

Presentación de pruebas en la audiencia de conciliación prejudicial: el valor de la información para la decisión de ir o no a juicio desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (A.E.D.).

Oskar Eduardo Zorrilla Ramírez

Trabajo de Grado para optar al título de Magister en Derecho con énfasis en Derecho Empresarial.

Director del Trabajo de Grado:
Dr. Mario Alberto Cajas Sarria

Universidad ICESI
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Santiago de Cali, junio de 2013

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	5
Sección 1	
La Ley 1395 de 2010: un intento para aliviar la congestión judicial del Estado Colombiano.	
1.1. La Ley 1395 como herramienta de descongestión.	9
1.2. El artículo 52 de la ley como instrumento de descongestión judicial.	11
Sección 2	
Elementos esenciales del análisis económico del derecho.	
2.1. ¿Por qué estudiar la presentación de las pruebas en la audiencia de conciliación prejudicial desde la óptica ofrecida por el A.E.D.?	14
2.2. Concepto del análisis económico del derecho (A.E.D.) y su utilidad para el estudio de instituciones jurídicas.	17
2.3. Un poco de historia...	19
2.3.1. El paradigma de la Escuela de Chicago.	21
2.3.2. Las tendencias “ <i>Non Chicago</i> ”.	24
2.3.3. El neoinstitucionalismo.	25
2.4. ¿Qué son las instituciones?	27
2.5. Usos positivos y normativos del A.E.D.	28
2.6. ¿Cuáles son los supuestos metodológicos de la economía que enriquecen el estudio de las instituciones jurídicas?	35
2.6.1. El <i>homo economicus</i> como modelo conductual: concepto y críticas.	38

2.6.1.1.	El concepto de racionalidad limitada.	41
2.6.1.2.	Sesgos cognitivos.	43
2.6.1.3.	El <i>homo economicus</i> de la escuela neoinstitucionalista.	44
2.6.2.	El segundo supuesto fundamental del A.E.D.: Las leyes como sistemas de precios.	47
2.6.2.1.	Teoría de precios: herramienta para el análisis del ordenamiento jurídico.	49
2.6.2.2.	Las fallas del mercado.	51
2.6.2.3.	La asimetría de la información.	51
2.6.2.4.	¿Cómo se enfrenta el problema de ausencia o asimetría de la información desde las diferentes tendencias del A.E.D.?	55
2.6.2.5.	Las externalidades.	55
2.6.2.6.	¿Cómo enfrenta el derecho el problema de las externalidades?	56
2.7.	El concepto de Teorema de Coase.	58
2.8.	El derecho como un mecanismo para disminuir los costos de transacción.	60

Sección 3

El análisis económico del derecho aplicado al proceso civil.

3.1.	Acerca de cómo contribuye el proceso judicial a la eficiencia de un sistema jurídico.	63
3.2.	¿Por qué es más eficiente un acuerdo privado?	67
3.3.	¿Cómo influye la información en el curso del proceso?	72
3.4.	El valor de la información para adoptar la decisión de conciliar o ir a juicio.	73
3.5.	La razonabilidad económica de las audiencias preliminares con presentación de las pruebas	75
3.6.	¿Puede la conciliación prejudicial favorecer los arreglos previos a un juicio?	82

Sección 4

La medida adoptada por legislador colombiano para favorecer el suministro de la información en la audiencia de conciliación prejudicial.

- | | | |
|------|---|----|
| 4.1. | El artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, ¿Descubrimiento probatorio en las audiencias de conciliación prejudicial en materias civiles y de familia? | 86 |
| 4.2. | Correcciones que introdujo la medida legislativa y sus ventajas. | 89 |
| 4.3. | Revisión de constitucionalidad de la medida: sentencia C-598 de 2011. | 92 |
| 4.4. | Consecuencias previsibles tras la emisión del fallo de la Corte Constitucional. | 99 |

Sección 5

A manera de conclusión.

102

Bibliografía

105

INTRODUCCIÓN

En medio de una grave problemática de congestión judicial que ha hecho figurar al Estado Colombiano en encuestas y mediciones internacionales de clima de negocios, tales como el *Doing Business* auspiciado por el Banco Mundial, el *rule of law Index 2011* adelantado por el World Justice Project, o el informe de competitividad global 2011-2012, en deshonrosos lugares que sitúan a su sistema judicial como uno de los más congestionados e ineficientes del globo, además de las propias estadísticas oficiales del Consejo Superior de la Judicatura, fue emitida la Ley 1395 de 2010, un nuevo intento del legislador de paliar a través de reformas legales los problemas de congestión judicial, excesiva litigiosidad y duración excesiva de los procesos judiciales, fenómenos todos entendidos como un ataque directo al derecho al acceso a la administración de justicia.

Uno de los ejes temáticos incluidos en la Ley 1395 de 2010, también llamada de “descongestión judicial”, impulsó los mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC), especialmente, la figura de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad. Así, el artículo 52 reformó el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, de conciliación extrajudicial, adicionando el parágrafo 2º exigiendo que en los asuntos civiles y de familia, junto con la solicitud de conciliación, el interesado tendría que aportar copia informal de las pruebas documentales y anticipadas que tuviera en su poder y que pretendiera hacer valer en el proceso, obligación que también se predicaba del convocado, que además incluía una sanción procesal en caso de fracasar la conciliación, de no ser admitidas las pruebas que estando en su poder las partes hubieran omitido aportar en el trámite de la conciliación.

El propósito de este trabajo es analizar la mencionada reforma del artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, a la luz de los principales postulados del Análisis Económico del Derecho (en adelante A.E.D.), escuela de pensamiento de especial

ascendencia en el *common law*, que supone la existencia de un modelo de comportamiento que la Economía ha denominado *homo economicus* y que entiende a la ley como un sistema de precios o incentivos, que exige un diseño legislativo que tiene en cuenta que las personas responden a los incentivos previstos en la ley en forma similar a como los precios determinan sus preferencias en el mercado.

En la primera parte de este escrito se describirá, muy brevemente, con hechos y datos, el entorno de congestión padecido por el sistema judicial colombiano.

En la segunda, se realizará una breve presentación, sin pretensión de exhaustividad, del Análisis Económico del Derecho y sus escuelas, del modelo conductual que propone la ciencia económica "*homo economicus*", del ordenamiento jurídico entendido como un sistema de precios para estimular o desestimular el comportamiento de las personas, entre otros temas, que servirán como herramientas conceptuales para el estudio de una institución jurídica bajo el método del *Law and Economics*¹, destacando su utilidad para el diseño de políticas legislativas o políticas públicas.

Luego, en la tercera parte del escrito, se intentará demostrar que la presentación de las pruebas en audiencias prejudiciales o preliminares y la inclusión de reglas de descubrimiento probatorio que exijan identidad entre las pruebas esgrimidas fuera y dentro del proceso, es una herramienta poderosa para aumentar la información disponible del eventual litigio, que debería favorecer que los agentes racionales u *homo economicus*, solucionen extrajudicialmente sus diferencias, por cuanto, el mayor flujo de información relevante del conflicto que intentan resolver ayuda a disminuir los costos de transacción inmersos en la decisión de conciliar un litigio o acudir a un juicio.

¹ Esta expresión es usualmente traducida al español como análisis económico del derecho (A.E.D.). En este texto, análisis económico del derecho y la expresión *Law and Economics*, son utilizadas como equivalentes.

En el cuarto apartado, se explicará el cambio normativo puntual que introdujo el legislador colombiano para incentivar a las partes a suministrar mayor información en las audiencias de conciliación prejudicial en materias civiles y de familia, contenido en el aludido artículo 52 de la Ley 1395 del 12 de julio de 2010, que modificó el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, reglamentaria de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para las acciones civiles y de familia, como una aplicación cercana al denominado Teorema de Coase, cuyo postulado central pregona que el acceso a la información facilita las decisiones de quienes se encuentran involucrados en transacciones, y soluciones eficientes; así mismo, se abordará el estudio de la sentencia C-598 del 10 de agosto de 2011 emitida por la Corte Constitucional, que revisó su constitucionalidad, declarando inexecutable la sanción procesal que implicaba la no consideración por el juez de la causa de aquellas pruebas no presentadas en el trámite de la conciliación que antecedió al proceso y las consecuencias, que desde la visión del A.E.D. puede tener dicha declaratoria.

Finalmente, se presentarán algunas conclusiones sobre la utilidad que puede tener la aplicación de algunos postulados del A.E.D. al diseño de las instituciones jurídico-procesales y se plantearán inquietudes para futuros desarrollos investigativos en torno a las llamadas audiencias de descubrimiento probatorio.

Sección 1

La Ley 1395 de 2010: un intento para aliviar la congestión judicial del Estado Colombiano.

La congestión judicial es una problemática que nuestros legisladores han intentado contrarrestar desde hace ya bastante tiempo con la emisión de múltiples normas “*de descongestión judicial*”, que a través distintos cambios normativos ha intentado hacer más eficiente el funcionamiento del servicio público de justicia del Estado.

Una revisión rápida a las reformas que sufrió el Código de Procedimiento Civil colombiano adoptado en 1970 operadas a partir de leyes y/o decretos con fuerza de ley, tales como el Decreto 2282 de 1989, Ley 23 de 1991, Decreto 2651 de 1991, de descongestión judicial; Leyes 446 de 1998, 640 de 2001, 1285 de 2009, 1395 de 2010 y finalmente, 1564 de 2012, mediante la cual se adoptó el nuevo Código General del Proceso, pone de presente que todas ellas han buscado hacer más eficiente el sistema judicial colombiano; de acuerdo con lo descrito por la profesora Vásquez Alfaro, han desdibujado las fronteras entre los sistemas judiciales de tradición continental y del *common law*, antes entendidos como irreconciliables, destacando que en años recientes el proceso civil colombiano también ha sido fruto de “*importaciones de normas, instituciones y figuras en principio ajenas a él, dentro de las cuales se destacan tres ideas fundamentales: el imaginario del juez director del proceso, la adopción de la oralidad como sinónimo de eficiencia y la inclusión de los métodos alternativos de solución de conflictos. Se resalta cómo este último también constituye una modalidad de respeto a las negociaciones privadas antes que el sometimiento de los conflictos jurídicos a la decisión de los jueces del Estado.*”²(Se resalta).

² Vásquez Alfaro, Mónica Patricia. Efectos de la Ley de Descongestión de despachos judiciales en la parte introductoria del proceso civil, artículo publicado en “Impacto de la Ley 1395 de 2010 frente a la administración de justicia”. Horacio Cruz Tejada (Coordinador), pág. 3 y ss.

1.1. La Ley 1395 como herramienta de descongestión.

En esta ola de reformas, la Ley 1395 de 2010 es también una medida del legislador para dar solución a los problemas de congestión judicial, excesiva litigiosidad y duración excesiva de los procesos judiciales, que se han entendido como violatorios del derecho constitucional a una recta y cumplida justicia, fenómenos que han intentado controlar, sin mucho éxito a través de la expedición de un gran número de normas como las citadas.

En efecto, en el informe de ponencia para primer debate a los proyectos de ley números 255 de 2009 en la Cámara de Representantes y 197 de 2008 en el Senado de la República, que a la postre se convertirían en la Ley 1395 de 2010, se justifica la normatividad adoptada dentro de la estrategia liderada por el Gobierno Nacional “*encaminadas a combatir la congestión judicial que ha venido afectando de manera creciente y evidente a los despacho judiciales del país, y por lo tanto, a los usuarios de ese sistema judicial*”, destacando que las medidas atienden fundamentalmente los siguientes criterios: “*a. La desjudicialización de conflictos, sin desconocer el derecho fundamental de acceso a la justicia. b. La simplificación de procedimientos y trámites; y c. La racionalización del aparato judicial, mediante un control más estricto de la demanda de la misma*”³.

En el proyecto de ley se pueden encontrar varios datos interesantes que dan cuenta de la gravedad de la congestión judicial⁴ que vivía el país para la época en que hacía curso esta iniciativa en nuestro Congreso de la República:

³ En Informe de Ponencia para primer debate al proyecto de ley 255 de 2009 Cámara, 197 de 2008 Senado “por el cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”. Disponible en: http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=255&_consec=25749

⁴ Por congestión judicial acogemos el concepto señalado por el profesor Leonardo Torres Calderón, fenómeno que ocurre “*cuando el aparato judicial establecido por la Constitución y la ley, no es capaz de responder oportunamente a las necesidades de las personas, situación que se presente cuando la demanda de justicia, o sea, el número de demandas presentadas por los usuarios del sistema, son superiores a la capacidad de los operadores jurídicos para resolver oportunamente las mismas*”. Torres Calderón, Leonardo. La congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana. Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/317>.

- Según lo indicado por el Ministro del Interior y de Justicia de la época, doctor Fabio Valencia Cossio, al año 2008 existía una acumulación de aproximadamente 1.4 millones de procesos.
- Se requería de medidas como las contenidas en el proyecto de ley y de otras más estructurales, con el propósito de superar el puesto 152 entre 183 Estados que ocupó Colombia en la evaluación del “*Doing Business*”⁵ realizada por el Banco Mundial durante el año 2008.
- Expresó el doctor Isnardo Jaimes, Procurador Delegado para la Conciliación, en la audiencia pública realizada el 13 de mayo de 2010, que *“la conciliación como requisito de procedibilidad se ha convertido en un requisito más, de orden formal”*.

En otro escenario, en el Lanzamiento del *Doing Business* para Latinoamérica realizado el día 1º de diciembre de 2011, el Ministro de Justicia de Colombia, da cuenta de las dificultades que la administración de justicia del país enfrenta, principalmente su congestión e ineficiencia⁶. Las cifras son las siguientes:

⁵ El informe *doing business* es una medición cuantitativa sobre las reglas que regulan la actividad empresarial y su puesta en práctica en 185 economías y ciudades seleccionadas en el ámbito subnacional y nacional. Contiene 11 indicadores, a saber: apertura de un negocio, manejo de permisos de construcción, obtención de electricidad, registro de propiedades, obtención del crédito, protección a los inversores, pago de impuestos, comercio transfronterizo, cumplimiento de contratos, resolución de la insolvencia y contrato de trabajadores.

Dentro de los indicadores sobre cumplimiento de contratos, según la metodología propuesta por la Internacional Finance Corporation y The World Bank que auspician el *doing business*, se mide *“la eficiencia del sistema judicial en la resolución de un disputa comercial. La información se construye siguiendo la evolución paso a paso de una disputa de pago ante los tribunales locales. Los datos se recolectan a través de un estudio de los códigos de procedimiento civil y otras regulaciones de tribunal así como también encuestas realizadas a abogados procesalistas y jueces.”* Según se informa en el portal web oficial del indicador, estos reportes proporcionan datos sobre la facilidad para hacer negocios, clasifican cada localidad y recomiendan reformas para mejorar los resultados en cada una de las áreas de los indicadores.

Fuente: <http://espanol.doingbusiness.org/>.

⁶ Intervención del Ministro de Justicia de Colombia en el lanzamiento del *doing business* Latinoamérica el 1º de diciembre de 2011. Disponible en: https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/regulatory-simplification/doing-business-reform-advisory/upload/Ministro-de-Justicia_Discurso.pdf

- Según datos oficiales del Consejo Superior de la Judicatura había 2.600.000 procesos pendientes en trámite en las distintas jurisdicciones.
- Según el informe *Doing Business* 2012 del Banco Mundial, Colombia ocupa el deshonroso puesto 149 entre 183 Estados analizados en términos de eficiencia en la resolución de controversias contractuales.
- En el subindicador de celeridad, ocupa el puesto 177 de 183, es decir, la séptima justicia más lenta del mundo y la tercera más lenta en América Latina y el Caribe.
- Los resultados del *Doing Business* no son los únicos que señalan la debilidad de la justicia colombiana en términos de celeridad. Conforme a otras mediciones internacionales, el diagnóstico del Banco Mundial es coincidente:
 - El informe *Rule of law Index 2011* que realiza el World Justice Project ubica a Colombia en el puesto 29 entre 66 Estados, en lo que “acceso a la justicia civil” se refiere.
 - El informe competitividad global 2011-2012 realizado por el Foro Económico Mundial ubicó a Colombia en el puesto 88 entre 129, en el indicador que mide la eficiencia del marco legal para resolver disputas.

1.2. El artículo 52 de la ley como instrumento de descongestión judicial.

En un intento por mejorar estos indicadores, y especialmente de paliar la congestión judicial colombiana, uno de los ejes de la reforma contenida en la Ley 1395 de 2010 impulsó los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y más específicamente reformó la figura de la conciliación prejudicial como requisito

de procedibilidad regulado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001 adicionando el párrafo 2º que exigía que en los asuntos civiles y de familia, junto con la solicitud de conciliación, el interesado aportara copia informal de las pruebas documentales y anticipadas que tuviera en su poder y que pretendiera hacer valer en el proceso, obligación que también se predicaba del convocado, incluyendo una sanción procesal en caso de fracasar la conciliación de no ser admitidas las pruebas que estando en su poder, las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación.

El aludido párrafo segundo contenido en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, tenía el siguiente tenor:

“Artículo 52. *El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 quedará así:*

“Artículo 35. Requisito de procedibilidad.

(...)

Parágrafo 2º. *En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación. De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder.”*

En los proyectos de ley citados, se lee una clara explicación de la inclusión de este párrafo: *“Para lograr que la conciliación cumpla su cometido de evitar que los litigios sean solucionados por vía judicial, de tal modo que este trámite no sea visto como un simple requisito formal, en materia de procedimiento civil y de familia (parágrafo 2º), se establece como requisito la aportación de las pruebas (...).”*⁷.

⁷Disponible en:

http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=255&_consec=25749

La iniciativa legislativa cumplió el ciclo de aprobaciones en el Congreso de la República de Colombia, y se convirtió en la Ley 1395 de 2010 *“por la cual se adoptan medidas en material de descongestión judicial”*, que en lo pertinente a este escrito conservó la propuesta de incluir un párrafo 2º en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, con la redacción atrás citada, que pone de relieve la importancia de la presentación de las pruebas en la audiencia de conciliación, como un mecanismo idóneo para favorecer el suministro de la información relacionada con el conflicto que se intenta solucionar, entendido como un insumo útil para la toma de decisiones por los litigantes, y por tanto, como una medida eficiente en la búsqueda de que un mayor número de conflictos entre las personas se solucionen en un escenario extrajudicial, sin recurrir a la justicia estatal.

Sección 2

Elementos esenciales del análisis económico del derecho

2.1. ¿Por qué estudiar la presentación de las pruebas en la audiencia de conciliación prejudicial desde la óptica ofrecida por el A.E.D.?

Antes de abordar sus elementos esenciales, se estima necesario dar respuesta a un interrogante: ¿Por qué utilizar el Análisis Económico del Derecho como un herramienta metodológica para el estudio de una institución jurídica como la conciliación prejudicial y más puntualmente, la utilidad de la información dada la exigencia legal de aportar las pruebas de las que se disponga o anunciar aquellas que utilizará en el juicio, en el evento en que fracase el escenario de conciliación prejudicial, si estas tesis tienen relativa poca aceptación en nuestro derecho y críticas severas?⁸; ¿Acaso no existen múltiples obras que describen el funcionamiento de la conciliación en nuestro sistema procesal?; ¿No se trata de una escuela de pensamiento, que debido a su ideología neoliberal, excesiva simplificación y sesgo occidentalista está en plena decadencia, según propone Ugo Mattei?⁹

En respuesta a este tipo de críticas, el profesor español Íñigo Ortiz de Urbina señala que quienes tildan el método utilizado por el movimiento del A.E.D. de ser “neoliberal”, en realidad, tienen una confusión conceptual, dado que no existen métodos “neoliberales”. Las ideologías en realidad son seguidas por las personas de los más diversos métodos, luego, la ideología no es un verdadero método de estudio como en ocasiones se ha pregonado. Puntualiza que la mayoría de las

⁸ Sobre las principales críticas que se han formulado al trabajo de los analistas económicos del derecho, véase un buen resumen en la obra de Hernando Gutiérrez Prieto “El Análisis Económico del Derecho-Perspectivas para el desarrollo del derecho económico”. Pág. 49 y ss. Disponible en: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/15/1_El_analisis_economico_del_derecho.pdf

⁹ Las críticas de Ugo Mattei puede leerse en su texto “Auge y caída del enfoque derecho y economía”, publicado por la Revista Precedente 2007 de la Universidad Icesi. Disponible en: http://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2007/03_DERECHO_y_ECONOMIA.pdf

críticas que se formulan al A.E.D., normalmente están descontextualizadas, y surgen de la lectura transversal de sus textos, en búsqueda incluso de sus elementos chocantes y elevando posiciones minoritarias a condiciones paradigmáticas. Expresa que las críticas académicas usualmente se concentran en un ataque a las posturas más clásicas, como la adoptada por el trabajo pionero de Richard Posner, cuyas tesis hoy han sido revisadas por la mayoría de los seguidores del *Law and Economics*, quienes se han alejado de las posiciones iniciales señaladas por este destacado profesor de la Universidad de Chicago¹⁰. El profesor Íñigo Ortiz de Urbina citando la obra Mercado, a su juicio la obra más representativa del A.E.D. en España, intitulada “El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica”, señala que *“un gran número de sus practicantes parece alejarse de la inicial senda marcada por el trabajo de Posner ya son tan numerosos los críticos de la corriente de Chicago que la excepción (Crítica al AED Posneriano) se ha convertido en la regla”*¹¹.

Sostiene que muchas de las críticas del A.E.D. no se ha ocupado de estudiar a profundidad las bases teóricas y postulados de este movimiento, lo que les ha privado de ver los elementos valiosos que puede ofrecer este enfoque aplicado al estudio de las instituciones jurídicas. En conclusión: *“ni hay que caer rendido antes sus afirmaciones de “cientificidad” del método, ni hay que condenarlo de antemano”*.¹²

Así, el análisis de una reforma legal desde la óptica ofrecida por el A.E.D. permite ir más allá del método jurídico clásico, en tanto que la teoría de la acción de la economía (teoría del *homo economicus*, según la cual las personas actúan racionalmente y sujetas a su autointerés) puede ayudar a predecir el comportamiento previsible de los destinatarios de las normas, de modo tal que pueden formularse hipótesis sobre cómo responderán las personas a los

¹⁰ Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. El análisis económico del derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?. En: Observar la ley. Pág. 322.

¹¹ *Ibíd.* Cita al pie No. 2. Pág. 322.

¹² *Ibíd.* Pág. 323.

incentivos que ofrece el ordenamiento jurídico, rebasando el análisis estático. Es decir, mira cómo se comportarán las personas ante una determinada norma deseada por el conglomerado social, y no solamente si aquella es “justa” o “válida” dado un ordenamiento jurídico.

En adición a lo expresado, el A.E.D. entendido como aplicación de las metodologías y paradigmas propios de la economía a campos considerados como de no mercado, va en línea con las observaciones contenidas en el Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales liderado por Immanuel Wallerstein¹³, que tras analizar históricamente el desarrollo de las ciencias sociales, recomendó una mayor flexibilidad y la superación de los llamados “*monopolios de conocimiento disciplinar*”, que supone la ausencia de comunicación entre ellas. Rescatando las ideas de esta importante comisión internacional, el enfoque que ofrece el A.E.D. constituye un buen ejemplo de integración de la economía y el derecho para el estudio de los fenómenos sociales.

Así, la invitación que este escrito realiza al lector es que se permita, a partir de la reforma introducida por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 “*de descongestión judicial*” a la figura de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad regulada en la Ley 640 de 2001, analizar la importancia de la presentación de las pruebas en las que se han denominado audiencias preliminares, y específicamente en la de conciliación prejudicial, con un prisma distinto al dogmático, cuyos trabajos abundan en nuestra literatura jurídica.

