

¿TOMAR UN PRÉSTAMO O DEMORAR EL JUICIO? ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS EFECTOS DE LA TASA DE INTERÉS SOBRE LA DEMORA JUDICIAL

*Hugo Acciarri**

*Andrea Castellano***

*Andrea Barbero****

Resumen

La demora injustificada en los procesos y el consiguiente incremento de costos que genera es un problema que ocupa frecuentemente a la literatura del análisis económico de ese campo del derecho y a la doctrina jurídica tradicional. No obstante, algunos factores no han sido suficientemente analizados al respecto. En consecuencia, el objetivo de este trabajo se concentra en analizar los incentivos de las partes para demorar el proceso en relación con la tasa de interés aplicable en los mismos. Para ello se desarrolla un modelo de incentivos para la demora, consistente con el modelo estándar de análisis económico del proceso judicial (differing perceptions model).

Abstract

Mainstream economic analysis of litigation and classical legal scholarship frequently deal with the unjustified delay in legal process and its related increase of cost. However, there are some factors usually disregarded by that literature which influence the outcomes. Accordingly, the aim of this

* Profesor Titular, Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur.
acciarri@satlink.com

** Profesora Asociada, Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur.
acastell@uns.edu.ar

*** Profesora Adjunta, Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur.
abarbero@uns.edu.ar

paper focuses on the agent's incentives to delay in relation to the interest rate applied to lawsuits. For this purpose, a model of incentives to delay is developed, consistent with the standard economic analysis of litigation (differing perceptions model).

Introducción: tasas judiciales y demora en los procesos

El análisis económico del proceso judicial tiene como objetivo general encontrar vías de reducción de los costos sociales de operación del sistema de resolución de disputas. Este costo tiene un componente público, derivado del funcionamiento del sistema judicial y otro privado, integrado por los gastos en servicios profesionales, inversión de tiempo y otros costos explícitos e implícitos en que incurren las partes involucradas.

Uno de los problemas tratados con frecuencia en la literatura del análisis económico del proceso judicial (y también en la doctrina jurídica tradicional) es la demora injustificada de los procesos, que desde esta perspectiva, se revela como una fuente de costos. Además del aumento en los costos explícitos –aquellos más aparentes–, la demora impropia en el proceso puede provocar otros efectos. Por ejemplo, que la víctima no reciba la compensación oportunamente, o producir el deterioro y pérdida de los elementos de prueba de que intenten valerse las partes, o desalentar que los justiciables reclamen cuando sufren un perjuicio. Todas estas circunstancias, aunque a simple vista puedan parecer ajenas a la materia, desde el punto de vista económico resultan fuentes de generación de costos sociales.

Existe una abundante literatura que estudia el tema de la demora en el proceso, desde puntos de vista diferentes. Algunos trabajos se ocupan, por ejemplo, de la asignación de recursos a la administración de justicia o de la variabilidad innecesaria de las sentencias (Pintos Ager, 2000). No obstante, la influencia de otros factores, aparentemente *naturales* a los procesos, y –quizás por eso– considerados inocuos a este respecto, ha pasado casi desapercibida.

La tasa de interés judicial, en este contexto, no fue uno de aquellos factores tradicionalmente percibidos como problemáticos en cuanto a su influencia sobre el problema de la demora. No obstante, la coyuntura histórica puso de relieve, en Argentina, un aspecto del problema.¹ En este sentido, se atribuyó a las tasas judiciales demasiado bajas algún efecto en el alargamiento impropio de los juicios. El razonamiento implícito es muy sencillo: si suponemos que la parte demandada puede de algún modo influir en la duración del proceso (para demorarlo o no), sin que esto le acarree otras consecuencias que el devengamiento de intereses,² al correr los mismos a tasa pasiva, se incrementarán las probabilidades de que haga lo posible por demorarlo. Demorar, aquí, significa algo semejante a tomar un préstamo a muy bajo interés.

Este problema se hace particularmente notorio en el campo de los juicios por daños no contractuales. Cuando las controversias versan sobre contratos, las partes tienen la posibilidad de pactar de forma anticipada la tasa que regiría en caso de mora, y frecuentemente lo hacen. En cambio, cuando se trata de litigios sobre indemnizaciones por daños extracontractuales, no existe –por definición– entre los litigantes pacto alguno, previo al hecho, que prevea la tasa a aplicar. Se presenta en este caso un ámbito de discrecionalidad para el Juez, que le permite escoger entre distintas posibilidades. Llamaremos *tasa judicial*, a la tasa de interés que decida aplicar el Juez en estas condiciones.

