los legisladores cumplan

24 Robert Cooter & Thomas Ulen. Law and Economics. 2ª ed. 1997. Pag. 170.

25 por éste artículo, y por el artículo que publicaría 1960 "La naturaleza del costo social" Ronald Coase recibiría en 1991 el premio Nobel de Economía.

con sus promesas, o simplemente un empleado que quiere que sus empleados acepten y lleven adelante sus instrucciones. De acuerdo con la variación existente en los costos de transacción es la flexibilidad lo que caracteriza la actividad de la empresa en una economía de mercado, una empresa rígida no podría subsistir. Esta teoría de Coase no fue fácilmente comprendida su momento pero tuvo una gran influencia posterior, particularmente cuando se comprendió que una organización rígida podía quedar al fenómeno de "falla de jerarquía" igualmente grave que las estudiadas "fallas de mercado". Una empresa que tiene un sistema de producción muy costoso mayor al que existe el mercado tener pudiera decir con sus productos con empresa única de una gran regímenes en la provisión del servicio público por ejemplo, sería tan costosa que debía ser reformada o privatizada.

Es decir, que según la Teoría de la Empresa de Coase, la actividad de toda organización debe ser flexible si desea cumplir con sus objetivos tal como fueron planeados. Si la provisión de servicios gubernamentales es centralizada los costos de agencia son muy elevados y la distribución de estos servicios ineficientes. En este caso, es la unidad gubernamental menor que tienen menos de costos de control la que debe proveer del servicio en cuestión. Esto no quiere decir que deba ser siempre la unidad gubernamental menor de la que debe tener las competencias, ello variará según varían los otros de transacción existentes para cumplir los objetivos. Siguiendo la teoría de Coase, la distribución de competencias entre la Nación y las provincias debe ser flexible según que la provisión de bienes gubernamentales pueda practicarse a un menor costo en nivel local o federal. Un ejemplo de la flexibilidad en la historia constitucional argentina es el caso de la educación primaria. Si bien la competencia constitucional original primaria era provincial, ocurrían que muchas provincias no invertían en la construcción de escuelas, ni en la formación de docentes, ni en organización de programas. Hacia fines del siglo XIX, la ley Lainez²⁶ estableció escuelas nacionales en las provincias, con un programa modernizado y con docentes bien pagos. Este sistema logró con éxito mantener nivel básico de exigencia en toda la educación del país. La existencia escuelas nacionales en las provincias hizo que fueran del modelo educación para todas las demás escuelas estuvieran en la localidad. Sin embargo, con el tiempo los elevados costos de agencia que imponía mantener una organización educativa en todo el país, la hizo muy costosa. Además una vez establecido este límite básico que habían creado las escuelas nacionales, podía establecerse un cambio entregar todas las escuelas primarias dentro de la competencia de las autoridades provinciales. Esto suponía establecer la competencia entre los sistemas educativos, ello tuvo un resultado positivo en cuanto que algunas provincias demostraron una gran eficacia y ofrecieron la educación y mejor calidad y a un menor costo, en otros casos esos beneficios no ocurrieron.

Por lo tanto, esta doctrina también es útil para analizar las competencias dentro los poderes públicos, como es el caso de las competencias entre la Nación y las provincias o entre el Congreso y el Presidente. Ya que pueden existir ocasiones en si una actividad cumpla mejor el objetivo para el cual fue diseñada cuando la realiza un gobierno local, y en otras ocasiones la misma actividad puede ser cumplida por el gobierno central, según la existencia de los costos de transacción que puedan determinarse en el momento. La determinación de los costos de transacción requiere un detallado estudio por parte de gobernantes y jueces. Naturalmente esto requiere un gran esfuerzo, primero porque siempre deseamos la certeza de los derechos, saber con claridad que competencia tiene cada funcionario para permitir un mejor control de su ejercicio, el segundo, más importante, es que

26 Ley Láinez 4874/05, el Consejo Nacional de Educación establecía escuelas en las provincias que lo solicitaran. Se trataba de escuelas "elementales, infantiles, mixtas y rurales".

valorar los momentos de cambio en los que una actividad deja de ser eficiente en manos de un poder para ser ejercido por otro, es un fenómeno muy complejo que requiere una gran imaginación jurídica y un gran sentido democrático. Todo ello no es fácilmente aplicable en manos de políticos comprometidos con sus intereses, o de jueces temerosos.