Ahora bien, no obstante la gran cantidad de trabajos académicos que se pueden rastrear en la literatura nacional sobre la figura de la conciliación prejudicial o dedicados a temas probatorios, éstos se limitan a realizar descripciones desde una perspectiva dogmática: ilustran sobre el funcionamiento de la institución, sus

¹³ Wallerstein Wallerstein, Immanuel (Coordinador). Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales. Pag. 76 y ss.

antecedentes históricos, su naturaleza jurídica, qué asuntos son susceptibles de conciliación, si es o no requisito de procedibilidad para el inicio de las acciones judiciales subsiguientes en caso de fracaso, sus implicaciones, las reglas procesales de las audiencias y su desarrollo, el efecto procesal de la inasistencia a las mismas, entre otros aspectos; al decir de Christian Courtis, desde una visión estática del derecho, muy habitual en los sistemas continentales, a la que se le ha denominado “*law in books*”¹⁴.

La propuesta de este escrito no pretende ser un estudio exhaustivo de las llamadas audiencias de descubrimiento probatorio ni de la conciliación prejudicial, ésta última en forma en que se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico colombiano. Se limita a describir la importancia de la presentación de las pruebas en los escenarios prejudiciales, aprovechando la reforma incluida en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 al artículo 35 de la Ley 640 de 2001 (conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad), cambio normativo declarado parcialmente inconstitucional por la Corte Constitucional, desde la perspectiva del A.E.D., que asumimos como un metodología útil, que a través de la aplicación del método analítico económico intenta describir el funcionamiento de las instituciones jurídicas, vale decir, desde una perspectiva dinámica, “*law in action*”.

2.2. Concepto del análisis económico del derecho (A.E.D.) y su utilidad para el estudio de instituciones jurídicas.

Acogiendo el concepto de Eduardo Stordeur, el análisis económico del derecho consiste “*en el empleo de la teoría económica, fundamentalmente de la teoría de los precios, a los fines de explicar el sistema legal, bien para predecir sus consecuencias, o recomendar cambios con la finalidad de obtener un resultado eficiente u otras metas usualmente consideradas valiosas*”.¹⁵

¹⁴ Courtis, Christian. Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Pág. 13.

¹⁵ Stordeur, Eduardo. Análisis económico del derecho-Una introducción. Pág. 1.

Sin embargo, como reconoce Mauricio Rubio, “*para el derecho, e incluso para un número importante de economistas, los criterios de eficiencia son insuficientes para establecer qué situaciones son socialmente deseables. Consideraciones sobre la justicia, la equidad, la protección de ciertos bienes jurídicos, la promoción de lo público y los valores morales, entre otros, parecen necesarias a la hora de recomendar leyes o políticas*”¹⁶. Así, desde ya debe dejarse en claro que si bien la eficiencia puede ser un criterio buscado para el diseño de las instituciones jurídicas, no es el único fin que puede ser impulsado a través de la aplicación del A.E.D.. La aplicación de la eficiencia como criterio de corrección de la ley, como se analizará adelante, es realmente más cercana al tren de pensamiento de la escuela ortodoxa o de Chicago, vale decir, una sola de las versiones en que se presenta el movimiento *Law and Economics* .

El A.E.D. como programa de investigación, que utiliza los conceptos y supuestos de la teoría económica a las instituciones jurídicas, se encuentra notablemente difundido en la academia jurídica norteamericana, constituyendo, según Stordeur, la aplicación más exitosa de una ciencia social al campo del derecho, reafirmando la idea de que el derecho no constituye un área de estudios completamente independiente.

Siguiendo a Stordeur, las explicaciones que ayuda a construir la economía y la teoría de juegos puede ilustrar los incentivos que subyacen a las interacciones sociales complejas con ventajas analíticas respecto de las descripciones basadas en la intuición, ayudando a los abogados no sólo en la pretensión de obtener resultados favorables en las instancias judiciales o administrativas, sino en el más complejo proceso de examinar el derecho como un sistema.¹⁷ En este sentido, citando a Robert Cooter y Thomas Ulen, comenta que el abogado tradicional o el académico doctrinario o dogmático no cuenta con una teoría de la acción, vale decir, una hipótesis uniforme acerca de las motivaciones de los operadores de un

¹⁶ Rubio, Mauricio. Economía jurídica-Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano. Pág. 21.

¹⁷ *Ibidem*. Pág. 6.

sistema legal que le permita ofrecer predicciones y explicaciones empíricas o basadas en una teorización abstracta y general. Para examinar las funciones y efectos del sistema legal es imprescindible contar con una teoría de la acción, que permita contar con una descripción básica del modo en el cual las personas responden a cambios en las reglas legales; éste según Cooter y Ulen, es el gran aporte de la economía a la teoría jurídica. Para estos autores, los límites de la dogmática jurídica, surgen, porque es incapaz de construir teorizaciones abstractas además de ser poco permeables a la comprobación empírica.

El analista económico del derecho examina centralmente los incentivos de las reglas legales y eventualmente los equilibrios o resultados sociales que se sigan de su aplicación. Las reglas legales no sólo permiten resolver conflictos *ex post*: permiten ajustar expectativas favoreciendo la cooperación social, eliminando conflictos potenciales. Esta visión del derecho, como estructura de gobierno social basada en incentivos, tiene además largo arraigo en teoría legal, como lo es el pensamiento de Hart¹⁸.

2.3. Un poco de historia...

La descripción de las etapas de desarrollo y las escuelas de pensamiento al interior del movimiento *Law and Economics* se realiza con base en el artículo “El Análisis Económico del Derecho. Perspectivas para el desarrollo económico”¹⁹ del profesor Hernando Gutiérrez Prieto.

Si bien para buscar los antecedentes más remotos podría hacerse remembranza a autores paradigmáticos como Bentham o Beccaria, que utilizaron alguna forma de análisis económico aplicada al derecho, en realidad la expansión de esta disciplina

¹⁸ *Ibidem*. Pág. 12

¹⁹ Artículo originalmente publicado bajo el título “Hacia un Derecho Económico Sostenible” en la Revista “Universitas” No. 96 de junio de 1999 de la Pontificia Universidad Javeriana, ganador del XII Concurso José Ignacio de Márquez Año 2000. La versión consultada para este escrito corresponde a la publicada en la Revista de Derecho de la Universidad del Norte No. 15. Año 2001. Pág. 1-61. Disponible en: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/15/1_El_analisis_economico_del_derecho.pdf

surge a finales de la década de los 50's, cuando economistas visionarios extendieron los principios de la teoría económica a conductas de no mercado. Aquellos partieron del siguiente supuesto: si la economía tiene por objeto de estudio las elecciones en un contexto de escasez, el ámbito de estudio es mucho más amplio que el mercado de bienes y servicios al que se había centrado con anterioridad.²⁰ Es decir, si las personas, al decidir, intentan maximizar su utilidad o bienestar, esta actitud no sólo se verá en contextos de mercado, sino también fuera de él. Decisiones como cumplir o no un contrato, adoptar un mayor nivel de cuidado en la conducción de un vehículo, la decisión de ir o no a un juicio, se regirían por esta misma lógica.

Con estos pioneros, empieza a nacer la idea de las reglas legales como precios, no necesariamente monetarios, que incentivan de una manera determinada las decisiones humanas, de forma análoga a como incentivan las decisiones los precios estrictamente monetarios. A partir de lo anterior, se desarrolla la idea de que el sistema legal, puede examinarse, desde la perspectiva económica, como un sistema de organización social basado en incentivos.

El antiguo A.E.D. dedicó sus esfuerzos principalmente al estudio de las regulaciones anti-monopólicas, y con menor intensidad, a las regulaciones impositivas y fiscales: de alguna manera su objeto de estudio, estaba constituido por aquellos campos de la regulación jurídica que venían formando parte de la discusión económica de la época.

Por su parte, el nuevo A.E.D. abrió el campo de estudio a temas jurídicos que hasta ese momento no se habían explorado, ganando importancia teórica y metodológica con trabajos pioneros como el estudio de la responsabilidad por daños (*torts*), desarrollado por Guido Calabresi y a partir de él, a prácticamente todo objeto de regulación jurídica: contratación, la propiedad, derecho penal, procedimiento judiciales, mecanismos alternativos de solución de conflictos, el

²⁰ *Ibidem*. Pág. 5.

matrimonio, entre los variados temas, que hoy son sido estudiados bajo la óptica del *Law and Economics* .

Este proceso de expansión, de acuerdo con el autor seguido, tuvo tres protagonistas principales: Guido Calabresi, Ronald Coase y Gary Baker. De los tres, el aporte más influyente en el desarrollo de la disciplina fue el artículo titulado “El problema del costo social” de Ronald Coase, quien a partir de un análisis económico de la asignación de los derecho de propiedad y de la responsabilidad civil, dio base a autores posteriores, que argumentarán que muchas instituciones jurídicas pueden ser mejor entendidas y explicadas como esfuerzos de promover eficientemente la asignación de recursos; “*en otras palabras, que el análisis económico del derecho es posible porque existe una lógica implícita en las instituciones jurídicas que es de carácter económico*”²¹.

Sin embargo, el *Law and Economics* no es un cuerpo teórico homogéneo. En su interior, conviven varias posturas o paradigmas que se distancian en cuanto a los valores, ideas, modelos o técnicas que aplican a sus estudios, que han dado lugar, básicamente, a tres comunidades diferenciadas: la Escuela de Chicago con notoria influencia de la London School of Economics, las tendencias “*non Chicago*”, quienes aceptan el paradigma de Pigou originario de la Universidad de Cambridge y la Escuela Neoinstitucionalista. A continuación se describen brevemente sus principales postulados.

2.3.1. El paradigma de la Escuela de Chicago.

La Escuela de Chicago, una de las líneas de argumentación más fecundas presenta la realidad económica como algo muy complejo e inestable, de modo que los programas de intervención en la economía no eran capaces de captar su complejidad, por lo que la intervención termina siendo más peligrosa que dejar el mercado al *laissez faire*. Entonces, para este paradigma, además de la creencia

²¹Ibídem. Pág. 6.

en la libertad de mercado, es importante mantener la libertad individual como bien absoluto, porque toda intervención estatal, la termina vulnerando.

Con este basamento, es publicado y nace la aproximación del A.E.D. de Ronald Coase, con la publicación del artículo titulado *“El problema del costo social”* en el *Journal of Law and Economics* en el año 1960 de la Universidad de Chicago.

Al modelo que propone la Escuela de Chicago se le conoce como *“modelo de cooperación”*, pues asume que *“ante la ausencia de restricciones legales, los actores tenderán a obrar racionalmente hasta encontrar, para su propio interés, los medios que les permita identificar y aprovechar oportunidades en un esquema de mutuo beneficio”*²².

El éxito de Coase, según Morton J. Horwitz, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, fue realizar un *“brillante contra-ataque teórico a las implicaciones del ala izquierda (intervencionista) de la economía de bienestar (...) Para el tiempo en que Coase escribió, la economía del bienestar había desarrollado un análisis de externalidades que demostraba cómo los costos privados de una actividad eran a menudo menores que sus costos sociales. La contaminación era un clásico ejemplo. La función histórica de la economía de bienestar era, por tanto, justificar instituciones de intervención que forzaba a los actores a internalizar los costos sociales reales de sus actividades. Internalizar las externalidades se había convertido en el eslogan del momento”*²³.

Su trabajo se dirige a demostrar la equivocación de la intervención estatal como solución a las imperfecciones del mercado. Para Coase, los particulares pueden tener mejores incentivos para identificar soluciones eficientes al problema de las externalidades, más cuando son ellos quienes se pueden beneficiar con las ganancias por el hecho de encontrar resultados eficientes, sin que la

²² *Ibíd.* Pág. 22.

²³ *Ibíd.* Pág. 25.

administración pública tenga una ventaja inherente en el papel que le han asignado de resolver externalidades. No importaría la medida que adoptara el Gobierno, o qué decidiría el juez en cada una de las demandas, cualquiera fuera la norma de derecho, en ausencia de costos de transacción, las partes tendrían el mismo incentivo para negociar por sí mismos hacia un resultado eficiente y la asignación de recursos sería la misma.²⁴

Para Coase, la solución óptima a las externalidades es la negociación privada, la cual surgirá siempre y cuando se tengan costos de transacción nulos y los derechos de propiedad estén asignados correctamente. Este planteamiento ha sido conocido como Teorema de Coase, sobre el cual se ofrecerá una explicación más detallada adelante.

Gutiérrez Prieto, también señala que la esencia del razonamiento de Coase es frecuentemente mal entendida, pues de ninguna manera éste ha señalado que los costos de transacción sean cero o que siempre el *laissez faire* esté justificado o que las reglas de derecho sean inútiles. Lo que en verdad señalaría es que “*la comparación entre los costos de transacción es más importante que la presencia de una externalidad y que, en últimas, la eficiencia en la asignación de recursos depende más de esos costos de transacción que de las reglas de derecho nominales*”.²⁵

Pinzón Camargo, tras rastrear los orígenes de esta escuela, concluye que se caracteriza por su fe férrea en mercado como medio para lograr la eficiencia, denotando una posición conservadora que no admite la intervención del Estado en la economía como no sea para fijar marcos regulatorios que promuevan la competencia²⁶.

²⁴ *Ibíd.* Pág. 28.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Pinzón Camargo, Mario A. Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho. Pág. 49.

2.3.2. Las tendencias “Non Chicago”.

Por su parte, el segundo paradigma o “non Chicago”, nace en la Universidad de Yale con la publicación del artículo “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” de Guido Calabresi en el año 1961. Esta vertiente, apoyada más en las aproximaciones de Pigou, parte de un modelo de “*falla en el mercado*”, señalando que los individuos interesados en sí mismos sólo actuarán de modo socialmente benéfico en circunstancias ideales; por lo tanto, es necesaria la existencia de normas legales e instituciones que promuevan intercambios eficientes.²⁷

Este modelo entiende que la metáfora de la *mano invisible* utilizada por Adam Smith únicamente puede funcionar en un mercado en que todos los agentes económicos poseen información completa, están en igualdad de condiciones para negociar y nadie actúa estratégicamente de modo que pueda influir en los resultados de la asignación de recursos que realiza el mercado; sin embargo, cuando alguna o ninguna de estas condiciones se dan, no hay garantía de eficiencia y ocurre, lo que se denomina una “*falla del mercado*”.

En este paradigma la recomendación para corregir las fallas de mercado y dentro de ellas, la de principal ocurrencia en el A.E.D., la externalidad²⁸, es la creación de un cuasi-mercado a través de la intervención gubernamental, consiguiendo internalizar la externalidad, como por ejemplo, la creación de impuesto o de subsidios al productor, en una cantidad igual a la influencia positiva o negativa, según el caso, que tenga en el valor del bien.²⁹

²⁷ Gutiérrez Prieto, Hernando. *Op. Cit.* Pág. 22.

²⁸ La externalidad es la falla de mercado más importante para el *Law and Economics* y ocurre cuando un individuo puede obtener un bien sin necesidad de negociar por él en el mercado, explícita o implícitamente, de modo que tiene un incentivo para consumirlo en exceso. Las causas por las que ocurren estas externalidades suelen ser: a. Porque el bien se encuentra totalmente fuera del mercado, como los recursos ambientales y b. Porque actividades exteriores al mercado influyen, positiva o negativamente en el valor de los recursos que se encuentran en el mercado. *Ibídem.* Pág. 23.

²⁹ *Ibídem.*

En esta línea, la celebridad del trabajo de Calabresi consistió justamente en proponer una regulación sobre el derecho de daños entendida como un mecanismo legal para controlar las externalidades: *“el sistema legal internaliza los costos de estos perjuicios, no a través de impuestos o de subsidios, sino estableciendo un régimen de compensación a la víctima”*.³⁰

A esta vertiente también se le conoce como la Escuela de New Haven, y constituye según Nicholas Mercurio y Steven Medema una escuela progresista o del reformismo legal.

Una característica fundamental de esta escuela según Pinzón Camargo, que le distancia de la escuela de Chicago, es el asumir una propuesta normativa o del deber ser y no positiva, consistente básicamente en utilizar la metodología del A.E.D. para analizar, utilizando las herramientas de la economía, la estructura legal deseable³¹. Sobre la distinción entre las interpretaciones positivas y normativas en el A.E.D. se profundizará más adelante.

La inclusión de criterios de equidad y de justicia también distancia profundamente a la escuela del New Haven de la propuesta de Chicago, que enfoca sus esfuerzos analíticos a la consecución de la eficiencia del mercado.

2.3.3. El Neoinstitucionalismo.³²

Otra corriente de pensamiento al interior del movimiento del *Law and Economics* es el denominado neoinstitucionalismo que concibe la norma como una institución o regla de carácter formal y cuya incidencia en el comportamiento del individuo o de las organizaciones se encuentra determinado por la coherencia que guarde con el sistema de instituciones informales.

³⁰ *Ibíd.* Pág. 24.

³¹ Pinzón Camargo. *Op. Cit.* Pág. 50.

³² La descripción general de esta escuela se realiza con base en el texto “Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho”. Pinzón Camargo, Mario Andrés. Pág. 63 y ss.

Para esta corriente es fundamental el papel que juegan las instituciones, entendidas como reglas de juego en el comportamiento de las personas³³.

El institucionalismo, de cuya fuente bebió en la nueva economía institucional o neoinstitucionalismo, inició con los trabajos de Thorstein Veblen y de John R. Commons, a quien se le debe su nombre.

El trabajo del primero de los autores citados se enfocó principalmente a estudiar la diferencia en los intereses existentes entre los objetivos privados y los sociales, lo cual se presentaba porque el marco institucional está mal diseñado y por tanto, no generaba los incentivos adecuados para alinear el comportamiento humano privado con el cumplimiento de objetivos sociales.

En su concepto, las personas no actuaban sólo con base en el sistema de precios, sino movidos por un conjunto mucho más complejo de instituciones, que le ayudan a desarrollar parámetros de conducta estandarizados para dar respuesta a situaciones similares y repetidas, en las cuales no necesariamente realiza cada vez un proceso de cálculo racional tendiente a maximizar su utilidad esperada.

Posteriormente, con los aportes de Night, quien estudió la incertidumbre que normalmente existe en toda decisión humana y la forma en que las personas responden a ella, permitieron introducir al campo de estudio del neoinstitucionalismo algunos conceptos fundamentales como el “sesgo oportunista”, con el que normalmente actúan las personas, la información asimétrica e incompleta, la selección adversa y los problemas de agencia, que condicionan el comportamiento humano.

Estos primeros aportes, junto con los estudios de Simon, culminarían creando el concepto de racionalidad limitada³⁴, que pregona que las decisiones racionales y

³³ Sobre el concepto de “instituciones” ver Supra. Pág. 27.

maximizadoras de las personas, son limitadas por las instituciones, así como por sus capacidades limitadas para adquirir información, conocimiento y sus posibilidades reales de efectuar cálculos.

Finalmente, con los estudios de John R. Commons, quien centró sus análisis en el estudio del comportamiento humano al interior de las organizaciones, se concluyó que la única forma de alinear los intereses privados con la acción colectiva era a través del establecimiento de reglas de juego por un agente que tuviera el poder coercitivo de velar porque el comportamiento de los individuos se ajuste a las reglas o instituciones. Dicho poder coercitivo tendría que estar otorgado al Estado, quien tiene el deber de corregir las fallas que se presentan en los mercados.

Justamente en esta posibilidad de intervención del Estado en el mercado, radica la diferencia fundamental entre esta escuela y el paradigma clásico o neoclásico, pues el neoinstitucionalismo desdeña del concepto de equilibrio del mercado, y por el contrario, ve en el Estado, un corrector de sus fallas.

De acuerdo con Andrés Roemer, la tendencia neoinstitucionalista apareció *“como resultado del reconocimiento de que el análisis neoclásico típico es demasiado abstracto e incapaz de ocuparse efectivamente de muchos problemas actuales de interés para los teóricos y los formuladores de las políticas públicas.”*³⁵

2.4. ¿Qué son las instituciones?

“Bajo el denominador común de instituciones se ha agrupado un amplio conjunto de sistemas de reglas que regulan la vida social y, en particular, que resuelven

³⁴ Sobre el concepto de *homo economicus* y de racionalidad limitada. Ver Supra. Pág. 38 y ss. Allí se explicarán en detalle el diverso alcance que a estos conceptos se da desde las Escuelas Ortodoxa o de Chicago y el Neoinstitucionalismo.

³⁵ Roemer, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Pág. 42.

*problemas de coordinación dentro de los cuales se destacan los frecuentes dilemas entre las acciones individuales y las colectivas”.*³⁶

Douglass C. North, concibe las instituciones como *“las reglas de juego de una sociedad, o más formalmente las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la intercambio humano, sea político, social o económico.”*³⁷

Las instituciones reducen la incertidumbre porque proporcionan una estructura al comportamiento diario: *“constituyen una guía para la interacción humana, de modo que cuando deseamos saludar a los amigos, manejar un automóvil, comprar naranjas, pedir dinero prestado, (...) o cualquier otra cosa, sabemos (o podemos averiguar con facilidad) cómo realizar esas actividades. De inmediato observaremos que las instituciones difieren cuando tratamos de realizar esas mismas operaciones en un país diferente, por ejemplo, Bangladesh”.*³⁸

Las instituciones puede ser de carácter formal y creadas tales como una Constitución Política o una ley, o bien informales, que normalmente provienen de la información transmitida socialmente y son parte de lo que se denomina cultura. Ambas tienen efecto en el comportamiento de las personas, y por tanto, como se verá, deben ser tomadas en consideración para la construcción de los incentivos necesarios para impulsar los objetivos socialmente deseados.

2.5. Usos positivos y normativos del A.E.D.

El uso del A.E.D. a las instituciones jurídicas puede darse, según una extendida clasificación doctrinaria en análisis positivos y normativos.

El ***análisis económico positivo***, supone emplear la economía para explicar el sistema legal o predecir las consecuencias del cambio. Teniendo en consideración

³⁶ Rubio, Mauricio. *Op. Cit.* Pág. 82.

³⁷ North, Douglass C. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Pág. 13

³⁸ *Ibíd.* Pág. 14.

que la economía cuenta con una teoría de la acción, llamada de elección racional u *homo economicus*, su aplicación a una institución puede ayudar a explicar su funcionalidad apelando a la estructura de incentivos inmersa en una regulación, que puede mostrar su función o racionalidad económica³⁹. En el largo plazo, la aplicación de la Economía a las normas jurídicas terminará dotando al sistema de una racionalidad y coherencia, que será útil a los actores para examinar el impacto del sistema jurídico en las decisiones.

En términos sencillos, los análisis positivos responden a preguntas como: ¿Cuáles son los efectos de una norma?; ¿Qué costos acarrea la consecución del objetivo perseguido por la norma?; ¿Qué efectos produce en el mercado o en la situación económica de los destinatarios?; ¿Se han conseguido los efectos buscados por la norma?

En estos casos, la utilidad del estudio de normas a través de la metodología del A.E.D brinda hipótesis que simplifican la realidad, construyendo modelos a partir de los cuales se puede examinar el comportamiento de los individuos frente a los cambios normativos.

El uso de la teoría económica puede ayudar a predecir la respuesta de los individuos, que se asumen *hombres racionales* a los cambios normativos. Desde esta óptica, las personas serían sensibles a los premios y a las sanciones que contiene el sistema, los cuales estarán en capacidad de examinar, entendiéndolo como un sistema de incentivos o de precios, y adaptar su comportamiento a éste⁴⁰. Así por ejemplo, una serie de sentencias a profesionales de la salud por actos de negligencia profesional debería llevar a que el gremio médico aumentara los niveles de precaución para el cumplimiento de sus deberes; decisiones judiciales y/o administrativas laxas que permitan los abusos de los socios mayoritarios en sociedades cerradas, incentivará a que más de ellos se comporten

³⁹ Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 37.