Cuando la tasa judicial es igual a la tasa pasiva de los bancos oficiales, esa conclusión antes expuesta –que la vincula a la demora de los procesos– puede parecer evidente. No obstante, una opinión así constituye más bien un parecer circunstancial, más o menos acertado, que una conclusión basada en una teoría suficientemente explicativa del problema. La intención de las líneas que siguen, en consecuencia, es construir un marco teórico general que permita analizar el problema de modo orgánico.

Para comenzar, partiremos de suponer que la duración excesiva de los procesos es indeseable desde el punto de vista normativo. Entendemos que existe una duración óptima de los procesos, y llamaremos “demora” a su duración por encima de ese punto óptimo. Sentado este primer

supuesto, pueden formularse dos preguntas que guían el estudio:

- a) ¿Qué factores deben tomarse en cuenta para estudiar los incentivos que una determinada tasa de interés crea respecto de la demora judicial?
- b) Luego, asumiendo que la demora es indeseable, ¿Puede encontrarse una única tasa, aplicable a toda clase de juicios que constituya un incentivo o desincentivo general a las partes para demorar los procesos?

Dijimos, no obstante, que la intención es inscribir el análisis de este aspecto particular en un marco más general que lo incluya. En consecuencia, expondremos a continuación, y para comenzar, el modelo estándar de análisis económico del proceso judicial. A continuación haremos referencia a la relación existente entre la demora de los procesos y el incremento de costos sociales. Luego, delinearemos las pautas que permitirán construir un modelo consistente e inscribible en ese más general, y que sirva para explicar el aspecto particular que nos ocupa. Finalmente, extractaremos algunas conclusiones básicas derivadas del análisis.

El análisis económico del proceso judicial por daños

Señala Miceli (1997) que el interés de la economía en el proceso judicial se debe, en principio, a tres razones. La primera se refiere al costo de operación del sistema judicial y al efecto que tiene sobre éste, la forma en que son resueltos los procesos. La segunda obedece a que la teoría económica es útil para explicar y predecir cómo litigantes racionales pueden resolver las disputas y ofrecer entonces sugerencias para reducir el costo de los procesos. Considera, por último, que la forma de resolución de las disputas tiene implicancias en la estructura de las reglas, y afecta a su vez las inversiones futuras.

El objetivo general que se plantea el análisis económico del proceso judicial es la minimización de costos, cuya expresión más simple combina costos administrativos³ (costos directos del proceso que surgen de la utilización de distintos instrumentos) y costos de decisiones judiciales erróneas (en la aplicación del derecho sustantivo). Este modo de analizar el pro-

blema parte de la hipótesis de la existencia de un *derecho sustantivo* “perfecto”. Esto es, en términos económicos, un sistema de normas tal que tienda, en el campo sustancial del que se trate (daños, contratos, propiedad, etc.) a la mejor relación posible entre costos y beneficios sociales. Si el sistema procesal (*derecho adjetivo*, en términos jurídicos) lleva a decisiones incorrectas, por no ajustarse al derecho sustancial, entonces esa relación de costos y beneficios sociales sufrirá distorsiones que se traducen en costos sociales. Ese es el significado de los denominados “costos de error”.

En cuanto a la relación entre costos de error y costos administrativos, puede esperarse que a medida que se invierte más en el proceso y aumentan los costos administrativos (hasta un cierto punto), se reduzca la probabilidad de adoptar una decisión judicial errónea. Se desprende de estas ideas, entonces, la existencia de un óptimo que admitirá algún valor positivo de costos administrativos y de costos de error.

Una cuestión esencial a atender a la luz de este objetivo, es explicar por qué una determinada proporción de las disputas se resuelve mediante un acuerdo extrajudicial mientras que las restantes controversias se dirimen a través de un juicio. Los modelos más simples que tratan esta cuestión muestran que si las partes actúan racionalmente y con información perfecta, establecerán un acuerdo y no llegarán en ningún caso a juicio. Para explicar la existencia de procesos judiciales sin invocar irracionalidad por parte de los agentes, es necesario relajar el supuesto de información perfecta y asumir la incorporación de costos de transacción positivos.

La intención de lograr un mejor ajuste con la evidencia empírica ha llevado a desarrollar modelos más sofisticados que tratan de explicar el rol de la instancia judicial en la resolución de una disputa. En la literatura respectiva se pueden distinguir dos enfoques: uno basado en las diferencias de percepción de los agentes (*differing perceptions model*), que establece que se alcanza la instancia judicial cuando ambas partes son optimistas acerca de su posición respecto al caso, y otro basado en la existencia de información asimétrica (*asymmetric information model*), que explica la vía judicial en el hecho de que el demandado no tiene la misma información que el actor.