La teoría planteada por Coase supone una corrección al principio de subsidiariedad que sostiene que la competencia debe ser concebida a la menor jurisdicción que pueda realizarla, y que tiene base constitucional en el sistema de la Unión Europea. Sería la organización que tiene los menores costos de transacción la que debe realizar la actividad, pero con conciencia que los costos varían en el tiempo.

5. La flexibilidad entre las competencias del Presidente y el Congreso.

El caso *Youngstown vs. Sawyer*²⁷, también llamado el caso de las *tuberías* estableció la aplicación de la flexibilidad de las competencias para las relaciones entre el Congreso y el Presidente. Este caso es recordado por la opinión concurrente del Juez Robert Jackson que estableció la doctrina de la flexibilidad de las competencias presidenciales.

La importancia de esta decisión hace su mención inevitable:

“El arte de gobernar bajo nuestra Constitución no se conforma y no puede conformarse a definiciones judiciales del poder de alguna de sus ramas basa en cláusulas aisladas o en algún artículo separados de su contexto. Si bien la Constitución privilegia la difusión del poder para asegurar la libertad, también contempla que la práctica integrará a los poderes dispersos en un gobierno eficaz. (workable). Asocia en sus ramas separación pero también interdependencia, autonomía pero también reciprocidad. Los poderes presidenciales no son fijos sino que fluctúan, dependiendo de disyunción o conjunción con los del Congreso. Podemos comenzar con un agrupamiento algo sobre simplificado de situaciones prácticas en los cuales el Presidente puede dudar, o en otras puede enfrentar sus poderes (los del Congreso) y distinguir someramente las consecuencias legales de este factor de relatividad.”

6. La flexibilidad en las competencias entre la Nación y las provincias.

Presumiblemente cuando estados independientes forman una federación establecen las reglas de representación, las competencias jurisdiccionales y los sistemas electorales de tal manera que los beneficios sean mayores que los costos. Sin embargo, los intereses de la Nación y los de las provincias y entre estas, pueden cambiar con el tiempo, de tal manera que costos de permanecer unidos pueden exceder temporariamente los beneficios de la unión y el restablecimiento de los beneficios superiores a los costos sólo puede hacer posible bajo una estructura institucional diferente. La división apropiada entre la responsabilidad gubernamental de las provincias y la del gobierno nacional debe ser flexible con el decir, que la medida que los factores que justifican esta división cambian la asignación de responsabilidad gubernamental debe cambiar también. Habrá períodos en los que el gobierno central ceda competencias y tenga sus responsabilidades definidas

27 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), ver voto del Juez Robert Jackson.

en forma estricta y otros períodos en que el gobierno central deba ser fuerte y asuma poderes amplios. Esto sugiere que aún cuando la Constitución de una federación describa en su texto la relación entre gobierno central y los gobiernos que provincias, esta no pueda ser fijada de manera inmutable. La antigua doctrina del "federalismo dual" establecida por el juez Marshall en el caso *Gibbons vs. Ogden*²⁸, que tuvo una larga aceptación en la teoría jurídica, en gran medida por la facilidad de su descripción. Era mucho más sencillo imaginar competencias inmutables que un sistema que pudiera tener alguna flexibilidad en el tiempo. Sin embargo, a poco de andar fue evidente que los nuevos desafíos se planteaban a la forma de gobierno dividida entre Nación y provincias requería de respuestas institucionales adecuadas. La división apropiada de responsabilidad debe, por el contrario variar entre el gobierno nacional y las provincias. Esta estructura flexible para la distribución de competencias tanto entre la Nación y las provincias como entre los poderes del gobierno, así lo reconoció la Corte Suprema de los Estados Unidos en dos falsos ampliamente citados. Son los casos *Garcia vs. SAMTA*²⁹ para el federalismo y *Youngstown vs. Sawyer*³⁰, también llamado el caso de las tuberías, para las relaciones entre el Congreso y el Presidente.

El Teorema de Hobbes.