⁴⁰ *Ibídem.* Pág. 40.

abusivamente; así como una alta sanción moratoria a los empleadores que no paguen los salarios y prestaciones sociales adeudadas al trabajador al momento de la terminación del contrato de trabajo, constituirá un incentivo para que éste pague cumplidamente todos los valores adeudados en ese acto.

El uso positivo del A.E.D. también puede mostrar el modo en que una institución jurídica asigna costos y beneficios entre los actores relevantes, pudiendo tener efectos redistributivos que serían difícilmente identificables utilizando los métodos convencionales del derecho que examina los hechos *ex post*⁴¹, como por ejemplo una regla de responsabilidad civil objetiva por accidentes aéreos, implica, en el fondo una transferencia de ingresos de las aerolíneas a los pasajeros, al igual que una de igual naturaleza en contra de los fabricantes por los productos o bienes defectuosos podría mostrar que los costos que esta norma le supone terminarán siendo asumidos por todos los consumidores, pues la empresa los transmitirá vía precio.

Ejemplos de este tipo de usos se da en las explicaciones sobre la evolución del derecho a la propiedad privada, como instrumento para internalizar los efectos externos del uso común de la misma; o la evolución del derecho de los contratos, como herramienta para generar estabilidad en las relaciones comerciales e incentivar el intercambio de bienes.⁴²

De otro lado, los **enfoques normativos**, corresponden a análisis que se desarrollan con el objetivo de determinar el deber ser de la norma, orientándose más a la producción normativa⁴³, o para sugerir cambios al sistema legal con la finalidad de lograr la eficiencia o cualquier otra meta o resultado deseable, como redistribución de la riqueza, reparto de costos sociales, extensión de la solidaridad, etc.

⁴¹ *Ibíd.* Pág. 39.

⁴² *Ibíd.* Pág. 38.

⁴³ Pinzón Camargo, Mario Andrés. *Op. Cit.* Pág.56.

Existen diferentes niveles de empleo de la economía en el análisis de las instituciones jurídicas⁴⁴.

Normatividad débil (denominación dada por Richard Posner): Recomienda cambios al sistema legal sobre la base de la eficiencia, si bien no en forma exclusiva, sí como valor importante. Cuando se da este tipo de utilización no se está sugiriendo de ninguna manera que la eficiencia sea el fundamento del sistema jurídico, simplemente se le acepta como un valor importante de la institución o sistema que se analiza, pues se encuentra relativamente aceptado que la eficiencia de una institución es preferible a otra que no la tenga. Esta forma de análisis permite la convivencia de la eficiencia con otras reglas de distribución o de justicia que se quieran adoptar, lo que hace al A.E.D. menos controversial en términos morales.

La eficiencia puede ofrecer soluciones bastante aceptables en muchas áreas del derecho, y de hecho, la mayoría de las veces comparte las intuiciones de justicia de las personas. Obsérvese: La regla de reparación integral, que obliga a dejar a la víctima de un daño en la misma posición en la que se encontraba con anterioridad al denominado hecho dañoso, no sólo es aceptada para un jurista como lo “justo”, sino que también es una solución eficiente para que las personas adopten en su comportamiento un nivel de precaución adecuado o regulen el número de actividades riesgosas que ejecutan.

De otro lado, la eficiencia podría ayudar a mejorar las reglas jurídicas, si quien analiza considera importantes las consecuencias de aquellas. Independientemente de que se considere a la utilidad social como fundamento del derecho, el A.E.D. puede coadyuvar en el análisis de una norma, pues siempre resulta importante tener en cuenta sus efectos o consecuencias y constituir una herramienta de utilidad a la filosofía del derecho o moral, mostrando quienes ganarán o perderán con una determinada decisión, cómo alcanzar una meta a

⁴⁴ Las siguientes líneas se escriben con base en Stordeur. *Op. Cit.* Pág. 40-49.

menores costos, o la forma en que se producen los efectos redistributivos de una norma. Por ejemplo, un análisis económico a una regla de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado por daños sufridos por los conscriptos⁴⁵ durante la instrucción o de los presos en centros penitenciarios fijada por una corporación judicial, podría terminar demostrando que dicha actividad, comporta una especie de seguro a las víctimas potenciales o de solidaridad entre los miembros de la sociedad que implica unos mayores costos y que influirá en las actividades de los agentes, en este caso de las autoridades que tienen bajo control dichas actividades del Estado.

Otra función importante que puede cumplir el A.E.D. es ayudar a la medición de los costos asociados al empleo de diversas políticas, lo que permitirá hacer las recomendaciones necesarias para alcanzar los fines que aquellas se han trazado. Diversas normas contenidas en la Ley 1429 de 2010 “Por la cual se expide la Ley de Formalización y Generación de Empleo” podrían demostrar este tipo de usos: los incentivos de exoneración y cobro progresivo de impuesto sobre la renta, industria y comercio, parafiscales y otras contribuciones a los empresarios que creen nuevos empleos para personas que se encuentren en situación de desplazamiento o en condición de discapacidad, contenidos en sus artículos 4 y siguientes, o la simplificación de los trámites liquidatorios de las sociedades comerciales en el evento de no existir acreedores externos regulada en el artículo 25 ibídem., constituyen ejemplos claros de este tipo de enfoques impulsados con la finalidad de incentivar la creación de empleo aligerando cargas tributarias y fiscales y otros trámites asociados al proceso de formalización de un empresario para que genere empleo también formal.

La eficiencia, a veces, no sólo no es discutida, sino que es el criterio orientador de la normatividad. Por ejemplo, Stordeur señala que en materia de procedimientos resulta fundamental la minimización de los costos administrativos por el

⁴⁵ De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española “Soldado mientras recibe la instrucción militar obligatoria”.

adelantamiento de los mismos y del costo del error judicial. Según este autor, podría resultar relativamente fácil poner de acuerdo, tanto al jurista como al economista, en la necesidad de realizar una mayor inversión en el costo administrativo de un proceso penal que en uno de naturaleza civil: en aquel, se exigirá la “certeza” acerca de la culpabilidad del imputado, en tanto que en un juicio civil el estándar de prueba suele ser inferior. La razón de la diferencia: el costo del error judicial en uno u otro caso.

Hay otros usos normativos que pueden resultar mucho menos pacíficos, y por el contrario, muy controversiales, como considerar a la eficiencia como un valor o fundamento mismo de las decisiones sociales y por tanto, de las decisiones judiciales⁴⁶.

Este uso del A.E.D., hace que la Economía deje de ser una metodología de análisis o disciplina auxiliar que ayuda a entender mejor el sistema jurídico, para entrar en terreno más fangosos compitiendo con la filosofía moral, jurídica o política.

El presente trabajo, analizará la reforma legislativa a la conciliación prejudicial en materias civiles y de familia que introdujo el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010. El análisis se hará desde una doble perspectiva: positiva y normativa. La primera, en cuanto se describirán los efectos que intentó producir el aludido artículo 52 en el trámite de las conciliaciones como un incentivo para favorecer la tasa de arreglos, en el objetivo explícito en la ley de descongestionar la administración de justicia. Del enfoque normativo, porque analizadas en la sección 3^a, la presentación de las pruebas en las audiencias prejudiciales y la inclusión de reglas de descubrimiento probatorio, a la luz del A.E.D., del modelo de acción propuesto por la ciencia económica (*homo economicus*), y la forma en que las personas se comportan ante

⁴⁶ Para un análisis detallado de este tipo de usos normativos de la economía al derecho, Stordeur remite al artículo también de su autoría titulado: “Ética, análisis económico y usos normativos de la economía en el derecho”, Revista da Faculdade de Direito UniRitter Vol.9. Porto Alegre, Brasil. 2007.

los incentivos positivos o negativos que las leyes incorporan, se explicará que sus postulados pueden ser de mucha utilidad al momento de diseñar una reforma legislativa orientada a la búsqueda de la eficiencia de la administración de justicia.

Finalmente, es importante señalar que no se asume que la eficiencia sea el único criterio al que se deben orientar los ordenamientos procesales. Una aplicación con tal pretensión, haría perder a la economía el principal atributo por el cual fue seleccionada analizar una institución jurídica: ser una ciencia auxiliar con capacidad explicativa de la conducta humana y del orden normativo como un sistema de incentivos, para intentar reemplazar el campo propio de las ciencias jurídicas, morales o políticas. Lo anterior, sin embargo, no impedirá que se defienda la eficiencia como un objetivo digno de buscar, no como valor o fin último del orden jurídico, pero sí como criterio importante para diseñar políticas públicas o interpretar la normatividad, sino se quiere caer en mayores injusticias a las ya existentes en un contexto social determinado⁴⁷.

Vistos los enfoques bajo los cuales se discurrirá el presente escrito, corresponde analizar cuáles son las premisas que permiten trasladar los postulados de la economía al estudio de las instituciones jurídicas.

⁴⁷Un razonamiento vinculado al criterio de eficiencia no puede ser descartado *a priori* por considerarse amoral. Por ejemplo el derecho de las personas de obtener una pronta y cumplida justicia, que implica que la solución de los conflictos jurídicos sometidos a la decisión judicial se obtenga un tiempo razonable, se encuentra consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia en los siguientes términos: *“Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”*. En aplicación de este texto de la carta, la Corte Constitucional en sentencia T-347 de 1995 emitida con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz reiteró *“el principio según el cual, las decisiones judiciales tardías comportan en sí mismas una injusticia, en cuanto a que los conflictos planteados crean una gran incertidumbre y una deslegitimación de la función jurisdiccional. El artículo 228 de la Carta implica un principio de eficiencia cuando impone el cumplimiento de los términos judiciales por parte de los servidores judiciales, los cuales no pueden, por vía general, eludir su responsabilidad de impartir justicia escudándose en la disculpa de la congestión judicial (...)”*. Luego señaló *“se reitera que la garantía del debido proceso implica el cumplimiento de los términos judiciales”*. Por lo tanto, se defiende que una normatividad procesal, entendida como aquella que regula los mecanismos para hacer efectivos los derechos sustanciales previstos en la ley, sólo podrá predicarse como justa, si incorpora criterios de eficiencia que permitan, se insiste, solucionar en términos razonables los conflictos que los ciudadanos plantean ante la jurisdicción del Estado.

2.6. ¿Cuáles son los supuestos metodológicos de la economía que enriquecen el estudio de las instituciones jurídicas?

Si como se examinó, algunas aplicaciones de la teoría económica también pueden gobernar las decisiones de las personas en ámbitos de no mercado, como el sistema jurídico, queda por preguntarse, ¿Cuáles son los supuestos metodológicos de la ciencia económica que hacen posible su traslado a las instituciones jurídicas?

Para Richard Posner, en el artículo “El movimiento del Análisis Económico del Derecho”⁴⁸, la aplicación de la teoría económica al derecho es posible gracias a dos premisas:

- a. Los individuos se comportan como maximizadores racionales de su bienestar cuando realizan decisiones relacionadas con alguna actividad de mercado. Actúan de igual modo cuando adoptan otras decisiones como casarse o divorciarse, cometer o abstenerse de cometer delitos, ir o no a un juicio, conducir con precaución o no hacerlo, entre muchas otras habituales decisiones que tienen impactos jurídicos.
- b. Las leyes se establecen para imponer precios (o algunas veces para subsidiar) a estas actividades ajenas a algún mercado explícito, cambiando así la frecuencia o el carácter de la actividad. Este tipo de razonamiento está ínsito, por ejemplo, cuando la ley autoriza a la administración tributaria para imponer sanciones por extemporaneidad en la declaración de los impuestos, con la clara intención de estimular el recaudo de los mismos en los períodos en que resulta eficiente para el erario, o si una norma incrementa el valor de las multas a imponer en caso de infracción a las

⁴⁸ Posner, Richard. Artículo: “El Movimiento del Análisis Económico del Derecho”. En: Derecho y Economía: una revisión de la literatura. Andrés Roemer (Compilador). Pág. 227.

normas de tránsito, caso en el que seguramente se está intentando contrarrestar el alto grado de accidentalidad en las vías públicas.

Esta primera aproximación de Posner, considerada “clásica” al interior del movimiento *Law and Economics*, ha sido reformulada, para reconocer que la realidad es mucho más compleja y se ha afinado en un intento de dar explicaciones mucho más cercanas a la compleja realidad que pretende ayudar a explicar.

En este sentido, el profesor Edmund W. Kitch⁴⁹ en una perspectiva más “moderna” señala que las principales contribuciones metodológicas que puede aportar la teoría económica aplicada al estudio del derecho o A.E.D., son las siguientes:

- El ordenamiento jurídico es también un sistema de restricciones (castigos) y recompensas o premios que interactúan con los individuos. Por lo tanto el A.E.D. analiza cómo opera esta interacción con la intención de influir en la conducta de los individuos.
- El análisis científico que ofrece la economía permite identificar el componente sistemático de los fenómenos y separarlo de aquellos aleatorios, permitiendo la generalización, que es útil aún cuando sólo esté en capacidad de explicar parte de la conducta examinada. Así, la economía puede ayudar a superar el estudio caso a caso que es recurrentemente utilizado, principalmente en estados pertenecientes a la tradición del *common law*, proponiendo un modelo más general.
- Existe una fuerte constante en el comportamiento humano de favorecer su propio interés (*homo economicus*), lo que explica que la teoría de precios de la economía pueda ser una herramienta para anticipar la forma en que

⁴⁹ Kitch, Edmund W. Artículo: “Los fundamentos intelectuales del A.E.D”. En: Derecho y Economía: una revisión de la literatura. Andrés Roemer (Compilador) Pág. 55.

los individuos alterarán su conducta con el fin de evitar el “costo de la ley” y obtener beneficios.

- Las leyes producen efectos marginales en la conducta humana: las personas no toman sus decisiones en términos absolutos, y por tanto, responden a los cambios de los precios, sea en el mercado propiamente dicho o en situaciones de no mercado como el de leyes, de modo que ante cambios en el precio de las cosas, se espera que las personas adecúen su comportamiento.
- Los modelos construidos a partir de teoría de precios explica parte, pero no toda la realidad, que es mucho más compleja, y por ello, reconoce que las conclusiones predictivas construidas teóricamente tienen que ser contrastados con estudios que demuestren como es el comportamiento real de los agentes en la sociedad.
- El A.E.D. permite entender que la regulación que se emita no sólo afecta un solo campo del bien o servicio regulado, sino todas o la mayoría de sus dimensiones. Por ejemplo, cuando se emite una norma imponiendo un techo para la venta de un determinado bien o servicio, normalmente los productores responderán disminuyendo su calidad, por lo tanto, la economía puede ayudar a hacer consciente al emisor que se tienen que regular múltiples facetas si quiere cumplir un fin deseado.

La explicación que ofrece Kitch es mucho más cercana al diseño de una política pública actual, que rara vez se estructura soportada exclusivamente en el cambio normativo. Normalmente, el cambio está acompañado de otros frentes de acción como el educativo, la asignación de recursos, actividades de promoción, designación de entidades públicas para hacer seguimiento a la ejecución y control de la política, entre otras medidas, que permiten deducir que hoy empieza a ceder la confianza “ciega” de que la actividad se autorregulará a partir del cambio

normativo; de la mano con él, se articulan muchas actividades estatales y no estatales en orden a conseguir el objetivo social deseado.

Ahora bien, por considerarlo relevante para los efectos propuestos para este trabajo, y constituir las bases sobre las cuales descansan los supuestos metodológicos anotados, será necesario examinar dos conceptos fundamentales del A.E.D.: primero, el modelo de elección racional propuesto por la teoría económica, también conocido como el modelo del *homo economicus*, que no obstante las fuertes críticas que ha recibido, se estima, sigue siendo una modelación útil para describir el comportamiento de los agentes; y segundo, el entendimiento de la ley, en sentido amplio, como un sistema de precios que influye en el comportamiento de las personas.

2.6.1. El *homo economicus* como modelo conductual: concepto y críticas.

Con independencia de la aproximación utilizada en las diferentes vertientes del movimiento *Law and Economics* brevemente descritas atrás, todas utilizan como modelo de elección racional o también llamado *homo economicus*, con algunas variaciones, como se examinará.

El *homo economicus* es aquel que maximiza su utilidad, tratando de obtener los mayores beneficios posibles con el menor esfuerzo. El *homo economicus*, obviamente, no es una descripción de una persona real, sino un modelo, de comportamiento que resulta útil para entender lo que sucede en los múltiples intercambios económicos que se realizan en las sociedades humanas. Dicho modelo asume que los individuos son perfectamente capaces comprender la información relevante y adoptar decisiones alternativas disponibles⁵⁰.

Modernamente se ha entendido que una persona maximiza su utilidad cuando puede satisfacer una mayor cantidad de preferencias, con independencia de

⁵⁰ Pinzón Camargo. *Op. Cit.* Pág. 35.

cuáles sean éstas, sacrificando la menor cantidad de otros bienes o alternativas disponibles y que ello ocurre en el mercado propiamente dicho de bienes y servicios como en cualquier otro ámbito de decisión. La determinación de dichas preferencias y su valoración moral escapan al campo de estudio de la economía, perteneciendo más a la psicología o sociología.

Otra forma de explicar el fenómeno recurre a la racionalidad de los agentes⁵¹: los individuos actúan racionalmente y toman decisiones conscientes de la meta de alcanzar la máxima utilidad, eligiendo las alternativas disponibles que mejor le satisfacen a menor costo de oportunidad.

Este fenómeno explica que la mayoría de las personas, todo lo demás constante, compren los bienes o servicios que menor precio tengan, o que en un viaje en carretera al hacer las filas de los peajes busca ubicarse en donde menos vehículos existan, y así multiplicidad de situaciones pueden sustentar esta hipótesis.

Por lo tanto, afirma Stordeur, si los individuos deciden así y se entiende el ordenamiento jurídico, de forma similar a un sistema de precios o un mercado propiamente dicho, los individuos están en capacidad de adoptar decisiones racionales, comportarse estratégicamente y reaccionar ante los cambios en la normatividad.

Es importante precisar que se trata de un modelo de comportamiento que puede ser útil para la descripción y predicción de la persona humana, pero que no responde necesariamente a la realidad. Se trata de una asunción, pues de hecho existen múltiples estudios que demuestran que las personas no siempre actúan racionalmente, siendo motivados, por las más diversas circunstancias, como

⁵¹ Stordeur, Eduardo. Análisis económico del derecho-Una introducción. Pág. 21.

describe Cass Sunstein en su artículo “*Behavioral Law and Economics*”, o simplemente actúan por repetición de lo que hacen sus congéneres.⁵²

El modelo de elección racional ha recibido severas críticas por considerar que no logra explicar el comportamiento humano, entre las más importantes, las siguientes: a) En realidad, no existe estabilidad en las preferencias de las personas; b) Las personas no siempre utilizan cálculos de razonabilidad esperada al adoptar sus decisiones; c) Los seres humanos, no siempre son egoístas, hay quienes se muestran como altruistas, cooperativos, vengativos, compasivos, etc; y d) La racionalidad tiende a desaparecer cuando en el contexto decisonal las personas enfrentan riesgos.

Respondiendo a este tipo de críticas, el profesor Íñigo Ortiz de Urbina, señala que son totalmente infundadas, porque el modelo del *homo economicus* propuesto por la economía jamás ha afirmado que todos los seres humanos sean racionales o que el modelo esté en capacidad de realizar una descripción perfecta de la realidad, pero lo que nadie puede negar es la capacidad explicativa que puede tener el modelo para el estudio del comportamiento de las personas⁵³.

En similar sentido, Douglass C. North, considerado uno de los padres del neoinstitucionalismo económico, reconoce que aunque muy pocos economistas en realidad piensan que los supuestos conductuales del enfoque económico reflejan fielmente el comportamiento humano, por lo menos sí creen, que sirve para edificar un modelo conductual en situaciones de mercado, al igual que para estudiar la política y las demás ciencias sociales⁵⁴.

⁵² Citado por Stordeur *Ibidem*. Pág. 22.

⁵³ Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. *Op. Cit.* Pág. 322.

⁵⁴ North, Douglass C. *Op. Cit.* Pág. 31.

2.6.1.1. El concepto de racionalidad limitada.

Por su parte, Mauricio Rubio⁵⁵ describe que para matizar las críticas señaladas, el economista Herbert Simon introdujo el término de racionalidad limitada, reconociendo que las capacidades de los seres humanos son finitas: su capacidad de cálculo y memoria están limitadas, y por tanto, las personas fracasan en su intención de maximizar su utilidad. La psicología social y las pruebas empíricas que ha utilizado para sus estudios demuestran que la teoría de la utilidad esperada normalmente no se cumple porque el común de las personas se equivoca incluso con ejercicios probabilísticos simples, o sencillamente los agentes no siempre buscan maximizar su utilidad sino que simplemente quieren algo de satisfacción, y para ello lo que en realidad utilizan es su experiencia, a través de ensayos de prueba y error.

Otro autor, Francisco Augusto Laca Arocena⁵⁶ describe otros sesgos cognitivos como la inclinación o aversión al riesgo o las limitaciones en los recursos para obtener información relevante y evaluarla consistentemente. Relata que el ala tradicional de los economistas se empeñó en mostrar que las personas están divididas en sólo dos grupos: los racionales, que anteponen sus propios intereses; y los no racionales, que anteponen otras consideraciones a su propio interés. Para Laca Arocena esta división no tiene mucho sentido y desconoce los importantes avances de teóricos sociales como Jon Elster o Herbert Simon, economista que recibió el Premio Nobel por sus aportes al estudio de decisiones con base en la racionalidad limitada, continuada por autores como Kahneman y Tversky, que han mostrado que *“la elección racional postulada por la economía neoclásica tiene escasa influencia en las decisiones económicas reales y en sus consecuencias sociales, pese a los manuales de economía”*.⁵⁷

⁵⁵ Rubio, Mauricio, Op. Cit. Pág. 46.

⁵⁶Laca Arocena, Francisco Augusto. Racionalidad limitada en la sociedad del riesgo mundial. Pág. 124.

⁵⁷Ibídem. Pág. 125.

El supuesto central de la economía clásica y los neoclásicos han pregonado que ésta debe estar desprovista de consideración a los valores, y pese a que en el fondo, muchos economistas aún de anteriores generaciones no creían en realidad en el modelo de la elección racional, la verdad es que *“no cuestionaron el dogma de que este modelo es el único posible, quizá porque temían verse excluidos del circuito académico, de las universidades y las mejores publicaciones que desde hace tres décadas divulgan este modelo como el único posible. El temor hace que un economista “deba tener mucho coraje o ser muy temerario para decir públicamente que la doctrina de muchos, quizás la mayoría, de los líderes mundiales de opinión ha abrazado es sencillamente equivocada” (Krugman, 2005)”*.⁵⁸

Para superar estas severas críticas lanzadas al modelo del *homo economicus* se debe agregar la consideración del componente emocional de la conducta humana, al que Keynes llamó *“espíritus animales”*, como la confianza y la desconfianza en el comportamiento económico, reconocer que las personas tienen sesgos psicológicos, que se comprometen con decisiones o que sus emociones terminan afectando sus decisiones.

Las investigaciones modernas de la psicología cognitiva han demostrado que los supuestos de la elección racional no funcionan adecuadamente cuando se trata de elegir entre alternativas confusas, con informaciones contradictorias, además que siendo la vida real dinámica, no es fácil calcular las consecuencias de cada decisión.⁵⁹

Laca Arocena citando los estudios de Klein sobre decisiones en estado de ansiedad, narra a través de un ejemplo la forma en que realmente deciden las personas en este tipo de situaciones: *“En la realidad, a veces todos nosotros nos vemos forzados a decidir en circunstancias que nada tienen que ver con la*

⁵⁸ *Ibíd.* Pág. 127.