En concreto, la asimetría de información es el elemento que provee una explicación alternativa a las diferencias de percepción de los agentes.

La versión más simple de estos modelos⁴ considera la existencia de dos agentes que actúan racionalmente: el actor (a) y el demandado (d). El primero reclama al segundo una compensación por daños que invoca haber sufrido. En principio las partes inician una negociación esperando arribar a un acuerdo que produzca un pago $S \geq 0$ para el actor. Si esta instancia fracasa la resolución de la disputa es llevada a juicio. Aquí entonces se introduce la diferencia de percepción que tienen las partes sobre el resultado del juicio, definido por la probabilidad de ganar del actor y el monto de la indemnización correspondiente que tiene cada uno de los agentes; formalmente:

P_a = probabilidad de ganar que percibe el actor;

J_a = percepción de la indemnización a cobrar del actor;

P_d = probabilidad de ganar del actor que percibe el demandado;

J_d = percepción de la indemnización a pagar del demandado;

Adicionalmente, se define el costo administrativo del juicio y del arreglo extrajudicial para ambas partes; formalmente:

C_a y C_d representan el costo administrativo del proceso judicial para el actor y el demandado respectivamente;

R_a y R_d representan el costo administrativo del arreglo extrajudicial para cada una de las partes. Se supone que $C_j \geq R_j \quad j = a, d$, debido a que el costo del juicio incluye el costo de la negociación previa;

Se supone que los agentes son neutrales frente al riesgo y que procuran maximizar su riqueza esperada. El valor esperado del juicio para el actor es:

$$VEJ_a = P_a J_a - C_a$$

mientras que el valor del acuerdo es:

$$VA_a = S - R_a$$

El actor estará dispuesto a aceptar el arreglo si:

$$\begin{aligned} S - R_a &\geq P_a J_a - C_a \quad \text{o} \quad \text{sí} \\ S &\geq P_a J_a - (C_a - R_a) \end{aligned} \quad (1)$$

Análogamente el demandado calculará el costo esperado del juicio:

$$VEJ_d = P_d J_d + C_d$$

y el costo del arreglo:

$$VA_d = S + R_d$$

y le convendrá establecer un acuerdo extrajudicial si:

$$\begin{aligned} S + R_d &\leq P_d J_d + C_d \quad \text{o} \quad \text{sí} \\ S &\leq P_d J_d + (C_d - R_d) \end{aligned} \quad (2)$$

Combinando las inecuaciones (1) y (2) se puede concluir que se alcanzará un arreglo si se cumple que:

$$P_a J_a - P_d J_d \leq (C_a - R_a) + (C_d - R_d) \quad (3)$$

Claramente se puede observar que si $P_a = P_d$ y $J_a = J_d$ siempre es posible establecer un acuerdo. Es decir que, si las partes coinciden en el valor esperado del juicio, siempre es posible lograr un arreglo debido a que el costo del juicio es mayor que el del arreglo. Si en cambio existen diferencias de percepción por parte de los agentes, sólo será posible alcanzar un acuerdo cuando la diferencia entre los valores esperados del juicio

para el actor y el demandado sean menores que la suma del diferencial de costos entre juicio y arreglo de ambos.

Una perspectiva analítica complementaria se presenta con los modelos que explican la existencia de procesos judiciales en base a la existencia de información asimétrica de los agentes.⁵ Este tipo de análisis se diferencia del modelo precedente en que provee un fundamento a las diferencias de percepción de las partes involucradas. Se supone que los demandantes poseen información privada acerca de la probabilidad de ganar el juicio, y que pueden existir dos tipos de demandantes, unos con alta probabilidad de ganar y otros con baja probabilidad. Los demandados por su parte no pueden observar el tipo de demandante al que se enfrentan, pero conocen qué fracción de la población corresponde a cada tipo. Así se pueden establecer diferentes estrategias por parte del demandado (“*pooling strategy*” y “*separating strategy*”) que conducen a resultados que difieren levemente de los alcanzados en el modelo presentado mas arriba.