Cooter considera que se puede sostener que hay partes que nunca estarán de acuerdo en la distribución de beneficios aún cuando los costos de transacción sean cero, una proposición que llama al **teorema de Hobbes**. Donde **la desconfianza impide el acuerdo**. Sin embargo, aclara que es probable que las ganancias que surgen de la negociación se logren habitualmente.³¹

Si la función de utilidad de cada parte es una función de la información privada de la otra, no existe una garantía de que un resultado eficiente puede ser obtenido. El resultado será ineficiente cuando los jugadores se equivocan en sus predicciones de los movimientos realizados por sus oponentes. Cooter sostiene que los costos de transacción cero en la comunicación pueden hacer decrecer la posibilidad de un acuerdo, ya que facilita la transmisión de amenazas y otras comunicaciones estratégicas.

Si la situación incluye grandes grupos de negociación aparecen dos dificultades potenciales. Primero, los individuos tendrán un incentivo a ser free-riders y por lo tanto la habilidad del grupo para pagar una compensación suficiente para inducir el nivel de contaminación socialmente óptimo, se verá reducido. Segundo, si existen efectos de daños diferenciales entre las víctimas se puede observar el surgimiento de coaliciones dentro del grupo de víctimas, por ejemplo por móvil de daño, cada uno presionando por un resultado que resuelva mejor sus intereses. Cuanto mayor sea el número de coaliciones, menor es la posibilidad que una solución óptima sea obtenida.

28 El caso *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824), fue también aplicado reiteradamente por nuestra Corte Suprema.

29 *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985) que señaló que no existe una regla única de división de competencias entre gobierno federal y Estados parte.

30 *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), ver voto del Juez Robert Jackson.

31 Cooter R., *The Cost of Coase*, 11, *Journal of Legal Studies*, 1-33.

La utilidad del Teorema de Coase

Se han hecho intentos de verificar las predicciones del teorema experimentalmente y empíricamente. Si bien pruebas empíricas en el teorema de Coase es como hacerlas en el teorema de Pitágoras, teniendo en cuenta las presunciones, los resultados fluyen como una cuestión de necesidad lógica. Ahora bien, satisfacer la presunción de costos de transacción cero en un mundo que los tiene, las pruebas experimentales y empíricas analizan el tema de la aplicabilidad concreta del teorema. El Teorema debe superar el inconveniente de los costos de transacción, en particular, la información imperfecta, el comportamiento estratégico y los efectos del ingreso, gusto y preferencia.

La aplicación del teorema de Coase supone que el juez o el legislador deben comenzar sus análisis por la presunción de que las partes pueden y, en general, lo harán, agotar las ganancias de las soluciones posibles a sus diferencias a través de negociaciones privadas y los que argumenten en contra de esto deben asumir la carga de la prueba. La evidencia de la solución óptima obtenida por la negociación establece una presunción en favor que las partes negocien un acuerdo ya que el resultado de este último será eficiente, por ello, deben evitarse decisiones sobre compensaciones por daños. Se debe recordar que las partes siempre llegarán a un punto eficiente en el criterio de Pareto. Aún si los costos de transacción son tan amplios que impiden las transferencias de derechos, el resultado será Pareto superior, vistos los costos de transacción.

La función del legislador y del juez es disminuir los costos de transacción que limitan los acuerdos, asegurando el acceso a la información a las partes, resolviendo los problemas de coordinación necesarios para un acuerdo. Evitando comportamientos estratégicos y free-riders.

Otro de los inconvenientes son las disparidades entre disposición de pagar y la disposición de aceptar. Como las divergencias entre WTA y la WTP pueden ser grandes, se puede concebir una situación en que la WTA de cada parte es mayor que la WTP de la otra parte, por lo que no puede haber un acuerdo. En cambio si la WTA es igual a la WTP, podemos ver a los acuerdos consumarse.

El teorema de Coase señala la característica de los costos de transacción y su influencia en el sistema económico. El análisis del teorema plantea preposiciones normativas y positivas. **Posner hace una sugerencia normativa señalando que ya que las transacciones no son nunca sin costo en el mundo real, la eficiencia es promovida al asignar el derecho legal a la parte que lo hubiera comprado en el caso que hubiera sido asignado inicialmente a la otra parte³².**

³² Economic Analysis of Law.1992 p. 52

El teorema ha aclarado la relación entre costos de transacción y derechos de propiedad y de esta manera, da una base más fuerte para comprender cómo cambian los regímenes legales en respuesta a los cambios a las limitaciones. Se pueden definir los derechos de propiedad en términos de costos de transacción más bajos para la exclusión, intercambio y utilización de la propiedad.