⁵⁹ *Ibíd.* Pág. 129.

evaluación serena de alternativas claras que suponen los modelos prescriptivos de elección racional. En situaciones de emergencia, los expertos (jefes de bomberos, médicos con experiencia, etc.) reconocen los patrones característicos de una situación, si los perciben o los conocen, y toman intuitivamente sus decisiones asociando su memoria profesional con el patrón reconocido. Lo que convierte a alguien en un experto en determinadas situaciones no es tanto su capacidad para elegir racionalmente entre alternativas abstractas sino su experiencia profesional para reconocer patrones en esas situaciones. Si las reconoce, recordará lo que debe hacer.”⁶⁰

2.6.1.2. Sesgos cognitivos

El autor citado, resume algunas de las conclusiones más importantes de los estudios de Kahneman y Tversky, conocidos como teoría prospectiva, que han descrito sesgos cognitivos que distorsionan el supuesto de racionalidad, así:

- a) Importancia desmedida a la información inicial que paraliza la búsqueda de más información (anclaje), que lleva al individuo a valorar más la información que confirma su primera impresión y a ignorar la que la contradice.

- b) Efecto marco, sesgo que lleva a las personas valoren más la información por la forma de presentarla que por su contenido.

- c) Las personas experimentan mayor enojo por perder una cantidad de dinero que la satisfacción de encontrar casualmente un cantidad igual, es decir, se ha demostrado que emocionalmente pesan más las pérdidas que las ganancias.

⁶⁰ *Ibídem.* Pág. 130

d) Otro sesgo importante, especialmente para los efectos de este trabajo, es la diferencia que existe entre el valor nominal o de mercado de una cosa y el valor subjetivo que atribuyen las personas a ese mismo elemento según vaya a ganarlo o perderlo.

Así, siguiendo el ejemplo propuesto por Laca Arocena, en una conciliación son conocidos los esfuerzos del conciliador para persuadir a las partes sobre las bondades y/o ganancias de un acuerdo, en un intento de neutralizar la desmedida importancia que da cada uno de ellos a las concesiones que realizan en el marco de la negociación.

La teoría prospectiva ha mostrado que en situaciones de ganancia la gente se torna conservadora, desarrollando lo que se conoce como aversión al riesgo, que harían a las personas más prudentes, en tanto que en situaciones de pérdidas las hace más propensas a asumir más riesgos, con la esperanza de recuperarlas. Este tipo de propensión explica por qué el empresario fracasado es más propenso a contraer mayores deudas con la esperanza de recuperarse, exposición a riesgos que lo llevan a la insolvencia o *quiebra*.

2.6.1.3. El *homo economicus* de la escuela neoinstitucionalista⁶¹.

Teniendo en cuenta las limitaciones de las personas para acceder a más y mejor información debido a todo tipo de restricciones, incluida las presupuestales, las limitaciones cognitivas, sesgos como los atrás comentados, y finalmente la aparición de comportamientos oportunistas, riesgo moral, selección adversa, entre otros fenómenos, el *homo economicus* de esta corriente no es absolutamente racional como sus versiones clásicas y neoclásicas; por el contrario, asume que su racionalidad se encuentra limitada.

⁶¹ Título elaborado con base en las ideas presentadas por Mario Andrés Pinzón Camargo, *Op. Cit.* Pág. 80.

El cambio de paradigma está muy bien resumido en la siguiente cita de David M. Kreps, citada por Roemer⁶²: *“Un individuo completamente racional puede prever todo que podría suceder, para evaluar y elegir en forma óptima entre las diferentes acciones que se le presentan, todo ello en un abrir y cerrar de ojos y sin costo. En cambio, un individuo limitadamente racional trata de maximizar pero le resulta costoso hacerlo; al ser incapaz de prever todas las contingencias, y consciente de dicha incapacidad, toma providencia ex ante para un tiempo (casi inevitable) ex post cuando haya de presentarse una contingencia imprevista”.*

Las limitaciones a la racionalidad humana, también se pueden explicar, en términos económicos, bajo el concepto de “costos de transacción”, el cual será estudiado a profundidad más adelante.

Teniendo en cuenta esta limitación de la racionalidad y reconociendo que el mercado no se ajusta automáticamente para superar sus fallas, las instituciones adquieren un papel fundamental para la tarea moldear el comportamiento de los agentes para conducirlo hacia los objetivos deseados. Además el Estado, con su papel coercitivo es entendido como un agente permanente para lograr el cambio y la superación de las fallas del mercado.

La ley o norma, en sentido lato, dentro del neoinstitucionalismo funcionan como una institución con las funciones ya anotadas; sin embargo, el papel de la ley, puede tener dos tipos de roles, según la opinión de Cooter y Ulen:

-Teorema normativo de Coase: quienes siguen esta postura estructuran la ley de modo tal que se eliminen todos los impedimentos para alcanzar los acuerdos privados.

⁶² Roemer, Andrés. Introducción al análisis económico del derecho. Pág. 46.

-Teorema normativo de Hobbes: quienes pregonan esta tendencia conciben que la ley debe estar orientada a minimizar el daño causado por las fallas de los acuerdos privados.

Se puede fácilmente concluir que la aplicación de uno u otro pueden llevar a estilos regulatorios disímiles: aquellos que pregonan el teorema de Coase, seguramente diseñarán sistema jurídicos que respetan los acuerdos privados y en forma más global, buscarán implementar una economía de mercado que tiende a rechazar cualquier tipo de intervención en las negociaciones de los agentes económicos; por su parte, los seguidores del denominado teorema normativo de Hobbes, seguramente construirán sistemas jurídicos con fuertes medidas restrictivas a la voluntad privada, como podría ser un derecho mercantil con un estricto régimen de pactos inadmisibles a los negocios jurídicos que serían consideradas de orden público e indisponibles por las partes, pues precisamente conciben que el derecho debe estar orientado a la minimización de los daños que pueden generar los acuerdos privados cuando se salen de los límites permitidos.

Con una idea similar, pensadores como Cass R. Sunstein o Christine Jolls justifican la intervención estatal a través de medidas proteccionistas de las personas, pues si pueden tomar malas decisiones, bien porque no pudieron acceder a la información, por limitaciones en su capacidad de cálculo, entre otras razones, el derecho debe facilitar ciertas y castigar otras⁶³.

En la sección cuatro, al estudiar el cambio concitado con el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, se destacará que la norma que obliga a las partes en un conflicto a suministrar las pruebas de sus pretensiones y/o argumentos de defensa, no sólo puede ser entenderse dirigida a la disminución de los costos de transacción que dificultan alcanzar un acuerdo por la ausencia de información relevante, sino también como una forma de protección para quienes asisten a esta audiencia

⁶³ Cita de Andrés Palacios Lleras en artículo su artículo “El análisis económico del derecho en Colombia: a propósito de Mauricio Rubio y su obra”. En Revista Contexto- Derecho y Economía No. 28. Pág. 16.

preliminar, evitando que convocantes y convocados sean objeto de los comportamientos “oportunistas”, que con la normatividad actual pueden desplegar sin que exista una clara prohibición que los evite.

2.6.2. El segundo supuesto fundamental del A.E.D.: Las leyes como sistemas de precios.

Desde la perspectiva de *Law and Economics* el derecho puede entenderse como un sistema de incentivos (factores a favor de una decisión) o desincentivos (factores en contra de la misma) a los que la persona se enfrenta en relación con una decisión específica.

El profesor Lewis A. Kornhauser⁶⁴, ha señalado que el A.E.D. desarrolla una teoría sobre cómo se comportan los individuos o agentes en relación con las normas jurídicas. Antes de su aparición, se asumía que los agentes ajustaban su comportamiento al patrón de conducta establecido por la norma jurídica, de modo que la evaluación de las normas para los juristas se reducía a la investigación de lo que la sociedad requería o deseaba.

Pero con el A.E.D. se ofrece una alternativa de comprensión más compleja, que tiene en cuenta que los agentes rara vez ajustan su comportamiento al patrón normativo, y que por el contrario, exige considerar que la valoración de una norma jurídica debe incluir la evaluación de sus consecuencias, lo que implica “*ver a través*” de ella y descubrir las conductas sociales que es capaz de inducir.

Para que la ley pueda ser entendida como un precio, se requiere del supuesto conductual de la racionalidad económica, según la cual “*en situaciones de elección los agentes muestran la suficiente persistencia, visión y capacidad*”

⁶⁴ Kornhauser, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. En: Derecho y Economía: una revisión de la literatura-Andrés Roemer (compilador).pag. 19 y ss.

*analítica como para estar siempre en condiciones de elegir la mejor alternativa posible”.*⁶⁵

Pero, ¿Cómo influye la norma jurídica en las decisiones de los agentes?. Según Kornhauser, la sanción que provoca la infracción de una norma puede operar como un precio que el potencial infractor enfrenta. El análisis económico de la obligación impuesta en la ley, ayudará a examinar las varias elecciones posibles de un agente.

Los agentes, por lo general, adoptan dos tipos de decisiones:

- a. Deciden la intensidad con la que el agente participa en la actividad generadora de la obligación legal y,
- b. El agente decide si habrá de cumplir con su obligación o infringirla.

Es decir, las leyes imponen un precio a las decisiones de los agentes para proteger un derecho específico contenido en el ordenamiento jurídico, de modo que la decisión de incumplir una obligación resultará de la ponderación relativa al costo del incumplimiento, así como la decisión sobre el nivel o intensidad del agente en la actividad resulta de la magnitud del costo en que incurre como resultado de cumplir o incumplir la norma.

Por su parte, Pinzón Camargo⁶⁶, concluye siguiendo también el trabajo del profesor Kornhauser, lo siguiente: *“si el comportamiento de los individuos conforme a la norma es la excepción y la regla es su respuesta estratégica, su comportamiento puede ser explicado mejor si se interpreta el sistema normativo de manera similar a un sistema de precios. Por tal razón, el papel de la ley es generar señales dentro de un “mercado social”, para que los agentes tomen*

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Pinzón Camargo, Mario Andrés. *Op. Cit.* Pág. 34.

decisiones en función de dichos precios (las leyes) respecto de la oferta y demanda de comportamientos tanto deseables como no, dentro de un conjunto de valores sociales.

La consideración de la ley como un precio, implica necesariamente la aceptación de su incidencia dentro del comportamiento del individuo, de manera similar a como lo pueden hacer un sistema de premios y castigos, siendo esta una forma de orientar y explicar el comportamiento de los agentes (...).”

2.6.2.1. Teoría de precios: herramienta para el análisis del ordenamiento jurídico⁶⁷.

La herramienta de la economía mayormente utilizada por el A.E.D. para el análisis del sistema jurídico es la teoría de precios, que se encarga de examinar el modo en el cual los individuos y organizaciones toman decisiones mercantiles y extra-mercantiles en situaciones en donde existen precios y hay interacciones sociales.

Dicha teoría existe en reconocimiento del problema económico caracterizado por la escasez y el empleo alternativo de los recursos.

La escasez es consecuencia de que los recursos son limitados para la atención del gran número de necesidades que potencialmente deben satisfacer y en el fondo es también una propiedad de la elección, ya que toda decisión supone un costo de oportunidad, es decir, el agente tendrá que renunciar o resignar otras alternativas disponibles. Así por ejemplo, cuando una empresa decide en qué invertirá sus utilidades (en compra de activos fijos o para capitalizar una de sus empresas filiales), si el Estado decide apoyar un programa de subsidio al desempleado o uno de emprendimiento para la generación de microempresas y unidades productivas. Todas las opciones anteriores, implican un problema económico que involucra el denominado costo de oportunidad, puesto que la

⁶⁷ El siguiente apartado se basa en Stordeur. *Op. Cit.* Pág. 57 y ss.

mayoría de veces, optar por una de las alternativas genera la renuncia a la otra opción.

El otro elemento característico del problema económico es la alternatividad en el uso de los recursos, vale decir, cuando éstos pueden ser utilizados para tareas distintas. Por ejemplo, la fuerza de trabajo puede utilizarse para un sinnúmero de actividades.

Reconocido el problema económico, la sociedad debe establecer algún sistema de reglas o instituciones que ayuden a resolver el problema de asignación y producción de los bienes escasos. La mayoría de las sociedades de importante tamaño y complejidad han considerado que el mercado es ese mecanismo que ayuda a obtener información y fija los incentivos para emplear los recursos valiosos, señalando un precio que en general permiten acertar en la toma de decisiones.

Por supuesto, el mercado puede estar o no en equilibrio. En un mercado perfectamente equilibrado, ningún operador, vale decir, oferentes o consumidores tiene incentivos para cambiar su decisión, existiendo un único precio por el bien, lo que trae el equilibrio, pues todos los participantes del mercado concurren en él y cooperan para obtener resultados eficientes. Los economistas, en general, han predicado que para que exista equilibrio en el mercado debe existir muchos operadores, lo que da lugar a la competencia, de modo que ninguno de ellos pueda afectar ni manipular el precio que fija el mercado; al igual que libertad de ingreso y salida del mismo, la existencia de información suficiente en los operadores respecto de los precios, cantidad y calidad de los bienes del mercado. Sin embargo, también se acepta que *“el mercado perfectamente competitivo constituye, (...), un modelo y no una descripción de los mercados reales, pero sirve para efectuar explicaciones y predicciones.”*⁶⁸

⁶⁸ Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 79.

2.6.2.2. Las fallas del mercado.

El mercado imperfecto es más cercano a la realidad de las cosas, pues normalmente no se cumplen las condiciones que se han descrito como requisitos para su eficiencia: competencia, libertad e información perfecta. En un mercado con fallas, alguno de sus participantes se está quedando con una utilidad que en realidad corresponde a otro de los agentes de mercado⁶⁹.

La imperfección del mercado, apareja el concepto de fallas de mercado, entre las cuales se encuentran los siguientes fenómenos: poder de mercado, el monopolio, los bienes públicos caracterizados por la “no rivalidad” y la “no exclusión”, las asimetrías de la información y las externalidades.

A continuación será necesario detenerse en el estudio de las dos últimas, por ser las fallas de mercado más relevantes utilizadas por Ronald Coase para la construcción de su Teorema y necesarias para la construcción de una explicación de una norma jurídica desde la perspectiva del A.E.D., como es el propósito de este escrito. .

2.6.2.3. La asimetría de la información

Para que el mercado funcione correcta y eficientemente requiere que todos sus agentes cuenten con toda la información relevante de los bienes que se transan en él.

Desde la publicación del artículo “The use of knowledge in society” del economista F.A. Hayek, se ha sostenido que el sistema de precios ayuda al agente sin toda la

⁶⁹ Se dice que los mercados imperfectos no alcanzan óptimos paretianos, es decir, en el mercado quedan excedentes o ventajas potenciales del intercambio que no son aprovechadas por los participantes del mercado. Los bienes no quedan asignados según sus empleos más valiosos y quedan excedentes que podrían mejorar al menos a un agente del mercado sin empeoran la situación de los demás operadores. Para mayor profundidad en el concepto óptimo de Pareto consultar Stordeur, *Op. Cit.* Pág. 80 y ss.

información relevante a distinguir entre los productos disponibles e informarlo para tomar una decisión acertada; pero existen casos en que los precios son incapaces de transmitir adecuadamente la información y se llegan a resultados ineficientes. En estos eventos se habla de información asimétrica, bien porque acceder a ella es muy costoso o está mal distribuida.

Siguiendo a Stordeur, se dice que hay asimetría de la información “*cuando en un mercado el vendedor tiene mucha más información que el comprador sobre la calidad de los bienes*”⁷⁰.

Para explicar este problema, la literatura económica usualmente recurre a un artículo clásico titulado “The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism” escrito por George Akerlof⁷¹: en el mercado de los vehículos usados generalmente los vendedores tienen mayor información sobre la calidad de los automotores. Simplificando el modelo de Akerlof existirían dos tipos de autos, los buenos y los malos o “limones”, cada uno de ellos representa el 50% del mercado, es decir, la mitad son buenos autos y la otra mitad limones, lo que equivale a decir que existe un 50% también de probabilidades que el auto comprado sea un limón. Al salir al mercado los vendedores aspiran a vender al mayor precio posible en tanto que los compradores tienen el interés contrario, además quieren adquirir un buen vehículo, pero quien en realidad conoce cuál automóvil se encuentra en buenas condiciones es el vendedor. El modelo supone que existe público para comprar ambos tipos de automóviles: los vendedores de “limones” venden desde \$10 MM y los compradores están dispuestos a pagar hasta \$12 MM; por su parte, quienes venden buenos autos están dispuestos a darlos a un precio de venta de \$20 MM y los compradores los adquirirían hasta por \$24 MM.

⁷⁰ Stordeur, *Op. Cit.* Pág. 84.

⁷¹ El artículo original fue publicado en *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 84, No. 3. Agosto de 1970, Oxford University Press y puede ser consultado en: <http://www.jstor.org/stable/1879431>.

En un escenario como el descrito, sin embargo, los compradores no tienen forma, invirtiendo un suma razonable, de diferenciar cuáles son los buenos autos y cuáles son “limones”; además la información que pueden proporcionar los vendedores no es confiable, porque “normalmente” intentarán aumentar los atributos de sus vehículos para aumentar sus expectativas de ganancia en el mercado.

Si se pudiera idear un mecanismo adecuado para identificar los buenos y los “limones”, los precios de uno y otro podrían discriminarse y el mercado asignaría un precio a cada tipo de automóvil.

Pero como el mercado está dividido en dos partes exactamente iguales de buenos autos y “limones”, y normalmente los compradores no podrán distinguir entre ellos por su precio, un comprador racional debería descontar del precio el equivalente al 50% de probabilidad que tiene de que su vehículo sea un “limón”. Es decir, los compradores tendrán incentivos para pagar hasta \$18MM, que corresponde al precio al que se venden los “limones” y no los autos buenos que tienen un precio de \$20 MM. Por su parte, el consumidor, racional también, tiene incentivos para pagar hasta \$12 MM que corresponde al precio máximo que estarían dispuesto a pagar por los “limones”.

En conclusión, aún cuando existen posibilidades para que los intervinientes en el mercado realizaran mejores transacciones, éstas no se realizan por la ausencia de mayor información, de modo que los precios terminan siendo asignados por el mercado, produciéndose ineficiencias.

Este ejemplo es ilustrativo, y permite entender que las ineficiencias debido a la ausencia de información, son constantes en los diversos mercados en donde una de las partes tiene mucha mayor información y para la otra resulta muy costoso explorar cuál es la calidad del bien. La ineficiencia consiste en que de conocerse toda la información relevante para tomar una decisión se podrían obtener un

mayor número de transacciones provechosas para todas las partes o también podría ocurrir que ni siquiera se alienten a realizar este tipo de transacciones por el temor a perder todo o parte de sus excedentes.

Los economistas, aceptan que normalmente el Estado no cuenta con herramientas regulatorias para obtener que las personas revelen en forma confiable la información, y se confía en que sean las prácticas mercantiles corrijan las prácticas que ocultan la información relevante.

Sin embargo, como se estudiará más adelante para el caso de las conciliaciones prejudiciales, debido a que se trata de un procedimiento previo que la legislación colombiana exige previo al inicio de los procesos judiciales, sí existe la posibilidad de establecer incentivos que influyan en que las partes no oculten información relevante, favoreciendo de esta forma el arreglo de un mayor número de conflictos en ese escenario.

Para concluir el estudio de esta falla de mercado, sólo resta destacar la posición de George Stigler, para quien el problema capital de la información es costo en que deben incurrir los agentes para obtenerla.⁷²

La decisión de adquirir información por parte de agentes racionales depende de que el costo de hacerlo no supere los beneficios esperados de hacerlo. Esto sencillamente quiere decir que un agente decidirá adquirir información por un costo determinado, siempre y cuando ese costo no supere los beneficios que él obtendrá con la información.

⁷²Las ideas centrales de este autor en cuanto a la “economía de la información” pueden ser consultadas en el artículo “The economics of information” publicado en The Journal of Political Economy, Vol. 69, Issue 3. (Jun. 1961), Universidad de Chicago y puede ser consultado en: home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ200/spring01/stigler.pdf.

2.6.2.4. ¿Cómo se enfrenta el problema de ausencia o asimetría de la información desde las diferentes tendencias del A.E.D.?

Ahora bien, reconocido el problema, falta analizar cuál es su tratamiento desde las distintas aproximaciones teóricas analizadas en capítulos precedentes.

Para quienes siguen el modelo de la falla en el mercado, y principalmente para los neoinstitucionalistas, la información imperfecta es en sí misma una falla del mercado que conduce a que las personas hagan cálculos erróneos sobre los costos y beneficios, y en consecuencia, realicen elecciones inadecuadas; por lo tanto, desde esta aproximación, las instituciones públicas deberán asumir medidas contra el fraude y fomentar la información completa a los consumidores.

Desde el modelo de cooperación, propuesto por la denominada Escuela de Chicago, la información incompleta no es más que otra clase de costo de transacción que está presente en las instituciones privadas y públicas. Además la información se considera un recurso valioso y su adquisición tiene un costo, y por tanto, quien no la posea puede pagar por ella. Sin embargo, esta situación, no justifica en sí misma, la intervención del estado; en su lugar, la mejor política será aquella que incentive la eficiente adquisición y disseminación de la información.

2.6.2.5. Las externalidades.

En términos simples, externalidad es el beneficio o perjuicio que recibe un agente económico, sea consumidor o productor, como consecuencia de un acto de producción o de consumo de un segundo agente⁷³. Dichas externalidades pueden causarse de productor a consumidor, de consumidor a productor y entre las mismas categorías de agentes. Pueden ser negativas, como el humo de la

⁷³Miró Rocasolano, Pablo (2002). El teorema de Coase y sus implicaciones según el problema del coste social.”

Disponble en: <http://www.eudmed.net/cusecon/colaboraciones/index.htm>. Consultado el 7 de abril de 2013. Hora: 17:39.

industria metalúrgica que afecta la salud de los ciudadanos del sector vecino, quienes no reciben compensación por el daño que reciben; o positivas, como cuando los hábitos de los consumidores de la tecnología generan mayores presiones competitivas en la industria mejorando la calidad de sus productos.

Siguiendo a Stordeur⁷⁴, se puede afirmar que se trata de un imperfección de mercado porque se trata de un costo o beneficio trasladado en forma gratuita a personas que no forman parte de la transacción que los precios no son capaces de reflejar lo que genera que los intervinientes en el mercado tomen decisiones sin tenerlos en consideración porque no están incluido en los bienes y servicios que están bajo su órbita.

Las externalidades negativas traen como consecuencia que exista una sobreproducción o sobreconsumo del bien, en tanto que terceros asumen las consecuencias de sus propias conductas, sin que el productor de la externalidad tenga que pagar por ello.

Así, por ejemplo, si al empresario no se le obliga a internalizar los costos de los daños a los terceros con la contaminación que produce la empresa, tendrá incentivos en seguir contaminando, porque él sólo asume el pago de sus propios factores de producción.

2.6.2.6. ¿Cómo enfrenta el derecho el problema de las externalidades?

*“La solución al problema de los efectos externos negativos consiste en inducir al productor o consumidor a que se tome en cuenta los costos totales de consumo o producción del bien. De ese modo, se incentiva a que se produzca o consuma el bien en el punto de equilibrio eficiente”.*⁷⁵

⁷⁴ Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 94.

⁷⁵ Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 97.