La demora de los procesos y sus costos sociales

El modelo precedente sitúa el centro de gravedad de su preocupación en la decisión individual de los agentes de emprender un juicio o concretar un arreglo voluntario. Desde el punto de vista del costo social, una visión ingenua de este problema general podría hacer pensar que *siempre* es indeseable la existencia de juicios, o –en otras palabras– que la litigiosidad es siempre, en sí, un dispendio social.

No obstante, como en otras áreas del análisis económico del derecho, se observa muy fácilmente que la alternativa a ese presunto dispendio no es gratuita. Cuando se asume la existencia de costos de transacción, llegar a arreglos extrajudiciales demanda, en algunos casos, costos prohibitivos o al menos superiores a los que insume el mejor proceso posible, que defina la misma controversia. Por eso, como parece fácil de entender, se trata siempre de una opción entre escenarios imperfectos.

La alineación óptima de incentivos, en consecuencia, requeriría que los

incentivos privados de los potenciales litigantes confluyan a fin de llevar adelante un juicio sólo en tanto y en cuanto el costo social del proceso sea inferior a su beneficio social, y cuando, también, ese costo sea inferior al que insuma un arreglo alternativo asimilable.

Si asumimos, en consecuencia, que pueden existir juicios socialmente preferibles a arreglos voluntarios equiparables, de esto se infiere que es deseable que la comparación que determine su preferibilidad se haga entre los *mejores (menos costosos) juicios* posibles y los *mejores arreglos* que puedan celebrarse, entendidos estos conceptos computando costos de transacción y en términos de costo social. Si, en cambio, algún factor adicional (y evitable) incrementara el costo de los juicios por encima del costo social de los “*mejores juicios posibles*”, entonces al menos en un campo, se producirían ineficiencias evitables. Esto es, en aquellos sectores en los cuales un juicio (el *mejor posible*) fuera preferible a un arreglo, el incremento de su costo social haría que, si las partes lo eligieran (porque sus incentivos privados así lo aconsejaran), estarían escogiendo una alternativa que es ahora más costosa –también aquí, hablando en términos sociales–. Si, en cambio, ese incremento de costos sociales se volcara sobre las partes como costo privado en condiciones tales que determinara que las partes prefirieran el arreglo, igualmente esta última alternativa sería socialmente menos preferible que ese *mejor juicio* al que no se llegó, en virtud del incremento de costos analizado.

La demora injustificada en los procesos suele ser tratada dentro de los factores que introducen incrementos de costos de este tipo. Si, como se vio, el costo social de los procesos está determinado por los costos de error y costos administrativos, parece plausible pensar que ambos son función del tiempo de duración del proceso. Un litigio judicial que durara sólo minutos sería, quizás, barato en cuanto a sus costos administrativos, pero conllevaría un costo de error muy importante. Igualmente, un proceso que durara demasiado quizás minimizaría el error (supongamos que esto ocurriera así) pero generaría excesivos costos de administración. En consecuencia, podría suponerse y así vamos a hacerlo, que existe un tiempo óptimo de duración de los procesos. Si la duración excede ese plazo óptimo, en consecuencia

supondremos –como parece razonable– que ese tiempo adicional conlleva un exceso de costos, que encarece indebidamente los procesos a los que afecta y que por lo tanto introduce una distorsión en el mercado de los juicios y arreglos, en cuanto es susceptible de modificar la conducta de los agentes respecto a su decisión entre esas alternativas.

Al igual que ocurre respecto del costo del error judicial, resulta también aquí difícil encontrar un modo de establecer el tiempo óptimo del proceso. Una alternativa posible es suponer que los tiempos determinados por las normas legales se acercan a ese punto. Si fuera así, existe abundante evidencia empírica sobre el exceso respecto de dichos límites en el sistema judicial argentino en cualquiera de sus jurisdicciones.⁶

Puede imputarse a este tipo de referencias que los plazos legales no tienen por qué ser los adecuados. La modalidad de producción de las leyes procesales raramente establece plazos en base a otras consideraciones que la mera repetición de otras leyes, otros argumentos tradicionales o de autoridad, o la mera intuición del legislador, y por ello no hace muy seguro que esos plazos legales se acerquen de algún modo a los óptimos desde el punto de vista social.

No obstante, aun reconociendo las dificultades señaladas, puede pensarse que existe algún plazo razonablemente adecuado para minimizar esa suma de costos de error y costos administrativos. Así, aunque sea difícil de precisar, puede inferirse que dadas ciertas condiciones existirán incentivos privados para alguna de las partes que la impulsen *a intentar demorar el proceso más allá de ese plazo socialmente preferible, sea cual fuera éste*.