El concepto de costos de transacción ha reemplazado al modelo de falla del mercado que requería la intervención pública. La respuesta a la tradicional pregunta ¿Cuándo es legítimo que el gobierno intervenga en las cuestiones privadas? La respuesta normativa estaba generalmente basada en el concepto de “falla de mercado”. Una circunstancia en que la búsqueda de un interés privado no llevaba a un uso eficiente de los recursos de la sociedad o a una distribución equitativa de los bienes de la sociedad. Cuando los mecanismos de los costos de transacción son introducidos, hay una desviación de los mercados perfectos. Estas desviaciones son externalidades porque representan efectos no tenidos en cuenta en el proceso de toma de decisiones.

Las externalidades se encuentran siempre donde hay costos de transacción y son ubicuas, ya que el concepto de falla de mercado está basado en externalidades que son definidas por los costos de transacción, **el concepto de falla de mercado no funciona en la medida que está incluido en el concepto de costos de transacción**. Las externalidades son una argumentación innecesaria en la teoría de la intervención gubernamental.

El concepto de bienes públicos es un ejemplo útil de una situación en la que el modelo de falla del mercado puede ser reemplazado por el modelo de los costos de transacción. El concepto de falla del mercado es representado por Samuelson, que consideró que los bienes públicos eran una clase de fallas del mercado. Tomando el clásico ejemplo de los faros en la navegación marítima, decía que eran un ejemplo del servicio gubernativo. Ellos salvan vidas pero los cuidadores no pueden cobrar sus tarifas de los navegantes. De esta manera, tenemos una divergencia entre una ventaja privada y el costo monetario y una verdadera ventaja social y su costo. El papel necesario del gobierno en estos casos de una divergencia externa económica entre ventaja privada y ventaja social. Pero la visión de costos de transacción y derechos de propiedad provee un vehículo de análisis más útil. Por ejemplo, Coase demostró que el sistema de faros en Gran Bretaña funcionaba bien como un sistema privado y que el sistema era más complicado que el sugerido por el modelo simplificado de falla del mercado.

Tres prescripciones de política económica surgen del teorema:

- I. **Los derechos con las soluciones de mercado son preferibles** a los remedios de Pigou (intervención pública) para la solución del problema de las externalidades.
- II. **La propiedad y los contratos son eficientes**, toda interferencia con consecuencias así obtenidas harán las cosas peor y no mejor.
- III. **Cuando los costos de transacción son positivos los derechos deberán ser asignados a quienes los poseerán en el estadio final si los costos de transacción fueran cero**. La asignación de derechos deberá cumplir con la maximización de riqueza o dicho de otra manera, “imitar el mercado”.³³

³³ En inglés “mimic the market”.

El teorema en sí es descriptivo y no normativo. Lo anteriormente expresado son las consecuencias normativas de su aplicación. Todas estas propuestas asumen que la eficiencia es el objetivo de la política económica. Si bien la eficiencia no es el único objetivo de la política económica, se paga un muy buen precio por la continuada asignación ineficiente de los recursos.

El error del modelo de Pigou, es que supone que el gobierno asigna los recursos con información plena y sin costo. En cambio, Coase destaca el alto costo de transacción de la acción gubernamental.

El teorema destaca la **importancia de los costos de coordinación**. Si la coordinación fuera sin costos, los mercados funcionarían perfectamente pero también lo haría el gobierno. La tarea de la política económica es determinar la magnitud y la influencia de estos costos y las implicaciones para arreglos institucionales alternativos. De allí la importancia en la investigación sobre los costos de transacción que exploran los costos de coordinación bajo regímenes diferentes y en situaciones diferentes. Si bien esto es positivo, lleva a planteos normativos. De esta manera, la intervención gubernamental apropiada debe ser efectuada sobre la base del arreglo institucional que produzca la combinación más baja de costos de transacción. En suma, ya sea que las partes afectadas pueden llegar a una solución a través de la negociación pero elijan un litigio o la regulación, el tema real es generalmente a quién se le asigna derechos de propiedad y no quién obtiene ganancias a través de la negociación.