Podría decirse que “*internalizar las externalidades*” es entonces la misión del derecho, creando incentivos adicionales al sistema de precios para que el productor de la externalidad se vea obligado a tener estos costos en la decisión que tome. Por ejemplo, cuando se fijan tasas ambientales en proporción al volumen de residuos tóxicos vertidos al agua, se está forzando al empresario que contamina a sólo contaminar en un nivel óptimo social, pues a mayor emisión o utilización de los bienes públicos mayores serán los costos que tendrán que integrar a su cadena de valor.

Sin embargo, las formas como el derecho interviene este problema pueden variar según los costos para contratar sean bajo o altos.

Así, cuando el costo de contratar es bajo, la intervención del derecho se queda en el nivel de una mejor definición de los derechos de propiedad o mediante la negociación a través de contratos.

En eventos en que es muy difícil contratar o hacerlo es demasiado costoso, como cuando los afectados por las externalidades son indeterminados o son muchas personas, por ejemplo, las potenciales víctimas de un fenómeno de responsabilidad civil extracontractual o un daño ambiental, se suele recurrir al derecho sancionatorio administrativo o al régimen penal, al establecimiento de impuestos o tasas o fijación de normas de derecho de daños, que le obliguen a los agentes a internalizar estos costos, de modo que sean tenidos en cuenta al momento de adoptar decisiones que pueden tener efectos sobre terceros.

Un excelente ejemplo de una investigación de este tipo, es el trabajo pionero de Guido Calabresi citado al comentar la historia del movimiento *Law and Economics*, en el que se demostró la manera en que un sistema legal basado en un régimen de compensación a la víctima y de culpabilidad del agente puede ser entendido como un mecanismo óptimo para controlar las externalidades, que obligará a las

personas a mantener un nivel de prevención óptimo so pena de tener que internalizar los perjuicios que ocasione su comportamiento descuidado.

2.7. El concepto del Teorema de Coase

En íntima conexión con el concepto de externalidad, Ronald H. Coase formuló lo que más adelante se conocería como teorema de Coase, según el cual ante la ausencia de costos de transacción, las partes inmersas en un conflicto de propiedad tendrían suficientes incentivos para negociar, y en esa medida, la ley ocuparía un papel marginal⁷⁶.

Otra forma como se ha expresado el contenido de este teorema afirma *“si los costos de transacción son iguales a cero o muy bajos y está claramente establecido quién puede emplear los recursos, entonces, la asignación de derechos no afecta la asignación de recursos en tanto la externalidad será “internalizada” corrigiendo las partes la imperfección de mercado, por medio de negociaciones”*⁷⁷.

Siguiendo a Bejarano⁷⁸, se estudiarán las condiciones que exigen las tesis de Coase, para llegar a una negociación óptima en beneficio de todas las partes:

- a. Que exista una precisa asignación de derechos sobre los recursos escasos, tanto en su titularidad como en su contenido.
- b. Que los costos de transacción sean nulos o muy bajos. Por costos de transacción deberá entenderse aquellos *“costos necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma, es decir, no externa, de sus relaciones contractuales. Los costos de transacción serán los costos de*

⁷⁶Pinzón Camargo, Mario Andrés. *Op. Cit.* Pág. 75.

⁷⁷Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 99

⁷⁸Bejarano, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. En Revista de Economía Institucional No. 1. Editorial Universidad Externado de Colombia. Noviembre de 1999. Pág. 161.

*saber con quién se va a contratar, de informar a las demás partes qué se quiere contratar, de conducir las negociaciones, delinear el contrato y exigir su cumplimiento*⁷⁹.

Siguiendo el orden de este concepto, los costos de transacción pueden dividirse en: a) *costos de búsqueda*, es decir, aquel en que incurre una persona para la localización de un socio para el intercambio, “*encontrar a alguien que desee comprar lo que se quiere vender o vender lo que se quiere comprar*”; b) *costos de negociación*, surtido lo anterior, deberá llegarse a un acuerdo entre las partes del intercambio, con el fin de llegar a un acuerdo exitoso, que podría reflejarse por escrito contractual; y c) *costos de monitoreo*, que implica que tras realizada la negociación, las partes tienen que hacer seguimiento a su cumplimiento y castigar las desviaciones al mismo.

Luego, los costos de transacción en cualquier tipo de decisión de mercado o no mercado suponen una limitación con la que deben lidiar las personas, ya que para realizar negociaciones acertadas les resulta imperativo tener información suficiente y relevante, igualando las condiciones de los intervinientes.

Sin embargo, como se ha señalado, la realidad parece confirmar las conclusiones señaladas por Stigler: la información es costosa, así que sólo se podrá acceder a la información que se tenga la capacidad de económica de sufragar. Los desequilibrios que podrán existir por el distinto nivel de información que las personas están en capacidad de obtener, conllevarán, al final, a una negociación desventajosa para quien no obtuvo toda la información relevante, o expresado de otra manera, una transacción no eficiente.

Las restricciones presupuestales en el acceso a la información por parte de los agentes, así como las limitaciones cognitivas, los sesgos, las emociones, los hábitos, entre otras causas descritas atrás, ratifican la concepción del *homo*

⁷⁹ *Ibidem.* pag. 162.

economicus propuesto por la escuela neoinstitucionalista, vale decir, una persona cuya racionalidad se encuentra limitada por la cantidad de información que puede pagar. Dichas limitaciones, dan lugar a que se presenten comportamientos oportunistas como el riesgo moral o la selección adversa. Más aún, aunque no hubieran existido restricciones económicas para acceder a la información, de todas formas, la capacidad de las personas para analizar, interpretar y asimilarla es reducida.⁸⁰

2.8. El derecho como un mecanismo para disminuir los costos de transacción.

Con anterioridad al trabajo de Ronald H. Coase, la opinión prevaleciente, siguiendo las ideas de Pigou era que las externalidades debían corregirse con la intervención del Estado, bien bajo la figura de impuestos para hacer más gravosa determinada actividad y reparar a los afectados, o través de la expedición de marcos regulatorios. Pero Coase, intenta demostrar que la solución legal misma puede llevar a soluciones ineficientes, respecto de la solución a la que habrían llegado las partes de una transacción negociada.

A partir del trabajo de Coase, el sistema jurídico empezó a ser entendido como un mecanismo para intentar eliminar las externalidades y disminuir los costos de transacción. De acuerdo con Stordeur, buena parte de las instituciones centrales del derecho civil, como el derecho de propiedad, los contratos, el derecho de daños, puede ser reconstruido bajo una lógica orientada a corregir estos problemas. En el fondo, todas estas normas establecen incentivos que inducen a las personas a internalizar las externalidades de sus actividades y al mismo tiempo reducir los costos de transacción para realizar negociaciones eficientes⁸¹.

⁸⁰ Pinzón Camargo, Mario Andrés. *Op. Cit.* Pág. 80.

⁸¹ Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 101.

En otros términos, la regla jurídica incide para que las personas entendidas como *homo economicus*, o sujetas a su autointerés, empiecen a tomar sus propias decisiones teniendo en cuenta la afectación a los demás y su propia eficiencia, porque las externalidades le han sido transferidas. Por ejemplo, las normas que obligan al cumplimiento de los contratos y las sanciones anexas, incentivan a los contratistas a actuar lo más cercano posible a lo pactado en el contrato y a tener un nivel óptimo de cuidado, si no quiere pagar por las consecuencias de no hacerlo.

El teorema de Coase también sugiere que las reglas legales pueden disminuir los obstáculos existentes para la negociación privada, estimulando la negociación, vía reducción de los costos de transacción, pues su reducción “lubrica” la negociación.⁸² Pero, cómo puede la ley hacer tal cosa? Una forma puede ser definiendo derechos de propiedad simples y claros, o bien, a través de normas que incentiven a los agentes a suministrar mayor información relevante para una negociación, pues desde esta óptica, parece evidente que es más fácil negociar cuando los derechos son claros o la información es suficiente, que en contextos de indeterminación de derechos o sin ningún tipo de información.

La anterior idea de Coase da lugar a una nueva formulación denominada por Cooter y Ulen como “teorema normativo de Coase”, según el cual se debe *“estructurar la ley de tal modo que se eliminen los incentivos, los impedimentos para los acuerdos privados”*.

Pero cuando estos los costos de transacción son muy altos o no es posible llegar a acuerdos, conforme se examinó, se acude a un concepto distinto, bautizado como teorema normativo de Hobbes,⁸³ estructurando la ley de modo que se minimice el daño que pueden ocasionar las fallas de los acuerdos privados,

⁸² Bejarano, Jesús . *Op. Cit.* Pág. 165.

⁸³ Ver infra. Pág. 46.

utilizando mecanismos como el derecho de daños, los impuestos y tasas, los permisos para determinadas actividades, entre otras respuestas del derecho.

La elección entre uno y otro enfoque, dependerá de la falla de mercado a intervenir y de las opciones políticas adoptadas por los Estados.

Finalmente, se podría afirmar que desde el enfoque ofrecido por el teorema de Coase, el A.E.D. privilegia la idea de que las partes involucradas en una controversia, podrán llegar a una negociación y darse a sí mismas una solución adecuada y eficiente, no siendo concebible que el Estado ni ninguna de sus autoridades puedan imponer una solución *mejor* que la construida entre ellas. Sin embargo, se ha advertido insistentemente que para llegar a un acuerdo eficiente, las partes deberán disponer de la mayor cantidad información posible, pues sólo así podrán visualizar “racionalmente” cuál es el “precio” de su decisión y/o cuál es la opción más eficiente en su elección

Sección 3

El análisis económico del derecho aplicado al proceso civil.

3.1. Acerca de cómo contribuye el proceso judicial a la eficiencia de un sistema jurídico.

Todo proceso judicial tiene inicio en un conflicto jurídico cualquiera sea su clase, el incumplimiento de un contrato, la reparación de un daño, la violación de un derecho subjetivo, la limitación al derecho de propiedad, el ejercicio de un derecho de crédito, en el cual interviene una persona que pretende el derecho consagrado en la norma sustantiva y aquella que se estima destinataria de la norma y obligada a una prestación específica.

Si las condiciones que rodean el conflicto, según se señaló, tienen nulos o bajos costos de transacción asociados, como cuando existe jurisprudencia pacífica sobre el hecho debatido, las partes envueltas en la controversia, siguiendo los postulados del teorema de Coase, podrán negociar privadamente, intercambiando sus derechos en forma eficiente aún cuando ello implique una reasignación distinta a la prevista en la ley. En los casos de acuerdos privados, las partes internalizan todos los costos, sin que el conglomerado tenga que asumir parte de aquellos.

Sin embargo, existirán muchos conflictos que por los altos costos de transacción anejos, llevarán a las partes a acudir a un proceso judicial para dirimirlos. En estos casos, las partes no internalizan en sus patrimonios todos los costos asociados a su conflicto, los cuales inevitablemente terminan transferidos en mayor o menor proporción al conglomerado social, quienes asumen el sostenimiento del aparato estatal, incluida la administración de justicia.

Tradicionalmente se ha entendido que la efectividad de los derechos subjetivos consagrados en la normatividad depende en gran medida de la vigencia, cumplimiento y eficiencia de las reglas procesales⁸⁴.

Así, para que las reglas sustantivas de derecho tengan una verdadera incidencia como un incentivo determinante de la conducta de los agentes de un mercado, cualquiera que éste sea, se requiere que existan normas procesales que garanticen que aquellas se cumplan.

La ineficiencia del derecho procesal inevitablemente termina afectando la definición legal de los derechos sustantivos consagrados también en la ley, lo que terminará ocasionando un mercado ineficiente⁸⁵, o en términos jurídicos, la pérdida del norte del Estado Social de Derecho.

Por ejemplo, si un deudor contractual después de evaluar las posibilidades de resultar condenado en juicio a pagar una indemnización de perjuicios por el cumplimiento desviado del contrato, conoce de antemano que el valor máximo al que puede ser condenado es inferior a su incumplimiento, o que debido a la ineficiencia judicial difícilmente tendría que asumir los costos de su conducta, éste tendrá incentivos para incumplirlo, situación que inevitablemente terminará afectando a todo el sistema.

Ahora bien, las normas procesales pueden ser en sí mismas ineficientes, en la medida en que generen costos privados, sociales, o generen disputas más allá de

⁸⁴ Así, en el Código de Procedimiento Civil de Colombia, se lee en el artículo 4º, el siguiente criterio de interpretación de la ley procesal, en clara consonancia con la utilidad que se destacará del proceso civil para la consolidación y construcción de un sistema jurídico: “*Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos en la ley sustancial*”. Dicho criterio es reproducido en idénticos términos por el artículo 11 de la Ley 1564 de 2012 “*por el cual se establece el Código General del Proceso*”

⁸⁵ De hecho, la literatura económica cuenta con gran número de trabajos que indican que un buen sistema jurídico, especialmente la garantía de los derechos de propiedad y el cumplimiento de los contratos, es una condición necesaria para el crecimiento económico. Para una explicación mayor y referencias a este tipo de trabajos consultar Rubio, *Op. Cit.* Pág. 634 y ss.

lo necesario para definir el punto de derecho requerido para solucionar la controversia.

De otro lado, la norma procesal en sí misma, puede actuar alterando los costos y beneficios de quienes litigan, lo que tendrá incidencia en las decisiones de los “agentes litigantes”, determinando demandas, posibilidades de arreglos, interposición de recursos y en general, típicas decisiones litigiosas.⁸⁶

El sistema de justicia que ofrece el Estado es considerado un bien público teniendo en consideración sus caras funciones para la adecuada convivencia social de las personas, siendo reconocido además que “*no sólo adjudica derechos entre los privados, sino que además permite ofrecer reglas generales que tienen efectos positivos en sobre la comunidad en general*”⁸⁷. Tales reglas de alcance general permiten la cooperación social.

Precisamente, dada su condición de bien público, el sistema judicial colombiano, conforme a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, califica a la administración de justicia como “*parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagradas en ellas*”⁸⁸, erigiendo el acceso a la administración como un derecho de todos los asociados y calificándola de gratuita, con la sola excepción de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que prevea la ley⁸⁹.

La importancia de la función judicial es innegable: muchas de las actividades cooperativas en una sociedad se realizan sin tener que recurrir a los jueces en procura de la solución a los conflictos concretos, y esto es posible, porque la adecuada administración de justicia y adjudicación de derechos genera efectos

⁸⁶ Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 370.

⁸⁷ *Ibíd.* Pág. 371.

⁸⁸ Artículo 1º de la Ley 270 de 1996.

⁸⁹ Artículo 2 de la Ley 1285 de 2009.

aún en quienes no son sujetos del litigio, enviando incentivos a todas las personas sobre cómo serían juzgados si no actúan conforme a las reglas de derecho que regulan sus comportamientos. De allí, que la administración de justicia sea un bien público, que funcionando correctamente, transfiere beneficios a toda la sociedad, rebasando el de los intereses privados de quienes litigan.

Sin embargo, el que se le considere como bien público, y por tanto, financiado por el Estado, convierte a la justicia en presa de lo que los analistas económicos del derecho denominan “*viajeros gratuitos*” o “*free riders*”, es decir, aquellas que no utilizan adecuadamente el servicio, en razón de que otros lo están financiando, sin que aquellos tengan que asumir los costos reales de su operación. La gratuidad de la justicia acrecienta este fenómeno y de allí, que algunas estrategias de descongestión judicial se enfoquen a introducir algunas cargas económicas a los usuarios de la justicia, con el propósito de ayudar a sufragar los gastos del sistema⁹⁰. Las reglas que permiten litigar sin que los usuarios de la justicia asuman al menos parte de sus gastos, puede llevar a que se litigue en una cantidad superior a la eficiente⁹¹.

A esta altura es válido cuestionar, cuáles son los principales costos que describe la literatura del A.E.D. asociada a los procesos judiciales. Respondiendo a este interrogante, Stordeur⁹² señala dos: Primero, el costo social del proceso, es decir,

⁹⁰ En este sentido la Ley 1285 de 2009 que modificó la Ley Estatutaria de Administración de Justicia introdujo en el sistema judicial colombiano el concepto de arancel judicial, que luego sería desarrollado con mayor profundidad con la expedición de la Ley 1394 de 2009 “*por la cual se regula un (sic) arancel judicial*”, como una estrategia de descongestión judicial que pretende que los usuarios de la rama judicial sean partícipes de algunos de sus costos, cuando ventilen procesos ejecutivos, en las condiciones previstas en estas normas.

⁹¹ En casos extremos, la gratuidad de la justicia puede terminar ocasionando la que se ha llamado “*tragedia de los comunes*”, término que de acuerdo al concepto esbozado por Germán Coloma, se utiliza para hacer referencia a un problema de eficiencia que tiene lugar cuando existe un recurso común que es utilizado por varios agentes económicos de manera conjunta, sin que ninguno de ellos pueda excluir a los demás. Estos suele generar efectos negativos recíprocos, originado en el hecho de que las acciones de cada agente económico le crean costos a los demás agentes, sin que las mismas conlleven la necesidad de compensar monetariamente a los perjudicados. Este fenómeno, entonces termina siendo un problema de sobreexplotación de un recurso común. Coloma, Germán. Análisis económico de los derechos de propiedad. En: Análisis Económico del Derecho. Viviana Kluger (compiladora). Pág. 179.

⁹² Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 374 y ss.

la sumatoria de los gastos administrativos como el pago de empleados judiciales, renta de edificios, computadores, el costo de la sustanciación de los procesos, entre otros. De lo anterior, podría inferirse una primera conclusión: el costo del proceso será directamente proporcional a su duración. Segundo, el costo del error en la decisión judicial, cuya existencia puede resultar difícil de establecer dada la ausencia de un modelo de “perfección legal”, se pueden construir consensos sobre lo que es correcto o incorrecto: así por ejemplo, se entiende correcto que las deudas se paguen, que los contratos sean cumplidos, que las penas de los delitos sean efectivamente impuestas o que los daños sean efectivamente reparados. Por ello, para aquellos casos en los que se juzgan hechos muy sensibles o en los que los costos del error son más graves, se admite una mayor inversión en evitarlo que otros en donde la sociedad estaría más dispuesta a lidiar con ellos. Es por ello, por ejemplo, que para los procesos de carácter sancionatorio y muy especialmente, los penales, se conceden muchas más oportunidades probatorias, audiencias, recursos, y en general, oportunidades de defensa a los imputados, con mayores costos administrativos, que las otorgadas para procesos judiciales más “*simples*” como la ejecución de un título valor. Los intereses en juego, por lo tanto, también tendrán una incidencia decisiva en el diseño legislativo del proceso judicial en que se ventila una u otra pretensión.

3.2. ¿Por qué es más eficiente un acuerdo privado?

Teniendo en cuenta las dos categorías de costos analizados, podría afirmarse que los arreglos extrajudiciales son más eficientes que los procesos judiciales, por las siguientes razones. En primer lugar, se reduce el costo del error judicial, teniendo en consideración que son las mismas partes quienes llegan privadamente a un acuerdo sobre sus conflictos, reafirmando que “*las partes tienen una mejor información sobre sus preferencias que las que pueden tener el legislador o el juez que busca una solución normativa*”⁹³. También disminuye el costo administrativo de un juicio, porque hay ahorros en la sustanciación del proceso, en el pago de

⁹³ Solá, Juan Vicente. Coase y la decisión judicial. Pág. 14.

funcionarios judiciales y honorarios de abogado, menor uso de la infraestructura estatal, entre otros; arribando a la conclusión de que, en general, el acuerdo privado es más “barato” que asumir los costos de un litigio.

Ahora bien, ¿Qué condiciones deben cumplirse para que las partes puedan arreglar la disputa extrajudicialmente en lugar de acudir a un juez del Estado para resolverla? El profesor Eduardo Stordeur, señala que el A.E.D. ofrece un modelo que ayuda a explicar, cuáles serían dichas condiciones⁹⁴:

El primer elemento a considerar es la existencia de “*un precio que mejora a ambas partes*”, es decir, debe existir un excedente que las partes puedan distribuir, de modo que si el precio mínimo que el demandante está dispuesto a aceptar para renunciar a su ejercicio de acción ante los jueces es mayor que el precio que el demandado está en disponibilidad de pagar, las partes acudirán a juicio; pero, si el precio máximo que el demandado está dispuesto a ofrecer es mayor que el precio mínimo que estaría dispuesto a aceptar el actor para desistir de su demanda, normalmente, existirá arreglo. A mayor amplitud del precio que se reserva cada parte, más probable será el acuerdo.

El punto está en determinar cómo se fijan los precios en este tipo de situaciones: dependerá de las estimaciones que hagan las partes respecto de la ganancia o pérdida esperada del proceso.⁹⁵

En el siguiente apartado, se analizará con mayor detenimiento la forma en que los “*agentes litigantes*” fijan los precios de un proceso: a partir de la premisa de la racionalidad, aquellos deberían tomar en consideración los costos y beneficios del arreglo frente al pleito. Su decisión debería depender básicamente de sus expectativas de ganar o de perder el caso, según la información relevante con la que cuenten.

⁹⁴ Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 376.

⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 377.

El segundo elemento a considerar será la asunción de los costos del litigio, los que variarán según la política fijada por cada legislación estatal. Por ejemplo, si acudir al sistema judicial es muy caro⁹⁶, se favorecerá el número de arreglos y viceversa.

Sin embargo, lo realmente determinante para adoptar una decisión será el optimismo que tengan las partes respecto del resultado del proceso. Para realizar el cálculo de probabilidad de éxito, es también fundamental gozar de la existencia de una interpretación estable por parte de los jueces: si el conflicto en ciernes cuenta con una regla de derecho decantada por la jurisprudencia se facilitará el arreglo, pero si se trata de hechos nuevos, controversiales o en los que han existido contradicciones entre los propios jueces, las partes no se verán, en principio, interesadas en conciliar.

Un tercer elemento determinante es “*la frecuente costumbre de exagerar el valor de la amenaza o las defensas, según el caso, antes del pleito, durante el proceso de negociación*”⁹⁷, aptitud que puede atacarse aumentando el flujo de la información con la que cuentan las partes, ya que ésta ayuda a llevar a sus justas proporciones el optimismo de las partes con que se enfrentan a una negociación.

Según Stordeur, la necesidad de información, “*puede explicar la regla por la cual en muchos sistemas procesales se exige, en una audiencia inicial, que las partes*

⁹⁶ Entre los costos de un proceso pueden enumerarse, entre otros, los de presentación de la demanda, de producción de la prueba, de honorarios al abogado, impuestos o tasas para el acceso a la justicia. La forma en que éstos a su vez se distribuyan también puede tener incidencia en el número de procesos. Por ejemplo, Eduardo Stordeur señala que diseños legislativos como el proceso judicial laboral argentino que implica que la empresa demandada tenga que asumir mayores costos que el demandante e incluyo el costo de producción de algunas de sus pruebas, puede conducir a un mayor número de procesos. Ahora, el sistema según el cual todos los costos judiciales se trasladan a quien es vencido en juicio, puede ser útil para desincentivar las demandas temerarias o carentes de fundamento. Finalmente, las legislaciones que estipulan que cada parte asume sus propios costos con independencia del resultado del juicio, puede llevar a ineficiencias, especialmente cuando hay una marcada disparidad entre ellas, pues aquella parte con mayor capacidad económica o técnica podrá estar en mejor condición que otras de acceder, manipular u ocultar información relevante para el proceso, forzando a arreglos ineficientes a los menos favorecidos económicamente. Stordeur. *Op. Cit.* Pág. 390.

⁹⁷ *Ibidem.* Pág. 379.