Cuando se intentan estudiar las causas de la demora, se observa que ésta es un resultado complejo que es función de distintas variables. Algunas de ellas dependen del órgano judicial y otras dependen de las partes. La misma evidencia empírica muestra que la demora vinculada a estas últimas se da de modo significativo en algunas etapas del proceso. Por ejemplo, en el estudio realizado por Berizonce (1999) sobre el funcionamiento del sistema judicial, se afirma que en la notificación de la demanda las partes demoran más de dos meses desde el inicio; en el período de prueba, más de ocho meses (aunque en este caso, la demora es función también de la actividad de los órganos jurisdiccionales) y algo similar se observa en el

trámite de ejecución de la sentencia. El 69% de los expedientes consultados habían estado detenidos casi 300 días sin que existan razones aparentemente fundadas, lo que representa en total el 23% de la duración total media de los juicios. Esta demora de hecho era imputable en un 36% a omisión de impulso de las partes (105 días), un 44% a demora en la decisión judicial (130 días) y el resto a otras causas.

Aun con cierta abstracción de los datos concretos, parece razonable pensar que, al menos en ciertos sectores, las partes contribuyen voluntariamente y de modo significativo a la demora de los procesos. Como lo dijimos, resulta difícil encontrar un plazo óptimo de duración de cada juicio, pero a continuación procuraremos demostrar que en el marco del proceso *se generan incentivos para que las partes tengan interés en demorarlo todo lo posible*, excediendo en consecuencia cualquier plazo de duración que pueda estimarse socialmente adecuado. Nos referiremos, en concreto, a la influencia de la tasa de interés sobre la conducta de los potenciales –y actuales– litigantes.

La tasa de interés judicial y la decisión de demorar el proceso

En el capítulo 2 se expuso un modelo que enfrentaba a las partes de una disputa a elegir entre alcanzar un acuerdo o emprender un juicio. A continuación, introduciremos además la posibilidad para cada una de ellas de demorar o no el proceso. De este modo la elección inicial entre dos términos (*arreglo o juicio*) pasa a desdoblarse, en el último término, en dos nuevas sub-posibilidades, algo particulares. Si bien la alternativa entre proceso y arreglo sigue vigente, el valor esperado del proceso no es ahora único. Por el contrario, si consideramos la decisión de cada parte aisladamente (como lo haremos, por ahora), cada una podrá escoger entre el valor de un proceso *demorado* o uno *sin demora* a fin de establecer el valor subjetivamente más conveniente.

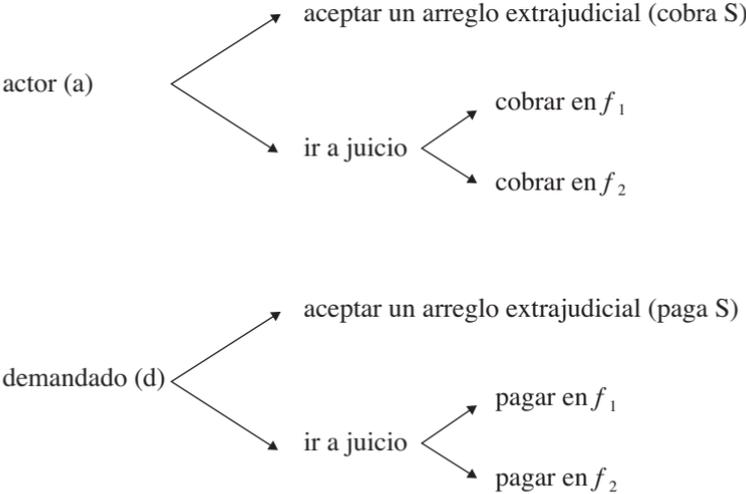
A este respecto vamos a incorporar a los supuestos del modelo general, los siguientes:

Ambas partes tienen la misma potencialidad para dilatar el proceso. Como dijimos, se considerará sólo una alternativa binaria: la posibilidad de “demorar” o “no demorar”;

Que esa dilación no tiene otras consecuencias para las partes que el devengamiento de intereses;

c) Para simplificar, se supone que una vez iniciado el juicio no se puede optar por un arreglo.⁷

Gráficamente, el árbol de decisión inicial quedaría modificado, para cada parte, al introducirse nuevas ramificaciones, que lo dejarían ahora del modo que sigue:



Cabe aclarar que la secuencia lógica de la decisión, también variará según esta nueva configuración. La primera instancia de decisión, en consecuencia, va a ser determinar la actitud a tomar frente al proceso para determinar el valor esperado más conveniente del mismo y luego compararlo con el valor de un arreglo alternativo. Para ello, se definen dos momentos en el

horizonte temporal relativo a la finalización del proceso que corresponderán, el primero al juicio sin demora y el segundo al mismo proceso con demora y que quedarían definidos por las siguientes variables:

f_1 : fecha de pago de la indemnización sin demora

f_2 : fecha de pago de la indemnización con demora

$f_2 - f_1$: período de la demora

Si nos concentramos en ese momento de la decisión, veremos que el actor compara el valor esperado del juicio en f_1 con el correspondiente a f_2 , considerando que si cobra en f_1 puede emplear los recursos recibidos y obtener una rentabilidad definida por su costo de oportunidad⁸ del capital entre $f_2 - f_1$.

Las tasas de interés judiciales como costo de oportunidad resultarán aquí relevantes sólo en su vigencia durante el período de la demora, dado que en su aplicación al juicio hasta el momento f_1 quedarán fuera del dominio de las partes. Por eso, sea cual fuera su magnitud para ese período, las consideraremos absorbidas por el valor esperado del juicio.

Con relación al período que nos ocupa, entonces, los valores esperados del actor en cada momento son:

$$VE_{a1} = P_a J_a$$

$$VE_{a2} = P_a J_a (1 + r)$$

donde r es la tasa de interés judicial.

En esas condiciones, le convendrá demorar el proceso si:

$$P_a J_a (1 + r) \geq P_a J_a (1 + o_a)$$

o sí

$$r \geq o_a \tag{4}$$

en donde o_a es el costo de oportunidad del capital para el actor.

En cuanto al demandado, sus valores esperados en cada momento son:

$$VE_{d1} = P_d J_d$$

$$VE_{d2} = P_d J_d (1 + r)$$

Le convendrá demorar el proceso si:

$$P_d J_d (1 + r) \leq P_d J_d (1 + o_d)$$

o si

$$r \leq o_d \tag{5}$$

en donde o_d es el costo de oportunidad del capital para el demandado.

Considerando (4) y (5) se define que para eliminar los incentivos a demorar el proceso la condición necesaria es:

$$o_d \leq r \leq o_a$$

Este pequeño teorema implica que *la posibilidad de determinar una tasa como la buscada sólo existirá cuando el costo de oportunidad del actor sea mayor o igual que el costo de oportunidad del demandado*. Si la relación fuera inversa, no existirá posibilidad de encontrar una tasa que cumpla con el objetivo deseado, y cualquiera que se imponga siempre generará incentivos para que una u otra parte prefiera demorar.

Dijimos en su oportunidad que íbamos a suponer que la decisión de demorar no iba a traer otra consecuencia para las partes que el curso de los intereses. No obstante, podría pensarse que la demora modifica también la probabilidad de ganar o perder un juicio o el monto del capital de la condena. Puede pensarse que al pasar el tiempo, se incrementa en ciertas condiciones el riesgo de que el demandado se insolvente –de modo real o fraudulento–, o que se pierdan ciertas pruebas. Analíticamente, estas posibilidades pueden incluirse afectando la probabilidad, o también como “primas de riesgo” que afectan el valor real de la tasa de interés a partir de su magnitud nominal.

Pareciera que esos factores generan riesgos unidireccionales o al menos de magnitud diferente para ambas partes: operan, en ese sentido, la mayoría de las veces a favor del demandado y en contra del actor. En definitiva, cuando se incluye en el análisis el juego de estos factores, la tasa “real” a tomar en cuenta se alejará de la nominal. Eso justifica que la mayoría de las veces, la parte interesada en demorar sea el demandado, porque aunque aparentemente la tasa de interés judicial (nominal) supere a su costo de oportunidad del capital, su percepción de estas primas (a su favor) la reducen por debajo de ese costo.

Finalmente, cabe tratar el problema de la interacción entre las decisiones individuales y su reflejo en los costos sociales. Hasta ahora venimos analizando las decisiones de las partes aisladamente. No obstante, si una de ellas tiene la posibilidad de demorar por sí el proceso y decide hacerlo, éste se demorará para ambas, ya que no se considera la posibilidad de la restante de acelerarlo, o de oponerse a esa demora. Si esto fuera así, entonces, la decisión inicialmente planteada entre *arreglo* y *juicio (demorado o no demorado)*, según la conveniencia de cada uno de los participantes), pasará a ser únicamente entre *arreglo* y *juicio demorado*, cuando esta última alternativa –la demora– le convenga a solo una de las partes, cualquiera que sea y con independencia de la posición de la restante. En ese escenario, su contraparte, debería limitarse a esa única decisión, sea cual fuera el valor esperado que le represente el juicio demorado y computando al efecto de determinar ese valor el juego de la tasa de interés judicial aplicable.