*revelen mutuamente la existencia y los alcances de aquella prueba que está a su disposición y cuyo conocimiento podría permitir un acuerdo consensuado”.*⁹⁸

Justamente, esta necesidad de información relatada por Stordeur es la privilegiada en la reforma introducida en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 a la conciliación prejudicial, ordenando a las partes a presentar las pruebas documentales con las que se cuenta al momento de la audiencia, so pena de no poderlas utilizar en el juicio y la obligación del juez de no valorar aquellas, que estando en su poder, no fueron presentadas en dicho escenario de negociación. Sobre este punto se volverá más adelante.

Un cuarto elemento que incide en la decisión de conciliar o litigar es el monto del proceso: *“el litigio es más probable mientras mayores sean los intereses en juego”.*⁹⁹

Finalmente, existen otros elementos que pueden ser determinantes para adoptar una posición sobre llegar a un arreglo extrajudicial o acudir a un proceso, tales como la propensión o aversión al riesgo de uno de los litigantes, los efectos sobre su reputación, efectos negativos en otros litigios, o ciertos sesgos que ha descrito la psicología experimental que ha mostrado que a pesar de partir de la misma información, cuando a un individuo se le asigna el rol de demandante tiende a asignar una probabilidad más alta de ganar un litigio que a quien se le pide ser demandado. El contraste se observa que cuando no se asigna ningún rol como actor o demandado, desaparece el sesgo. Lo anterior ocurre porque las personas interpretan la información en forma contextual.¹⁰⁰ Todos los fenómenos descritos, ratifican el modelo de racionalidad limitada asumidos en secciones atrás como punto de partida para el presente análisis, los cuales, no obstante su influencia en

⁹⁸ *Ibidem.*

⁹⁹ *Ibidem.*

¹⁰⁰ Para una explicación más amplia sobre los otros aspectos que afectan la decisión de “arreglar” o “litigar” ver Stordeur, *Op. Cit.* Pág. 381 y ss. Las limitaciones, sesgos y demás fenómenos que inciden en la decisión confirman el concepto de racionalidad limitada propuesta por el neoinstitucionalismo.

la decisión de conciliar o ir a juicio, no serán estudiados por rebasar el propósito de este escrito.

El reconocimiento de los denominados “arreglos privados” como un mecanismo eficiente para solucionar los conflictos, no puede ser entendido como una oposición a la solución judicial a los conflictos, la cual, pese a sus mayores costos, otorga enormes beneficios para la cooperación social, lo que constituye en sí mismo un motivo de orden superior para la justicia estatal como un derecho fundamental de todas las personas.

Por ello, este estudio no pretende ser un discurso a favor de la privatización de la justicia o una defensa para reducir la intervención de los jueces en la solución de los conflictos sociales a su más mínima expresión. Tampoco se propugna eliminar los litigios, ello es imposible. Se defiende llegar a un equilibrio en el que se le permita a la sociedad seguir contando con un adecuado sistema de justicia que le permita a los jueces concentrar sus esfuerzos en aquellos asuntos de interés para toda la colectividad y que por su novedad, complejidad o falta de consenso judicial¹⁰¹, son susceptibles de ayudar a la consolidación del sistema jurídico, resolviéndose en escenarios prejudiciales, aquellos conflictos que dados sus nullos o escasos costos de transacción no requerirían de la intervención judicial.¹⁰²

¹⁰¹Posner señala que el papel de los tribunales de segunda instancia cumple dos propósitos fundamentales en esta tarea: 1) se reduce el costo del error judicial y 2) ayudan a generar reglas de derecho uniformes que hacen más predecible el sistema legal, lo que debería contribuir a disminuir la tasa de litigios. Posner, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Pág. 907.

¹⁰² En esta vía pueden entenderse soluciones normativas con una clara orientación hacia la eficiencia del sistema judicial, que pretenden concentrar la acción de las autoridades judiciales en aquellos eventos en que realmente se requiere de su intervención. Por ejemplo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagró en artículo 102 (Ley 1437 de 2011) la denominada extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de la autoridades, que pretende que los efectos de las sentencias de unificación que dicha autoridad emita sean reconocidas a las personas que se encuentran en los mismos supuestos fácticos y jurídicos planteados en sus sentencias de unificación. Dicha figura permitiría que el interesado realice la petición directamente a la autoridad competente, de los efectos de aquellas sentencias emitidas por esta autoridad le sean extendidos sin tener que acudir a un proceso judicial, aunque de hecho se consagra una acción con un procedimiento mucho más expedito que los procesos ordinarios para acudir al Consejo de Estado, en caso de negativa de la autoridad destinataria de la petición.

3.3. ¿Cómo influye la información en el curso del proceso?

Los elementos señalados tienen incidencia fundamentalmente en la decisión inicial de iniciar o no un proceso, pero uno de ellos, lo seguirá teniendo durante todo el curso del mismo: la información relevante.

La información actúa como un elemento que obliga a las personas durante todo el proceso a reconsiderar sus expectativas a medida que avanzan sus etapas, afectándose el grado de optimismo en forma positiva o negativa, según el caso, lo que debería en principio facilitar el arreglo. Según Stordeur “*las partes recalculan el valor esperado de la sentencia actualizándola con la nueva información*”¹⁰³, y por ello, normalmente, los sistemas procesales siguen permitiendo la posibilidad de “arreglar” el litigio en cualquier etapa del proceso.

El curso del proceso arroja información importante para las partes, quienes pueden conocer con mayor detalle sus propias fortalezas y/o debilidades, las de su opositor, las pruebas con las que cuentan, su contundencia y alcance para demostrar los hechos que fundamentan su posición.

En el caso colombiano, de hecho, se observa que en materia civil, seguramente reconociendo la regla anotada por Stordeur, las posibilidades de conciliación son amplias teniendo en cuenta que existe el requisito de procedibilidad de intentar la conciliación prejudicial por exigencia de la Ley 640 de 2001, oportunidad que se repite en la audiencia prevista en el artículo 101 del C.P.C., y también consagrada en la audiencia inicial prevista en la Ley 1564 de 2012 “Código General del Proceso”, artículo 372. Además de lo anterior, no existe ningún impedimento procesal para que las partes de común acuerdo soliciten al juez de la causa una nueva audiencia con fines de conciliación, o incluso, transen sus diferencias fuera del proceso, y luego sometan el acuerdo a la convalidación de la autoridad.

¹⁰³ Stordeur, Eduardo, *Op. Cit.* Pág. 382.

No obstante, no debemos dejar de considerar que la pérdida de expectativa de ganancia de una de las partes, constituirá el aumento de la otra, por lo cual, normalmente, quien con el avance del proceso haya ganado más altas probabilidades de éxito exigirá un mayor precio para solucionar el conflicto en forma negociado, y esto podría distanciar a las partes del objetivo de conciliar. Lo anterior, permitiría explicar por qué puede conciliarse más fácilmente un litigio en sus fases iniciales que estando el expediente en curso de una apelación.

3.4. El valor de la información para adoptar la decisión de conciliar o ir juicio.

Bajo las tesis del A.E.D., al derecho le compete introducir cambios que procuren la promoción de la eficiencia, y en este sentido las medidas que tienden a minimizar los costos de transacción, deberían ser acogidas.

También el énfasis que pone el A.E.D. en el acceso a la información resulta evidente, pues para la teoría económica, el comportamiento de las personas diferirá según la cantidad de información que lograron obtener: poseer información relevante o conocimientos de igual naturaleza posibilita más una negociación, o bien es una manifestación para tener poder de negociación, y siendo agentes racionales, les permitirá adoptar las medidas preventivas necesarias. Cuando se está en un escenario contractual, por ejemplo, la parte que conoce la información velará por la inclusión de cláusulas especiales que prevea la circunstancia conocida, o en un escenario de conflicto, dicha información podrá ser definitiva, al momento de decidir si se va o no un juicio.

Refiriéndose a la importancia de la información en el denominado contrato perfecto, la profesora Lidia María Rosa Garrido Cordobera explica que *“muchas veces la carencia de información de ambas partes es origen de conflictos o de ambigüedades que impiden avanzar con la negociación pero es incuestionable*

*que, en otras tantas, uno de ellos puede utilizar la información para demostrar superioridad o para confundir al otro sujeto*¹⁰⁴.

La información tiene relevancia también porque le permite a las partes involucradas en una negociación sopesar con mayor grado de certeza los costos de oportunidad que dejan a un lado al tomar una decisión, sin tener toda la información necesaria para hacerlo.

En otras palabras, como atrás se sostuvo, la nula o escasa información relevante para tomar una decisión conduciría a resultados ineficientes, pues priva a los agentes de realizar transacciones que le eran más provechosas, quienes se abstienen de hacerlas por el desconocimiento real de su situación.

Según lo expuesto, deberían privilegiarse todos aquellos mecanismos que faciliten a las partes acceder a más información y de mejor calidad para adoptar sus decisiones, en la medida en que esto les podrá evitar costos de transacción, especialmente, cuando se enfrenten a la decisión de conciliar o no un conflicto determinado.

En efecto, la proclividad a conciliar dependerá de las expectativas que cada parte tenga acerca del resultado que espere del juicio: si ambos estiman que tendrán el resultado buscado, no habría muchas posibilidades de arreglo; por el contrario, se haría una mayor inversión en ir a juicio. Parecería, entonces, una franca contradicción al Teorema de Coase que controversias con bajos costos de transacción ínsitos vayan a juicio, poniendo en movimiento el costoso aparato judicial del Estado, en lugar de negociar voluntariamente las diferencias en una transacción mutuamente beneficiosa.

¹⁰⁴ Garrido Cordobera, Lidia María Rosa. "La negociación contractual y el análisis económico". En: El análisis económico del derecho. Viviana Kluger (compiladora). Pág. 147 y ss.

Según Posner, teniendo en cuenta la racionalidad de los implicados, es probable que cada una de las partes trate de hacer más creíble su ofrecimiento sustentándolo en información que le respalde o evitando suministrar información que pudiera denotar falta de solidez en la negociación. Debido a esta realidad, considera que las reglas del procedimiento que exijan el descubrimiento de pruebas antes de ir a juicio pueden tener una incidencia directa en la tasa de arreglos o transacciones alcanzados¹⁰⁵.

3.5. La razonabilidad económica de las audiencias preliminares con presentación de las pruebas.¹⁰⁶

Las audiencias que tienen lugar normalmente antes de iniciar un juicio *“tienen mucho sentido económico, no sólo porque ayudan a eliminar el error de las decisiones judiciales, sino que permiten que las partes moderen su optimismo y facilita el arreglo”*¹⁰⁷.

Los contactos que inicialmente tienen las partes previo a empezar el trámite judicial se basan normalmente en intentar generar pesimismo en la contraparte, en robustecer la propia posición e incluso exagerar acerca de la extensión del daño y sus efectos, pues esto le podría acarrear un arreglo más beneficioso. Este tipo de contactos se realizan en la esfera privada de negociación, y por tanto, no existen reglas formales para el intercambio de la información, por lo cual, ésta es presentada a su oponente no en forma íntegra sino seleccionada según convenga a la posición, de modo que la estrategia de la negociación normalmente se

¹⁰⁵Posner señala que este tipo de normas pueden tener un efecto positivo en los arreglos en la medida en que compelen a un intercambio completo de información entre las partes que les permitirá hacer una estimación más correcta acerca del resultado del caso que se sometería a discusión judicial. Posner, Richard. *Op. Cit.* Pág 862 y ss.

¹⁰⁶Para el estudio de la figura del denominado descubrimiento probatorio, su funcionamiento en el *common law* y la descripción acerca de cómo favorece la llegada a acuerdos extrajudiciales desde una perspectiva del A.E.D., se sugiere consultar los siguientes artículos: Sharing information prior to settlement or litigation, de Steven Shavell; Litigation and settlement, de Bruce L. Hay y Kathryn E. Spier; Does discovery promote settlement? An empirical answer, de Kuo Chang Huang; y An economic model of legal discovery, de Robert D. Cooter y Daniel L. Rubinfeld.

¹⁰⁷ Stordeur, Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 383.

enfocará en dar mucha importancia a las pruebas que fundamentan su posición, restándole o incluso dejando de presentar aquellas que van en contra de sus intereses, todo con la finalidad de intentar disminuir las expectativas de éxito del contendor.

La ausencia de reglas en las etapas de negociación privada, y también aquellos sistemas procesales que no regulan la problemática, puede dar lugar a estrategias oportunistas, que lleven a las partes de la negociación a no enseñar todas las pruebas que dan fundamento a sus pretensiones o defensa, según el caso, o a guardarlas para “*sorprender*” al oponente en el juicio.

Este tipo de problemas según la opinión de los analistas económicos del derecho puede mitigarse con la regulación de las denominadas audiencias preliminares al proceso judicial que regulan la oportunidad de presentar las pruebas en “*tiempos establecidos, bajo determinadas formalidades, bajo riesgo de luego no poder usar esa información durante el proceso*”¹⁰⁸.

Richard Posner, por ejemplo, se muestra proclive a aceptar la utilidad de una norma procesal de descubrimiento obligatorio para forzar a las partes a suministrar aquella información que en escenarios de negociación privada, no tendría incentivos en revelarla, señalando que este tipo de normas evitan que las partes “egoístas racionales” dejen de revelar “pruebas sorpresa” que le favorecerían en el juicio y que dejarían sin argumentos a su contendor¹⁰⁹.

El que las personas usualmente se comporten siguiendo los esquemas del modelo del *homo economicus* explica, según Eduardo Stordeur, la tendencia de varios sistemas procesales de exigir a las partes al inicio del proceso que revelen o “descubran” la información privada, exhiban las pruebas, se interroguen, etc., que luego presentarán en el juicio, cerrando el paso a comportamientos estratégicos

¹⁰⁸ Cita de Stordeur al trabajo de Bruce L. Hay, “Civil Discovery: Its effects and optimal scope”. *Journal of Legal Studies*, Vol. 23, 1994, ps. 481-515.

¹⁰⁹ Posner, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. Pág. 864.

como la escogencia selectiva de la prueba, tan usual en escenarios de negociación privada.

Modelar el comportamiento esperado de una persona que actúe bajo los supuestos del *homo economicus*, ante un conflicto en el que existe una regla procesal que regule la presentación de pruebas extrajudicialmente, y otro escenario en que una regla equivalente no exista, puede resultar muy ilustrativo sobre la forma en que la presentación de las pruebas puede incidir en la decisión de las partes de acudir a un juicio o conciliar sus diferencias en la arena extrajudicial.

Habría de esperarse que ante una negociación privada se produjera cierto intercambio de información, aunque recurriendo al modelo de agente racional podría anticiparse que las partes guarden algunas pruebas que pueden estimar “estratégicas” para usarlas en un eventual juicio.

Cuando no hay normas que obliguen a presentar las pruebas que pretenden hacerse valer en el eventual juicio, vale decir, no hay incentivos para revelar la información, en el supuesto del elector racional, habrá de esperarse que cada parte revele únicamente las pruebas que tienen una utilidad promedio para su contrincante, reteniendo información durante las negociaciones privadas y reservando aquella que a su juicio pueda tener un valor estratégico, pues puede prever que en caso de fracasar las negociaciones ésta prueba (información) será muy valiosa porque la contraparte no ha tenido oportunidad de prepararse para una adecuada réplica.

Pero si se introduce una norma que obligue a la presentación de pruebas en una negociación, con la sanción procesal de no poder utilizarla en el eventual proceso judicial que se siga en caso de fracasar la negociación, el efecto podría variar sustancialmente. Obsérvese:

En este evento ambas partes deberán tener en consideración que únicamente las pruebas que se presentan en el curso de la negociación mediada por una regla de descubrimiento probatorio, podrán ser posteriormente usadas en juicio, lo que les permitirá descubrir por ejemplo que la posición de su contraparte es realmente más sólida y “*probada*” de lo que la información privada le había sugerido, pues el demandante había ocultado “*la prueba reina*” por razones estratégicas. De esta manera, un demandado que lograra conocer sus escasas probabilidades de ganar el juicio dada la contundencia de la prueba que él no tendría posibilidades de contrarrestar con su despliegue probatorio dentro del proceso, debería ser más proclive a la solución del conflicto sin acudir a los jueces.

Adicionalmente, la exigencia de presentar las pruebas en el marco de las audiencias de descubrimiento, tendría también como efecto beneficioso que cada parte fuera mucho más cuidadosa en su estrategia de defensa desde el inicio, dado el mayor flujo de información desde las diligencias preliminares del proceso, tenderán a bajarse los costos de transacción. De otro lado, en un escenario caracterizado por la ausencia de reglas de descubrimiento probatorio, las pruebas y el eventual resultado de su práctica, únicamente sería conocido por los intervinientes bien avanzado el proceso judicial, cuando los demás costos del proceso judicial han avanzado, lo cual, según se vio dificultaría las posibilidades de arreglo por toda la “inversión” que el proceso ya les ha implicado a las partes.

Las normas de descubrimiento probatorio también podrían reducir los casos de demandas temerarias, pues el enfrentamiento y contraste de las pruebas desde antes del procedimiento judicial, les permitiría anticipar más fácilmente su alta probabilidad de pérdida ante la deficiencia de las pruebas de cargo y/o la contundencia de la prueba de la defensa. Sin embargo, tratándose de solicitudes consideradas temerarias, tendría que regularse adecuadamente el procedimiento, pues los “*demandados*” se podrían ver avocados a asumir los costos de defensa o de producción de las pruebas para ratificar sus impresiones iniciales de temeridad, los que sin una reglamentación adecuada para las solicitudes temerarias,

terminarían siendo asumidas por aquellos, sin haber existido una pretensión verdaderamente sólida en contra suya.

A continuación se explicará, a partir de un ejemplo, cómo en el caso concreto la existencia de información desde el inicio del conflicto puede ser determinante para obtener una solución óptima:

Una persona que por período de aproximadamente dos años ha padecido un fuerte dolor crónico en su codo derecho acude al consultorio de un médico especialista en ortopedia en búsqueda de tratamiento para paliar su dolor. El médico tratante le examina físicamente y tras ordenar los análisis de rutina concluye fundado en su experiencia que el dolor que experimenta el paciente podría tener alivio con un procedimiento quirúrgico innovador. El paciente es intervenido, aparentemente sin ninguna complicación médica y se le da de alta del centro hospitalario al día siguiente. Tras tres días, el paciente acude al médico para su control postquirúrgico, manifestándole que siente dolor intenso en la zona cercana al procedimiento. El médico le examina sin ordenar ningún examen especial y le receta algunos analgésicos fuertes, recomendándole tranquilidad pues el dolor, es un efecto secundario normal de la cirugía que cede con el tiempo.

A los pocos días el dolor del paciente se incrementa notablemente, quien acude a otra institución en la que de inmediato le toman una radiografía a la zona de la cirugía descubriendo que tiene alojada en su hombro una tijera quirúrgica, la cual es retirada y puesta en custodia para efectos de una eventual reclamación. Sin embargo, el alojamiento de este elemento extraño en el hombro del paciente produjo un corte de varios tendones que le hizo perder en forma definitiva la movilidad de tres de sus dedos.

El paciente acude de nuevo al médico que practicó la primera intervención quirúrgica, para reclamar por los daños que experimentó, a lo cual éste le indicó

que su versión es absurda, pues en su concepto es imposible que le hayan extraído una tijera y que se trata de delirios suyos, pues el dolor post-quirúrgico, es habitual, es más, muy fuerte en la mayoría de los casos. En dicha reunión, el paciente no presenta las radiografías ni las copias de las notas quirúrgicas del otro cirujano que le retiró las tijeras. Por su parte, el médico enseña al paciente las notas quirúrgicas y de enfermería, en la que consta que el procedimiento se realizó sin ningún tipo de complicaciones y que según el conteo de las instrumentadoras, todos los instrumentos de cirugía quedaron en custodia en la Sala de Cirugía, y que por lo tanto no podía ser cierta su afirmación de haberse alojado una tijera en su hombro (en realidad el médico no se había tomado siquiera el trabajo de hacer un inventario al instrumental quirúrgico, en el cual, efectivamente faltaba las tijeras que terminaron alojadas en el hombro del paciente. Por lo tanto, no obstante el acercamiento inicial, las partes del conflicto no llegan a un acuerdo.

¿Por qué en este ejemplo las partes no llegaron a un arreglo? Muchas podrían ser las respuestas, ego profesional, exceso en las pretensiones, expectativa de tener una mayor reparación en el juicio, entre otras razones, pero también podría hallarse una explicación en las limitaciones que tuvieron para acceder a la información cada uno de los involucrados, quienes en lugar de revelar más información que estaba disponible o realizar un mayor esfuerzo en este escenario para fundamentar su posición, se limitaron a mostrar mayor solidez a su propia posición de reclamante o defensa, según el caso.

En ausencia de normas procesales que obliguen a las partes a suministrar toda la información disponible, posiblemente el demandante podría querer ocultar las pruebas porque estima que logrará una mayor indemnización en el juicio, pues está seguro que ante la contundencia de los hechos el médico será condenado. Este evento, podría suceder igualmente que el médico con las pocas averiguaciones que realizó previamente a su entrevista personal con el paciente, no hubiera realizado todas las gestiones necesarias para percatarse que en la sala

de cirugía de su clínica sí hacían falta las tijeras que terminaron alojadas en el hombro de su paciente.

Pero si existiera una norma que le obligara a la partes a suministrar la información en forma previa, tanto del demandante como el demandado serían mucho más rigurosos en la presentación de su estrategia de acción o de defensa, porque asumirían que no podrán presentar pruebas distintas tras apertura del juicio. Adicionalmente, en el caso examinado, si el médico hubiera conocido la información que sí tiene el demandante (prueba fehaciente de que las tijeras extraídas de su hombro es parte del instrumental de su consultorio, pues dicho elemento tiene los logotipos de la clínica propiedad del médico), se vería muy proclive a solucionar el litigio, pues estaría en capacidad de prever una muy alta probabilidad de ser condenado en un juicio. De no existir reglas como la comentada, podría llegarse al absurdo de desgastar a la administración de justicia en un litigio, que de haber contado con toda la información relevante desde el inicio habría podido negociarse privadamente con menores costos sociales asociados.

Este sencillo ejemplo puede revelar qué tanto puede favorecer la existencia de una norma procesal que favorezca el intercambio de información entre las partes de una negociación previa al juicio, con el propósito de llegar a una solución óptima.

La vigencia de una norma procesal en el sentido anotado podría incentivar a las partes a realizar un trabajo mucho más riguroso en la búsqueda y selección de las pruebas que utilizarán en las audiencias preliminares, pues concedores de un regla que le impida presentar posteriormente las pruebas en el juicio siguiente, tendrán que limitar o incluso eliminar comportamientos oportunistas como intentar la presentación de las denominadas pruebas “sorpresa” o la negligencia en la recolección de los medios probatorios en esta primera etapa, ya que no hacerlo, podría menguar sus posibilidades de defensa en el futuro proceso judicial.

Por último, se insiste en que este tipo de reglas favorece el acceso de las partes a mayor cantidad de información relevante del futuro proceso, quienes podrán decidir con mayores elementos de juicio y llevar a sus justas proporciones las probabilidades de éxito o pérdida, que terminarán siendo fundamentales para adoptar la decisión de “negociar” o litigar.

3.6. ¿Puede la conciliación prejudicial favorecer los arreglos previos a un juicio?

También los analistas económicos del derecho han sostenido que los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pueden ser medios óptimo para ayudar a favorecer la tasa de arreglos.

Según Posner¹¹⁰ los obstáculos más usuales a que un acuerdo se alcance directamente entre las partes, son los siguientes:

- a) Razones estratégicas que evitan que las partes muestren sus cartas, dificultándoles medir la solidez de sus posiciones para facilitar un arreglo;
- b) Las partes no ofertan en una negociación, por temor a que dicho ofrecimiento pueda ser entendido como muestra de debilidad en la posición que llevaría al eventual juicio;
- c) Las personas que concurren a una conciliación hacen propuestas de arreglo que tienen puntos de partida de ensueño, es decir, por encima de lo que demuestran sus pruebas o de lo que los jueces usualmente reconocerían en un juicio, y;
- d) Los abogados que usualmente acompañan a las partes no siempre están interesados en obtener un arreglo, bien porque pueden ganar mayores

¹¹⁰ Ibídem. Pág. 868 y ss.

honorarios en el litigio, o porque estiman que arreglar es una muestra de debilidad de las pretensiones en juicio, o daña su reputación porque tiene un buen record de éxitos judiciales, entre otras razones¹¹¹.

Comentando las posibilidades que ofrece la mediación para superar algunos de los obstáculos señalados que dan lugar a que fracase una negociación, Posner estima que la posición neutral de un mediador, que escucha las posiciones de las partes y su posibilidad de hacer propuestas de arreglo, más convincentes que aquellas que provienen de la otra parte, puede ayudar a favorecer los arreglos¹¹².

En efecto, de la mano de Posner¹¹³, se analizará cómo puede el mediador ayudar a la solución de los problemas señalados:

1. Teniendo en cuenta que los mediadores pueden sostener reuniones con las partes por separado y sus discusiones son confidenciales, lo más probable es que ellas sean más sinceras con el mediador de lo que serían ellas negociando directamente; el mediador, conociendo la verdad de ambas versiones podría convertirse en un agente que ayude a poner en su real dimensión las expectativas de las partes, de modo que ellas puedan

¹¹¹ En términos más generales el conflicto que se suscita entre un cliente y su abogado es el denominado **problema de agencia o mandato**, que “surge cuando el bienestar de una de las partes denominada el mandante (“principal”), depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado mandatorio o agente (“agent”). El problema radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de que aquel obre en su propio interés.” En Reyes Villamizar, Análisis Económico del Derecho. Pág. 65 y ss. Utilizando palabras del profesor Reyes Villamizar, el problema radica en que el mandatario, en nuestro caso el abogado, está mejor informado que el mandante respecto del encargo en particular o del negocio, tratándose también de una patología originada en la existencia de información asimétrica entre los intervinientes en la transacción, los cuales únicamente podrán ser superadas por el mandante incurriendo en costos para aumentar la información y/o el control de las decisiones del mandatario o “agent”. En este sentido al A.E.D. corresponde fijar incentivos adecuados y suficientes para “alineal” la conducta del mandante a lo que más le conviene al mandatario. Desde otra perspectiva, según Martín Esteban Paolantonio, el problema de agencia se verifica cuando las decisiones recaen sobre sujetos diferentes de los que adoptan tales decisiones. Ver. El análisis económico del derecho y la estructura societaria, Pág. 211. Esta visión no resulta excluyente a la ya expresada, y puede verificarse fácilmente también en la relación abogado-cliente, pues las consecuencias de un buen o mal arreglo, las sufre directamente el agenciado, no tanto el patrimonio del abogado.

¹¹² Posner, Richard. *Op. Cit.* Pag. 868 y ss.

¹¹³ Ibidem. Pag. 869 y ss.

convergir en una estimación común del resultado que podría tener el caso en caso de llevarse a juicio y tener incentivos para llegar a un acuerdo en este escenario. Así, cuando el mediador realiza una propuesta a una de las partes, ella inferirá que la propuesta formulada incluye la información que transmitió la otra parte al mediador¹¹⁴.

2. Como el mediador puede autónomamente y sin revelar su origen, realizar propuestas, ninguna de las partes se enterará si aquel realizó una propuesta que tuvo origen en su contraparte o propiamente suya, de modo que no queda en evidencia la “debilidad” de presentar una primera fórmula de arreglo que preocupa normalmente a los involucrados en una controversia. También, el mediador puede ser un medio para realizar propuestas “encubiertas”, es decir, realizadas realmente por una de las partes, lo que favorece la realización de propuestas que bajo el supuesto del autointerés que acompaña a las personas, no se haría directamente.

3. Las partes pueden hacer sus ofertas “*de ensueño*” al mediador tratando de mostrar fortaleza, pero el mediador no está obligado a transmitirla a la otra, de esa manera ninguna de las partes se ve inducida a señalar su fortaleza rehusándose a retroceder de una posición de negociación extrema que no favorece los arreglos.

4. El mediador, puede solicitar reunirse directamente con los involucrados en el conflicto y sin presencia de los abogados, lo cual puede ayudar a diluir los problemas de agencia.

No obstante las ventajas que el autor describe a la figura de la mediación, también destaca la tensión que encuentra entre este mecanismo alternativo de resolución

¹¹⁴ Posner señala que las propuestas del mediador tienen el riesgo de que la información suministrada por la partes sea alterada por éste, de modo que una de las partes podría estar entregando información considerada estratégica que no habría transmitido si se hubiera comunicado en forma directa con su contraparte. *Ibíd.* Pág. 870.

de conflictos y el teorema de Coase, pues en principio deberían negociar directamente, pero no deja de reconocer que podría tener un efecto muy beneficioso en la reducción de las cargas de trabajo judiciales¹¹⁵.

¹¹⁵ *Ibidem*. Pág. 870.

Sección 4

La medida adoptada por legislador colombiano para favorecer el suministro de la información en la audiencia de conciliación prejudicial.

4.1. El artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, ¿Descubrimiento probatorio en las audiencias de conciliación prejudicial en materias civiles y de familia?

Según lo expuesto, serían varias las razones para considerar que la mediación, y en caso colombiano, la conciliación cuya reglamentación se acerca mucho más al mecanismo que describe Richard Posner¹¹⁶, puede ser un mecanismo eficaz para llegar a un acuerdo que evite el desgaste del aparato judicial en aquellos casos en que dados los bajos costos de transacción se pueden solucionar mediante el arreglo directo entre las partes con la intervención de un tercero imparcial. Similares razones, deberían permitir privilegiar en el ordenamiento jurídico, cualquier mecanismo procesal que facilite a las partes acceder a más información y de mejor calidad, pues ésta ayudará a tener mayores elementos de juicio para adoptar racionalmente una decisión. La tendencia internacional, según se señaló, es incorporar reglas de descubrimiento probatorio en audiencias preliminares al juicio en las que las partes involucradas en un conflicto deben presentar las pruebas que dan fundamento a sus pretensiones o a su defensa, so pena de no poder utilizarlos en el eventual proceso que se adelantara.

Pues bien, al parecer con un propósito similar al comentado, el legislador colombiano aprobó la Ley 1395 de 2010 *“por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”*, que introdujo múltiples reformas en prácticamente todos los procedimientos judiciales y actuaciones ante organismos

¹¹⁶ Aunque a nivel normativo podrían trazarse líneas divisorias entre la conciliación y la mediación si se toman en consideración las definiciones legales contenidas para cada institución en la Ley 446 de 1998, la realidad es que en nuestro contexto, se puede hacer una equivalencia entre la conciliación a la figura de la mediación descrita por Richard Posner para el sistema estadounidense. De otro lado, es importante, señalar que la figura de la mediación no tiene una completa reglamentación en el ordenamiento jurídico colombiano.

administrativos de Colombia, dentro de las tres estrategias señaladas en el proyecto de ley que le dio origen: “(i) *La desjudicialización de conflictos*; (ii) *La simplificación de procedimientos y trámites*; y (iii) *La racionalización del aparato judicial, para hacer más efectiva la justicia*”¹¹⁷.

De los múltiples cambios que introdujo la aludida ley, se destaca el incorporación de una especie de descubrimiento probatorio en la audiencia de conciliación prejudicial, introduciendo el parágrafo segundo al artículo 35 de la Ley 640 de 2001, que obligaba al interesado a que junto con la solicitud referida a materias civiles o de familia dirigida al conciliador, aportara “*copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso*”, con igual obligación para el convocado a la audiencia de conciliación, señalando que de fracasar ésta, en el eventual proceso que se promueva no serían admitidas las pruebas que estando en poder las partes no hubieran sido aportadas en el trámite de la conciliación¹¹⁸.

Si bien, al revisar los antecedentes legislativos que dieron origen al artículo comentado no es posible identificar una referencia directa a los postulados del A.E.D., resulta innegable, que corresponde a una reforma para robustecer la operatividad de la figura de la conciliación, de modo que dejara de ser vista según exponían los promotores del proyecto de ley como una etapa formal, un paso más que debía agotarse en el camino de llegar a la jurisdicción dada su condición de requisito de procedibilidad para la mayoría de los procesos de conocimiento,

¹¹⁷En la exposición de motivos se señaló expresamente que las estadísticas del Departamento Administrativo Nacional de Estadística mostraban un aumento creciente de la demanda de los ciudadanos a la administración de justicia, pese a los esfuerzos hechos por el propio legislador para fomentar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y disminuir la congestión judicial como la mora en los despachos judiciales. Punto 5.1. citado en la sentencia C-598 de 2012, Corte Constitucional.

¹¹⁸ El texto de la modificación tenía el siguiente tenor: “**Artículo 52. El artículo 35 de la Ley 640 de 2001 quedará así: Artículo 35. Requisito de procedibilidad. (...) Parágrafo 2º. En los asuntos civiles y de familia, con la solicitud de conciliación el interesado deberá acompañar copia informal de las pruebas documentales o anticipadas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el eventual proceso; el mismo deber tendrá el convocado a la audiencia de conciliación. De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder.**”

aumentando los incentivos, o si se quiere, el precio, para que las partes presentaran las pruebas que pretendan hacer valer, en una figura que pareciera combinar las denominadas audiencias de descubrimiento probatorio, hasta ahora no conocidas en el trámite de los procesos judiciales, con las audiencias de conciliación que tienen una tradición y aceptación mayor en el medio colombiano.

A través de la norma introducida, retomando unos de los presupuestos fundamentales de la teoría del A.E.D. según la cual, las normas influyen en el comportamiento de las personas, el legislador colombiano dada la gran cantidad de convocatorias a audiencias presentadas únicamente para cumplir con el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción, o el poco interés de los convocados en evaluar las posibilidades de un arreglo eficiente, quiso crear un incentivo para que las partes aportaran las pruebas que tuvieran consigo al momento de la audiencia, como una forma de obtener mayor información y contar con mayores elementos de juicio, para negociar un conflicto.

Para este objetivo, aumentó el “precio” que existía en la legislación anterior, en la que llevar las pruebas a esta instancia era una mera facultad de las partes, sancionando a quien no lo hiciera con la imposibilidad de utilizarlas en el eventual proceso que se tramitara.

El acceso a una mayor información para evaluar la posición de cada parte, en esta hipótesis, no sólo permitiría aumentar las posibilidades de arreglos en los casos individualmente considerados (porque se vuelve más barato acceder a la información del otro), cumpliendo el presupuesto fundamental del teorema de Coase, sino que también generaría un mayor beneficio social, disminuyendo la litigiosidad que vive el sistema judicial colombiano.

4.2. Correcciones que introdujo la medida legislativa y sus ventajas.

Se ha asumido que las personas actúan bajo el modelo de acción descrito por la teoría económica, conocido como *homo economicus*, vale decir, no como un ser infalible en su capacidad de realizar cálculos estrictamente racionales, sino por el contrario, como una persona con limitaciones económicas, cognitivas, sesgos, ideologías e impulsada también por las emociones, los sentimientos, la cultura y en un forma más amplia, por las instituciones. Todas estas limitaciones conducen a que las personas del mundo real, tengan serias dificultades para adoptar decisiones “racionales” y “eficientes”.

Desde la perspectiva neoinstitucional se ha destacado la importancia excepcional de las instituciones para dirigir al colectivo a obtener los cambios socialmente deseados, bajo el entendido que un buen sistema institucional ayuda a la definición de las negociaciones entre las personas buscando la reducción de los costos de transacción.

En la problemática estudiada, ese objetivo socialmente deseado que emana de las constantes reformas a las normas que regulan los procedimientos en Colombia y de las denominadas leyes de descongestión judicial, han buscado hacer de la administración de justicia, un sistema eficiente, en el que sólo aquellos conflictos jurídicos con altos costos de transacción involucrados tengan que ser sometidos a la decisión de un juez del Estado y los demás se solucionen en otros escenarios como los propiciados por los mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

A través de la norma comentada, se pretendió incentivar a las personas a colaborar en el mejor desarrollo de las conciliaciones prejudiciales, quienes no cooperaban en buscar un acuerdo eficiente, haciendo de estas audiencias simples etapas formales que deben agotarse para acceder a la administración de justicia y sin ninguna utilidad real para descongestionarla.

Tomando en consideración que las personas tienden a actuar como sujetos de autointerés, a las normas jurídicas les corresponde la construcción de instituciones que canalicen su comportamiento a revelar aquella información que no divulgarían como no fuera por la existencia de un incentivo. Para ello, entendiendo la ley como un precio, se introdujeron sanciones a las partes que no se dirigen en el camino deseado por la Ley.

En términos económicos, el legislador colombiano a través de la introducción de la norma contenida en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, que modificó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, intentó producir un efecto marginal, es decir, modificar el precio de las elecciones y sancionar las conductas oportunistas de quienes intentan callar o guardar información relevante en los escenarios privados de negociación.

Ínsito en la reforma está el esfuerzo de corregir las fallas en la información que existían en el diseño institucional de la conciliación prejudicial, que dificultan, según se analizó, que las partes puedan hacer cálculos más acertados acerca de las probabilidades de éxito de su respectiva posición, creando un incentivo para que las partes convocante y convocada pudieran conocer las pruebas que harían valer en un eventual proceso, reduciéndose los costos de transacción para adoptar la decisión de conciliar o ir a juicio, con el objetivo final de favorecer el número de arreglos en sede extrajudicial.

De otro lado, el artículo comentado, al obligar a las partes inmersas en un conflicto a suministrar las pruebas que respaldan sus pretensiones y/o argumentos de defensa en la audiencia de conciliación prejudicial que se celebre, no sólo puede ser entenderse dirigida a la disminución de los costos de transacción que dificultan alcanzar un acuerdo por la ausencia de información relevante, sino también como una forma de protección para quienes asisten a esta audiencia preliminar. La modificación introducida podría proteger de comportamientos abusivos u “oportunistas” de los involucrados en el conflicto, que con la normatividad actual

pueden desplegar sin que exista una clara prohibición que los evite. Desde el punto de vista de la protección de los convocados, la exigencia de presentación de pruebas, favorecerá que se presenten reclamaciones debidamente fundamentadas, con el soporte probatorio pertinente, disminuyendo el número de convocatorias temerarias. Los nuevos deberes de búsqueda y presentación de pruebas podrían ser un buen filtro para aquellas convocatorias que podrían tildarse de “oportunistas”, en el sentido de que no están sustentadas probatoriamente, de modo que sólo aquellos que en realidad tienen aspiraciones reales de demandar acudirán a este mecanismo, pues aquellos que no lo hagan desde el inicio tendrán, en principio, dificultades ante la falta de correspondencia entre las pruebas aportadas en la conciliación y las de la eventual demanda que instaure. Desde la óptica de los convocantes, la presentación de las pruebas que pretenda utilizar para su defensa el citado, evitaría que existan negativas a arreglar inconsultas o la aparición de “pruebas sorpresa” en el juicio, pues con la regla incorporada en la Ley 1395 de 2010, aquellos medios de prueba que estando en su poder a la celebración de la audiencia preliminar deberán ser aportados en ese momento, so pena de que en etapas posteriores del proceso no puedan ser utilizados. También, un análisis con mayor fundamento a las pretensiones o a la posición de la defensa, puede ayudar a hacer ahorros a las partes, quienes gozando de mayor información podrán tomar decisiones eficientes, evitando gastos mayores en un proceso, como honorarios a abogados, tarifas legales, costas, entre otros, que podría no tener posibilidades reales de éxito.

En resumen, la presentación de las pruebas con anterioridad al juicio, podría tener los siguientes beneficios:

- Pueden aumentar la probabilidad de los arreglos, debido a que las partes pueden contar con mayor información relevante para anticipar el resultado probable del juicio.

- Permiten soluciones a más bajos costos de transacción, porque el litigio se soluciona en forma más temprana.
- Minimizan el costo del error judicial, teniendo en cuenta que las partes conocen mejor sus propias preferencias. Ninguna sentencia, por acertada que sea, podrá interpretar mejor el sentir de una solución construida directamente entre las partes. Sobre esta base, están edificados todos los mecanismos de resolución de conflictos.
- Suministra al juez mayor información para decidir el proceso, en caso de fracasar la negociación.
- Las partes pueden resolver sus diferencias a más bajos costos privados, ahorrando costos tales como honorarios de abogado, de producción de la prueba, tasas judiciales, y muy especialmente, en menor tiempo.
- Simultáneamente se reducen los costos sociales, reservando a la administración de justicia del Estado, aquellos casos por su complejidad o discrepancia en el alcance o definición del derecho sustantivo, en verdad requiera la decisión judicial, cuya definición en el futuro también estimularán la producción de acuerdo privados más eficientes.

4.3. Revisión de constitucionalidad de la medida: sentencia C-598 de 2011.

La nueva exigencia contenida en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, no tardó en ser impugnada por un ciudadano ante la Corte Constitucional¹¹⁹, señalando que la obligación de aportar las pruebas que tuviere en su poder, so pena de no poder

¹¹⁹La demanda de inconstitucionalidad contiene acusaciones por violación a los principios de consecutividad e identidad flexible del artículo enjuiciado en el trámite legislativo, los cuáles no serán analizados porque no guardan ninguna conexión con el tema de este escrito. La demanda también enjuicia la constitucionalidad del parágrafo 3º de la misma norma, que tampoco será estudiada por referirse a las facultades de los procuradores delegados ante los jueces administrativos para inadmitir las solicitudes de conciliación prejudicial ante la ausencia de alguno de los requisitos previstos en la ley.

hacerlas valer en el juicio implicaba restricción excesiva que vulneraba el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Explicó que en las conciliaciones civiles y de familia, dado su carácter auto-compositivo, no se requiere la representación de un abogado, por lo cual, si la parte no se hizo acompañar de uno durante este trámite puede resultar gravemente afectado su derecho, pues un error en este trámite traería la grave consecuencia de no poder presentar la prueba en el juicio¹²⁰.

Concluyó su argumento indicando que los juicios probatorios son propios de los abogados, de modo, que con normas como la introducida, la conciliación se volvería una discusión técnico jurídica, lo que va en contra de la esencia de esta figura alternativa de solución de conflictos.

Admitido el juicio por la Corte Constitucional, todos los intervinientes, excepto el Procurador General de la Nación, entre ellos, varias de las más destacadas universidades del país, coadyuvaron con similares argumentos, la posición del accionante, agregando que la conciliación es un procedimiento, no un proceso, de modo que resulta extraño agregar un atributo que es propio de éste último como es la etapa de confirmación de la prueba, lo cual resultaría aún más extraño si se tiene en consideración que el conciliador no administra justicia, no adjudica derecho, y por tanto, tampoco valora el acervo probatorio para tomar una determinada decisión.¹²¹

¹²⁰ Sustentó que la exigencia a aportar las pruebas, hace del trámite conciliatorio un pequeño juicio al cual la parte que comparece sin abogado llegará con una desventaja, pues no sabría cuáles documentos de los que tiene en su poder pueden ser considerados pruebas, cuáles de las pruebas esgrimidas por su contraparte tienen mayor valor probatorio en un proceso judicial, cuáles no puede hacer valer, etc., concluyendo que todas estas valoraciones propias del derecho probatorio, son materia de post grado en las facultades de derecho y no están al alcance del ciudadano común que comparece ante conciliador, bien como convocante, bien como convocado.

¹²¹ Argumentos expuestos por el profesor Gabriel Hernández Villareal, Director de las Especializaciones en Derecho Procesal y en Derecho Probatorio de la Universidad del Rosario al atender la participación extendida por el Tribunal Constitucional para participar en el debate de constitucionalidad.

Por su parte, el Procurador General de la Nación, solicitó a la corporación, declarar la exequibilidad de la norma, bajo el entendido que la obligación de aportar las pruebas que se tenga en su poder al momento de realizarse la audiencia de conciliación prejudicial, era una exigencia razonable, pues esta información sirve como un elemento de juicio para que las partes puedan tener un conocimiento completo y adecuado del conflicto¹²².

La Corte Constitucional se pronunció en forma definitiva sobre el asunto a través de la sentencia de constitucionalidad **C-598 del 10 de agosto de 2011**, dictada con la ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Centró el problema en determinar si la exigencia impuesta a las partes de aportar en la conciliación las pruebas que tengan en su poder, so pena de no poder presentarlas en el proceso judicial, resultaba o no una carga excesiva que lesiona los derechos de acceso a la administración de justicia, el debido proceso y derecho a la defensa.

Reconoció la Corte que en materia de diseño de procesos judiciales el legislador goza de libertad de configuración, limitada únicamente por los principios de razonabilidad, proporcionalidad, progresividad y no regresión, estos dos últimos bajo el entendido que los derechos fundamentales también tienen una faceta prestacional que una vez alcanzada se convierte en un límite para aquella.

Tras revisar los mecanismos utilizados por la jurisprudencia constitucional comparada, entre ellos, los esquemas europeos y norteamericano, la Corporación optó *motu proprio*, por la utilización de un test integrado de constitucionalidad

¹²²El Procurador General de la Nación en el concepto que presentó ante la Corte Constitucional indicó lo siguiente: *“se trata de una exigencia razonable, que se ajusta al ordenamiento superior, toda vez que el hecho de que las partes involucradas aporten las pruebas que tengan en su poder y pretendan hacer valer en el eventual proceso, así sea de manera informal, brinda elementos de juicio que son indispensables para que el conciliador y las propias partes, puedan tener un conocimiento completo y adecuado del conflicto. Sin este conocimiento, la conciliación es un ejercicio estéril, pues las partes se limitan a sostener su posición sin que haya manera de establecer si ésta tiene o no fundamento, tanto en el plano fáctico como en el jurídico.” (...)*“*la exigencia (...) permite que el conflicto sea resuelto de manera pronta y a bajo costo, de una manera alternativa al sistema judicial formal.”*(Resaltado fuera de texto). Acápites 1.4. Concepto del Ministerio Público. Sentencia C-598 de 2011. Pág. 14.

intermedio¹²³, que implicó verificar si la finalidad de la medida legislativa además de importante en razón de los principios y valores constitucionales, era adecuada y además necesaria, o si por el contrario, existían en el ámbito de regulación del legislador, otras alternativas menos gravosas de los derechos fundamentales.

En cuanto al estudio de la finalidad de la medida legislativa revisada, que el ánimo del legislador fue dotar de seriedad las solicitudes de conciliación para que las partes *“se comprometieran de una mejor manera con la posibilidad de acordar ellas directamente sus desavenencias, dando a conocer las pruebas en su poder. Es decir, para que quienes acudieran a la audiencia realmente buscaran llegar a acuerdos que impidieran llevar el proceso hasta los estrados judiciales al tener que descubrir las pruebas que serían aportadas al proceso y demostrar así, la veracidad y certeza de las pretensiones”*¹²⁴. Este fin fue entendido por la Corte como legítimo, pues *“puede ayudar a que las partes tengan y conozcan todos los elementos necesarios para decidir si lo mejor es conciliar en esta etapa o ir ante los jueces, lo que puede redundar en que se logren más y mejores acuerdos tanto en materia civil como en familia, haciendo del mecanismo de la conciliación una opción eficaz y eficiente”*.¹²⁵

En lo que al medio seleccionado por el legislador se refiere, consideró que acorde con el juicio aplicado, debía ser “efectivamente conducente”, es decir, la medida debe alcanzar el fin propuesto por la norma con un importante grado de probabilidad. En el caso concreto señaló la presentación de copia informal de las pruebas que tengan las partes en su poder no se encuentra prohibido por constitución, pudiendo la ley establecer en las etapas previas y durante el proceso, cargas que las partes deberá cumplir para acceder a la administración de justicia,

¹²³ Como motivos para utilizar el juicio intermedio de proporcionalidad adujo: 1) El constituyente reconoció al legislador un amplio margen de configuración en el diseño de procedimientos; 2) La propia jurisprudencia de la corporación ha señalado que cuando se trata de restricción de derecho como el acceso a la administración de justicia, el debido proceso y derecho a la defensa frente a la libertad de configuración del legislador, se debe hacer uso de un escrutinio de carácter intermedio. Acápito 5.2. Sentencia C-598 de 2011. Pág. 31.