Como parece evidente, esto se refleja en un fuerte sesgo hacia soluciones ineficientes, sea porque la disputa concluya en arreglos más costosos que los mejores juicios, o en juicios igualmente más costos que esos hipotéticos más beneficiosos, en términos sociales.

Comentarios finales

Hasta aquí hemos advertido que la tasa de interés que se aplica en los procesos de daños, es un factor natural a todos los sistemas. Esa naturalidad,

posiblemente ha hecho soslayar su función respecto a la demora en los procesos y el consiguiente incremento de los costos sociales del sistema judicial, en los análisis que se ocupan del asunto. No obstante, ante variaciones extremas, como las que caracterizaron al sistema argentino de la última década y de la actualidad, se hizo más evidente su influencia. Lo relevante aquí, es hacer explícito que no son las circunstancias empíricas extremas señaladas las que determinan esa influencia, sino que la misma existe de modo generalizado y puede ser estudiada de modo igualmente general, y consistente con el análisis económico del proceso estándar. Con independencia de la magnitud de las tasas aplicables, el problema puede analizarse a través de un marco teórico general que lo explique. Ese marco es válido aún cuando la tasa que se decida imponer sea nula (no se aplique interés alguno) o, por el contrario, tasas muy altas.

Lo que interesa, para comprender el problema, es el efecto bilateral de la tasa y la diversidad de costos de oportunidad de las partes: la misma tasa que paga una parte es la que cobra la restante, pero el costo de oportunidad de una no tiene por qué aproximarse al de su contraria.

En este aspecto, tampoco suelen ser las categorías jurídicas básicas (actor-demandado; juicios civiles-comerciales; etc.) las más aptas para incluir en una misma categoría a agentes con costos de oportunidad asimilables, aunque sea presuntamente. Esto determina que existen pocas esperanzas de encontrar una tasa generalizable que siquiera minimice los incentivos para demorar, dado que un mismo par de sujetos puede, en un proceso particular, adoptar las categorías jurídicas de actor-demandado, y en otro las inversas, y la misma tasa no podrá funcionar del mismo modo en ambas situaciones.

Del mismo modo, la identificación de primas de riesgo más o menos explícitas dentro de las tasas nominales aplicables, explica por qué, en general, las tasas judiciales determinan incentivos para que demore el demandado. Asimismo, el recurso a replicar las tasas de los bancos oficiales –aun las activas– importa incentivos en la misma dirección, dado que suelen situarse en el piso del mercado de crédito, por lo cual podrían ubicarse por debajo del costo de oportunidad del demandado.

En cuanto a las percepciones populares sobre los incentivos para demorar derivados de las tasas pasivas de los bancos oficiales, puede concluirse que éstas son correctas en un aspecto (esas tasas generan incentivos para que el demandado demore). No obstante, no lo son en cuanto aconsejan aplicar la tasa activa de los mismos bancos para solucionar el problema general de la demora, dado que, por los motivos explicados (primas) esa tasa también, de modo frecuente, motivará incentivos para demorar, en la misma dirección. Para ser (descontadas las primas) suficientemente alta como para sobrepasar ese costo de oportunidad, debería adoptar una magnitud tal que probablemente –al menos, en un importante sector– determinara incentivos para demorar en el polo opuesto de la relación procesal.

Del análisis que recapitulan los breves párrafos que anteceden, se pueden extraer algunas conclusiones claras:

1. En primer lugar, parece incontrastable que *la tasa de interés aplicable en el proceso es un factor de relevancia cuando se intenta analizar los incentivos de las partes para demorar el proceso o no hacerlo.*
2. Luego, se puede demostrar analíticamente –en las condiciones antes expuestas– que *no existe una tasa de interés que, con independencia de los datos empíricos concretos y en todos los casos, sea consistente con el objetivo social de minimizar la demora innecesaria en los procesos, en cuanto ésta dependa –en cualquier medida– de la actividad de las partes del mismo.*
3. Concretamente, *cuando el costo de oportunidad del capital para el demandado sea superior que el costo de oportunidad del actor, no existe analíticamente una tasa judicial que no incentive a alguna parte a demorar el proceso.*
4. Consecuentemente con lo antes apuntado, puede también afirmarse que *sería posible establecer una tasa que no genere incentivos para que ninguna de las dos partes tenga interés en demorar, dadas ciertas condiciones particulares de hecho (bastante exigentes, por cierto).*
5. *Los incentivos para demorar el proceso, derivados de la tasa de interés aplicable, no dependen exclusivamente del monto nominal de la misma, sino de modo muy importante, del juego de factores que hacen que*