¹²⁴ *Ibídem*. Acápito 5.2.1. Análisis de la finalidad del párrafo segundo. Pág. 32.

¹²⁵ *Ibídem*.

entendiendo que la facultad de aportar pruebas es una manifestación de los derechos fundamentales de defensa y el debido proceso.

Finalmente, en cuanto al análisis de proporcionalidad, la Corte concluyó que la exigencia lesionaba los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, en la medida en que impedía al juez de la causa, en caso de existir un proceso, considerar las pruebas documentales que estando en poder de las partes no fueron aportadas en la conciliación, bien porque no las consideraron trascendentes o simplemente no contaban con ellas, afectado su derecho fundamental a aportar pruebas para la resolución de su conflicto.

En efecto, tras ratificar el carácter fundamental del derecho de las partes a presentar y solicitar pruebas en los procesos judiciales, la Corte concluyó lo siguiente: *“la sanción que incorporó el legislador en el precepto acusado resulta desproporcionada, pues es claro que las partes si así lo quieren, pueden aportar a la conciliación las pruebas que consideren respaldan sus pretensiones, sin que le sea válido al legislador impedir que en el proceso formal, de no darse la conciliación, puedan ejercer el derecho de allegar aquellas que omitieron en esa etapa.”*¹²⁶

Lo anterior, según la corporación, tiene asidero en la naturaleza misma de la conciliación, que como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, hace énfasis en la libertad y voluntariedad de las partes en solucionar sus diferencias, *“en donde son las partes y no el conciliador, las que tienen la capacidad, la potencialidad de presentar las fórmulas de acuerdo, conocedoras como nadie de los fundamentos de sus pretensiones, **sin necesidad de pruebas**, como sí sucede en el proceso formal, en donde precisamente el juez, como tercero ajeno a aquellas y dotado de jurisdicción por la Constitución, es quien debe tomar la decisión, razón por la que requiere que éstas le suministren los elementos de prueba que le den sustento a las distintas pretensiones y que le permitan de forma*

¹²⁶ Ibídem. Pág. 34.

razonada llegar a un convencimiento sobre el aspecto que debe resolver".¹²⁷
(Resaltado fuera de texto).

Más adelante en la misma sentencia se lee el siguiente aparte: *"son las partes las que **con prueba o sin ella**, decidirán si acuerdan o no sus diferencias, a través de formas de negociación que distan de los métodos a los que obligatoriamente debe recurrir el juez para decidir"*,¹²⁸ expresiones, que junto con la destacada atrás, no dejan de sorprender, porque atentan contra la lógica con la que actúa el ser humano desde la perspectiva que propone el A.E.D., pues resultaría por demás extraño que una persona convocada a una audiencia de conciliación prejudicial, por ejemplo, accediera a pagar una indemnización de perjuicios en ausencia de la prueba que acredite el daño.

Respecto del argumento presentado por el Procurador General de la Nación, según el cual, la obligación de presentar las pruebas que dan fundamento a la conciliación prejudicial, constituye una derivación de la buena fe, la Corte lo estima equivocado, pues en su entender *"el obligar a las partes a presentar todas las pruebas en su poder es desnaturalizar este mecanismo de negociación, en donde son éstas y no el conciliador, las que deciden como acordar su diferencia sin necesidad de recurrir a los criterios de tipo probatorio que resultan esenciales para los sistemas de heterocomposición pero no para los de autocomposición"*.

Las razones expuestas a lo largo de este escrito no permiten aceptar las razones señaladas por la Corte para desestimar la acusación del agente del Ministerio Público, pues ha quedado suficientemente demostrado que la presentación de las pruebas en diligencias preliminares tiene una incidencia fundamental para que las partes tengan mayor información, disminuyan los costos de transacción, facilitando, de esta forma los acuerdos extrajudiciales.

¹²⁷ Ibídem. Pág. 35.

¹²⁸ Ibídem. Pág. 38.

Finalmente, la Corte Constitucional señaló que la medida resultaba desproporcionada porque si bien, las partes podrían acudir a la jurisdicción para ventilar sus pretensiones en caso de fracasar el arreglo, el proceso judicial empezaría en forma “desequilibrada” por una decisión del legislador, pues si la parte omitió presentar las pruebas que eran indispensables, su proceso estará llamado al fracaso, lo que limitaría su derecho de acceso a la administración de justicia, situación que se puede hacer aún más gravosa si se tiene en consideración que las partes citadas a una audiencia de conciliación pueden acudir sin la compañía de un abogado.

En conclusión, si bien para el tribunal constitucional resultaba legítimo dotar de mayor seriedad las solicitudes de conciliación prejudicial, las graves consecuencias probatorias en el futuro proceso que trae la sanción de la norma revisada, era a su criterio, desproporcionada.

Con base en las razones atrás expresadas, la Corte declaró inexecutable¹²⁹ la sanción procesal que implicaba la no valoración por el juez de la causa de aquellas pruebas no presentadas en el trámite de la conciliación, y aunque la

¹²⁹ Se presentó un solo salvamento de voto en contra de la decisión mayoritaria de la Corte. En efecto, la Magistrada María Victoria Calle Correa, estimó que la Corporación había errado en la intensidad del test de proporcionalidad aplicado, pues aunque indicó que usaría uno intermedio, terminó aplicando uno de tipo estricto. En el contenido del salvamento se encuentra un claro argumento en pro de la eficiencia que supone el arreglo extra judicial de los conflictos: “Se pretende evitar un camino costoso, complejo y demorado para resolver un conflicto que se puede zanjar de manera más expedita; con menos costos para las personas en particular y para la sociedad en general. Por tanto, como mecanismo obligatorio debe estar rodeado de condiciones que garanticen su seriedad y eficacia, para evitar así que las partes tengan que acudir a la vía judicial”. Sostuvo que la declaratoria de inconstitucionalidad que declaró la mayoría de la Sala se debió a una interpretación que no se deduce del entendimiento mismo de la norma sino de la interpretación que al aplicar la sanción prevista en la norma demandada hiciera un juez de la República al impedir que se presenten pruebas en el juicio que tramitara.

Señaló que la equivocación en el juicio a aplicado terminó por exigir que el medio fuera “necesario” para alcanzar el fin, y por tanto, planteó objeciones más propias del debate legislativo, mediado por consideraciones de conveniencia que un debate constitucional como correspondía a la corporación.

En su criterio, el aparte del párrafo declarado inconstitucional, no resultaba desproporcionado en la gran mayoría de los casos, pues es correlativa al deber de seriedad que se espera de las partes. Además recordó que la sanción procesal “solo se predica de las pruebas que las partes tuvieran en su poder en el momento del trámite de la conciliación, no respecto de pruebas que desconocieran o se encontraran fuera de su alcance”. Sentencia C-598 de 2012. Pág. 51 y ss.

obligación formal de aportarlas subsiste, dado el retiro del ordenamiento jurídico de la sanción¹³⁰, es decir, el no tener un “precio” que pagar por ocultar la información, permite anticipar, que se seguirán cerrando aún más las posibilidades reales de negociar en forma eficiente un conflicto a través de este mecanismo alternativo.

4.4. Consecuencias previsibles tras la emisión del fallo de la Corte Constitucional.

Con la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, el intento del legislador de aumentar el precio legal por no aportar información decisiva al momento de la audiencia de conciliación como un mecanismo que favorezca la tasa de arreglos, podría perder todo efecto práctico. Así, no existiendo un incentivo que induzca a las partes a suministrar mayor información acerca de sus posiciones, la mayoría de estas diligencias, podría seguir siendo una etapa más, meramente formal, que los interesados agotan debido a que la audiencia de conciliación es considerada como un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción, a las cuales acuden con posiciones inconsultas, sin contar con mayor información o los elementos de juicio que les permitan adoptar una posición racional acerca de la solidez de su propia pretensión o de su defensa, sin un interés real en solucionar el conflicto a través de la auto-composición.

La reforma que se ha comentado, intentó atacar una de las fallas del mercado más habituales, cual es la asimetría de la información, bajo el entendido que el conocimiento de todas las pruebas que las partes harán valer en el juicio, no sólo es un incentivo para garantizar la seriedad de las propuestas, según destacó la Corte, sino también como un mecanismo que ayuda a disminuir los costos de transacción de los conflictos jurídicos que enfrentan a las personas, los que de

¹³⁰ La parte resolutoria de la sentencia C-598 de 2011, fue la siguiente: “Declarar EXEQUIBLE el parágrafo 2 del artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, salvo la siguiente expresión que se declara **INEXEQUIBLE** *“De fracasar la conciliación, en el proceso que se promueva no serán admitidas las pruebas que las partes hayan omitido aportar en el trámite de la conciliación, estando en su poder”*, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.”

acuerdo a la idea fundamental del Teorema de Coase, deberían resolverse directamente entre las partes, sin poner en funcionamiento el costoso engranaje judicial.

En la modificación introducida en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, se observa una clara lógica económica que intentó controlar los comportamientos oportunistas, egoístas y maximizadores de los litigantes que surgen ante la ausencia de información adecuada en los escenarios de negociación, y que han convertido la conciliación prejudicial en una etapa improductiva, a la cual se recurre únicamente para agotar el requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción previsto en la legislación colombiana, pero que en nada contribuye a facilitar arreglos extrajudiciales, y por supuesto, al fin último que ha inspirado este tipo de normas: descongestionar la administración de justicia.

La sentencia de la Corte Constitucional emitida el día 10 de agosto de 2011, se produjo relativamente muy pronto respecto de la fecha en que entró a regir la reforma a la conciliación prejudicial, el día 12 de julio de 2010, de modo que se hubieran podido medir los posibles efectos benéficos comentados a la norma.

Sin embargo, el párrafo segundo del artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, pudo tener al menos dos efectos positivos en el comportamiento de las partes: en primer lugar, la exigencia de presentación de pruebas de “cargo y de descargo”, habría favorecido la presentación de solicitudes de conciliación “serias”, fundamentadas, debidamente sustentadas, basadas en hechos reales y verificables que tuvieran opciones reales de ser ventiladas en los escenarios judiciales, dejando atrás solicitudes temerarias, oportunistas o sin ningún tipo de fundamento, ya que la necesidad de contar al menos con la prueba documental al momento de elevar la solicitud o en la audiencia, llevaría a todos los involucrados a efectuar estudios más juiciosos en estas situaciones y tomar mejores decisiones; en segundo lugar, la presentación de al menos la prueba documental en la aludida audiencia habría permitido a las partes hacer verdaderos cálculos de costo-

beneficio en torno a llegar a un acuerdo extrajudicial o litigar, porque los medios probatorios sirven como vehículo para obtener información relevante, que de otro modo las partes ocultarían, sobreestimarían o negarían sin ningún fundamento, lo que finalmente habría incidido positivamente en la tasa de arreglos en esta etapa.

En conclusión, tras analizar detenidamente el valor de la información en un escenario de negociación como es la conciliación prejudicial, podría encontrarse en la modificación introducida en el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010 a la conciliación prejudicial, seguramente habría incentivado favorablemente la tasa de arreglos extrajudiciales, y en consecuencia, a mejorar los índices de congestión judicial que padece nuestra administración de justicia. En este sentido, el A.E.D. se muestra como una herramienta metodológica supremamente útil, para un diseño de los procesos judiciales y en general, de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que supere las elaboraciones construidas desde una perspectiva meramente dogmática, a veces lejana a otras ciencias que podrían ayudar en mejor grado a la construcción de reformas legales con objetivos claramente definidos.

Sección 5

A manera de conclusión.

Si bien la modificación estudiada de la Ley 1395 de 2010 pudo haber tenido un objetivo con clara inspiración económica que podría haber coadyuvado a paliar la congestión de la administración de justicia, la realidad es que el proceso civil requiere de un replanteamiento estructural que bien podría enriquecerse con los postulados defendidos por el A.E.D., que agregan al diseño legislativo un modelo de acción, el del *homo economicus*, que a pesar de las limitaciones que se le reconocen, puede servir para anticipar cómo se comportarán las personas ante los cambios previstos en el ordenamiento jurídico, en función de los incentivos positivos o negativos incorporados para alcanzar un determinado objetivo social considerado deseable.

El estudio de las audiencias preliminares con la obligación de presentar pruebas defendida por el profesor Eduardo Stordeur por tener mucho sentido económico, eliminar el costo del error judicial y moderar el optimismo de las partes respecto de sus posiciones en escenarios de negociación, permitió explorar muy someramente que la figura del descubrimiento probatorio, figura del *common law*, que establece reglas procesales claras para que las personas descubran la información privada, exhiban pruebas, se realicen los interrogatorios que luego se presentarán en el juicio, puede constituir una buena herramienta para cerrar el paso a comportamientos estratégicos que se dan en las esferas privadas.

Según lo expuesto, la vigencia de una norma en el sentido anotado podría incentivar no sólo un trabajo más riguroso en la búsqueda y selección de las pruebas que utilizarán en las audiencias preliminares, limitando o incluso eliminando comportamientos oportunistas como intentar la presentación de las denominadas pruebas “sorpresa” o la negligencia en la convocatorias a la audiencias preliminares, sino también favorecer que más conflictos, debido al

mayor flujo de información relevante de la que gozarán las partes en conflicto, se puedan solucionar en este tipo de escenarios previos al juicio, con menores costos sociales e individuales para los litigantes.

La posibilidad de incluir o no la figura de descubrimiento probatorio en los procesos civiles y de familia en el ordenamiento colombiano, en la forma regulada en los sistemas del *common law*, supera el alcance fijado para el presente trabajo, pero lo expuesto, deja abierto una línea de estudio en la que se debata acerca de la posibilidad de introducirla al sistema procesal colombiano podría contribuir eficazmente a la reducción de la congestión judicial.

Dicho debate debería encargarse de estudiar qué tipo de adaptaciones sería necesario realizar a la figura de del descubrimiento probatorio para hacerla compatible a nuestro proceso judicial civil, incluyendo, al menos las siguientes problemáticas: ¿Qué autoridad judicial o un conciliador en derecho podría supervisar la fase de descubrimiento?; ¿Cómo se garantizará la idoneidad de la defensa de las personas citadas a este tipo de audiencias, se exigirá el acompañamiento de un abogado?; ¿Qué mecanismos ofrecerá el Estado para garantizar que todas las partes citadas a este tipo de audiencias puedan cubrir los costos de búsqueda y producción de la prueba que tendrá que presentarse en la audiencia de descubrimiento?; ¿Cómo se distribuirá dichos costos cuando se trate de citaciones temerarias pero que aún así le implicó a una de las partes asumir altos valores para demostrar lo infundada de la pretensión de su contricante?; ¿Se implementará un sistema de “costas” para atacar la anterior problemática?; ¿De qué manera se incorporarán al juicio las pruebas sobrevinientes?; ¿Cuál será el tiempo mínimo con que deberán ser citadas las partes para la audiencia de descubrimiento probatorio?; ¿Se debería extender la obligación de presentar todos los medios de prueba, o conservarse únicamente para los documentos según la propuesta reciente del legislador?; ¿Cómo se hará el anuncio de los medios de prueba cuya práctica se realiza ante un juez?

Tales inquietudes quedan por resolver pero pueden marcar el camino de estudio acerca de si las audiencias de descubrimiento probatorio son compatibles con nuestro sistema procesal civil, y realmente están en capacidad de cumplir con su promesa teórica de facilitar el número de arreglos extrajudiciales, y por tanto, puede ser una opción en el importante camino de alcanzar la eficiencia del sistema judicial estatal

BIBLIOGRAFÍA

- Akerlof, George. "The market for lemons: Quality uncertainty and the market mechanism". The Quarterly Journal of Economics. Vol. 84, No. 3. Agosto de 1970, Oxford University Press. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1879431>.
- Bejarano, Jesús Antonio. El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos. En Revista de Economía Institucional No. 1. Editorial Universidad Externado de Colombia. Noviembre de 1999. Disponible en: www.economiaiinstitucional.com/pdf/No1/jbejarano1.pdf.
- Coloma, Germán. Análisis económico de los derechos de propiedad. En: Análisis económico del derecho. Viviana Kluger (Compiladora). Editorial Heliasta. Buenos Aires. Primera edición. 2006. Pag. 175-198.
- Cooter, Robert D. y Ulen, Thomas. Derecho y Economía. 2ª reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica. 2002.
- Cooter, Robert D. y Rubinfeld, Daniel L. An Economic model of legal discovery. Journal Legal Stud. 435 (1994). Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/521>.
- De Lima Lopes, José Reinaldo. Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato. En: Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Edición de Christian Courtis. Editorial Trotta. Madrid. 2006. Pág. 41 a 68.
- Gutiérrez Prieto, Hernando. El Análisis Económico del Derecho- Perspectivas para el desarrollo del derecho económico. En: Revista de Derecho Universidad del Norte. No. 15. Año 2001. Disponible en: http://ciruelo.uninorte.edu.co/pdf/derecho/15/1_El_analisis_economico_del_derecho.pdf
- Hay, Bruce L. y Spier, Kathryn E. Litigation and settlement. Disponible en: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/218.pdf

- Huang, Kuo-Chang , Does Discovery Promote Settlement? - An Empirical Answer (September 29, 2007). 2nd Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=995349> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.995349>
- Kitch, Edmund. “Fundamentos intelectuales del AED”. En: Derecho y Economía: una revisión de la literatura-Andrés Roemer (compilador). Fondo de Cultura Económica. México D.F.. Primera Edición 2000. Reimpresión 2002.
- Kluger, Viviana (compiladora). El análisis económico del derecho. Editorial Heliasta. Primera edición. Buenos Aires. 2006.
- Kornhauser, Lewis A. El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. En: Derecho y Economía: una revisión de la literatura-Andrés Roemer (compilador). Fondo de Cultura Económica. México D.F.. Primera Edición 2000. Reimpresión 2002.
- Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. El análisis económico del derecho: ¿método útil, o ideología nefasta?. En: Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Edición de Christian Courtis. Editorial Trotta. Madrid. 2006. Pág. 321 y ss.
- Laca Arosena, Francisco Augusto. Racionalidad limitada en la sociedad del riesgo mundial. En Revista de Economía Institucional Volumen 14, No. 26. Primer semestre/ 2012. Pág. 121-135. Disponible en: www.economiainstitutional.com/pdf/No26/flaca.pdf.
- Mattei, Ugo. “Auge y caída del enfoque derecho y economía”. En Revista Precedente. Universidad Icesi. Año 2007. Disponible en: http://www.icesi.edu.co/precedente/ediciones/2007/03_DERECHO_y_ECONOMIA.pdf
- Miró Rocasolano, Pablo (2002): “El teorema de Coase y sus implicaciones según el Problema del Coste Social”, en Contribuciones a la Economía de la Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes. Disponible en: <http://www.eudmed.net/cusecon/colaboraciones/index.htm>. Consultado el 7 de abril de 2013. Hora: 17:39.

- North, Douglass C. Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. Editorial Fondo de Cultura Económica. Mexico D.F. Traducción de Agustín Barcena. Tercera reimpresión. Año 2006.
- Núñez, Álvaro. Ética, derecho, economía (y política): la perspectiva crítica. Disponible en: www.giuri.unige.it/corsistudio/documents/Nunez.pdf
- Palacios Lleras, Andrés. El análisis económico del derecho en Colombia: a propósito de Mauricio Rubio y su obra. Contexto- Revista de Derecho y Economía No. 28 Universidad Externado de Colombia.
- Paolantonio, Martín Esteban. El análisis económico del derecho y la estructura societaria. En: Análisis económico del derecho. Viviana Kluger (Compiladora). Editorial Heliasta. Buenos Aires. Primera edición. 2006. Pag. 199-227.
- Pinzón Camargo, Mario A. Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C. 2010.
- Posner, Richard. El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México D.F. Segunda Edición en español. Traducción Eduardo L. Suárez. 2007.
- Posner, Richard. El movimiento del análisis económico del derecho. Artículo incluido en: Derecho y Economía: una revisión de la literatura- Andrés Roemer (compilador). Fondo de Cultura Económica. México D.F.. Primera Edición 2000. Reimpresión 2002. Pág. 221-241.
- Reyes Villamizar, Francisco. Análisis económico del derecho societario. Colección Cátedra Bancolombia de Derecho Económico, Financiero y del mercado de valores No. 3. Ediciones Grupo Editorial Ibañez- Pontificia Universidad Javeriana. Primera Edición. Bogotá. 2012.
- Roemer, Andres. Introducción al análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica. México D.F. Primera Edición 1994, Tercera reimpresión 2001.

- Rubio, Mauricio. Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 2007.
- Shavell, Steven. Sharing information prior to settlement or litigation. Rand Journal of economics, Vol. 20, No. 2, Summer 1989. Disponible en: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/20_RAND_J_Econ_183.pdf
- Silva Pabón, Myriam. Artículo: Reformas introducidas por la Ley 1395 de 2010 a la conciliación en Colombia. En Impacto de la Ley 1395 de 2010 frente a la administración de justicia. Horacio Cruz Tejada (Coordinador). Editorial UNIANDES. Primera Edición. Bogotá. Mayo de 2011. Pág. 151 - 169.
- Solá, Juan Vicente. Artículo: Coase y la decisión judicial. En: Revista de Derecho. Febrero 2011. Universidad San Martín de Porres. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/derecho/febrero_2011/Coase_y_la_decision_judicial_Dr_Juan_Vicente_Sola.pdf.
- Stigler, George J. "The Economics of Information". The Journal of Political Economy, Vol. 69, Issue 3. (Jun. 1961), Universidad de Chicago. Disponible en: home.uchicago.edu/~vlima/courses/econ200/spring01/stigler.pdf
- Stordeur, Eduardo. Análisis económico del derecho-Una introducción. Editorial Abeledo Perrot. Primera Edición. Buenos Aires. 2011.
- Torres Calderón, Leonardo. La congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativo colombiana. En Revista Díkaion. Universidad de la Sabana. Volumen 13. Año 2004. Disponible en: <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/317>.
- Wallerstein, Immanuel (Coordinador). Abrir las ciencias sociales. Informe de la Comisión Gulbenkian para la reestructuración de las ciencias sociales. Siglo XXI Editores. Novena Edición en español. México D.F. 2006.

Otros recursos electrónicos:

- Ponencia para primer debate al proyecto de ley 255 de 2009, 197 de 2008 Senado. “Por el cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”.
Disponible en:
http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=11&p_numero=255&p_consec=25749
- Indicadores Doing Business.
Disponible en: <http://espanol.doingbusiness.org/>.
- Intervención del Ministro de Justicia de Colombia en el lanzamiento del Doing Business Latinoamérica el 1º de diciembre de 2011.
Disponible en:
http://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/regulatorysimplification/doing-business-reform-advisory/upload/Ministro-de-Justicia_Discurso.pdf
- Sentencia C-598 del 10 de agosto de 2011. Corte Constitucional de Colombia. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-598-11.htm>
- Sentencia T-347 del 2 de agosto de 1995. Corte Constitucional de Colombia. MP. Fabio Morón Díaz.
Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-347-95.htm>