la “*tasa real*” se aparte de la “*tasa nominal*”. Estos factores, en general, tienden a que la primera se reduzca respecto de la última, incluso hasta adoptar valores negativos. Y las partes harán sus previsiones sobre la base de la primera (la tasa de interés que efectivamente esperan pagar o cobrar). La insuficiencia general de la tasa real esperada, aún a altos valores de tasas nominales, determinada por los factores apuntados, es consistente con el dato empírico de que sean los demandados quienes mayoritariamente intenten dilatar los procesos.

De las conclusiones del estudio podrían en consecuencia derivarse algunas sintéticas recomendaciones normativas.

En primer lugar parece razonable asumir la inconveniencia de intentar emplear una tasa generalizada —e independiente de la conducta de las partes—, con la finalidad de resolver o minimizar la demora de los procesos. El problema de los incentivos para demorar, no se resuelve mediante la aplicación de la tasa activa de los bancos oficiales a todos los juicios (ni de ninguna otra tasa general).

Las sub-categorizaciones de procesos (por ejemplo, entre civiles y comerciales aplicando una tasa a unos y otra a los restantes) tampoco sirven para mejorar ese resultado. El mecanismo de establecer categorías jurídicas puede ser explicado desde el punto de vista económico como un instrumento para minimizar costos de transacción. Cuando se intenta intervenir en un cierto problema (por ejemplo, información asimétrica en los contratos) y se observa que quienes revisten una cierta posición, frecuentemente, sufren esa asimetría (en algún aspecto), entonces suele decidirse aplicar el mecanismo correctivo con relación *a todos los sujetos incluidos en esa categoría*, aunque, de hecho, no se vean afectados por esa condición. La explicación es sencillamente, que el costo social de investigar caso por caso la existencia de esa asimetría es muy superior al derivado de cerrar el debate sobre el punto, presumirla de modo general, y sufrir la fuga de eficiencia derivada de condiciones de hecho minoritarias. Eso explica, desde el punto de vista económico, la elaboración jurídica de categorías como “*trabajador*”, “*consumidor*”, “*débil jurídico*”, “*no predisponente*”, etc. (Acciarri, 2000).

Desde el punto de vista empírico, esas categorías pueden estar mejor o peor delineadas y reguladas. En lo que nos ocupa, el problema es que las categorías jurídicas generales y vigentes del proceso (sean las mencionadas de actor-demandado, o procesos civiles-comerciales, o juicios ejecutivos-de conocimiento, etc.), no guardan ninguna correspondencia con agentes con costos de oportunidad del capital asimilable y por lo tanto, no sirven para establecer soluciones diferenciadas con sentido económico. Un agente puede ser, en un proceso, demandado, y en otro, actor. Puede participar en un proceso civil, y también, en otro, comercial. Y, por supuesto, puede ser parte en un juicio ejecutivo, y en otro de conocimiento. Pero siempre su costo de oportunidad será el mismo, y ese factor nunca será apreciado para ser incluido en una u otra categoría (que evidentemente están elaboradas sobre otras bases y para otros fines). Por ello, si la tasa se determinara, por ejemplo, por el tipo de procesos, el sujeto se verá sometido también a tasas diferentes, las cuales lo incentivarán o no a demorar según el caso.

Dijimos que, en los hechos, hay casos en los cuales sí podrían encontrarse tasas que no incentiven la demora, y esto se daría si el costo de oportunidad del actor igualara o superara al costo de oportunidad del demandado. Esta conclusión sería un motivo más para descalificar (sólo uno más y en lo estrictamente concerniente al aspecto que nos ocupa), la conclusión que sostuvo la Corte Suprema de la Nación en su primitiva doctrina de “*YPF c/ Pcia. de Corrientes*”, cuando pretendió aplicar una única tasa a todo tipo de juicios, cualesquiera fueran las causas de la reclamación y las partes. Si los jueces pueden decidir la aplicación de la tasa según las circunstancias del proceso, podría consentirse en la conveniencia social de una tasa situada entre los costos de oportunidad de las partes (superior a la del demandado e inferior al del actor), si esto fuera, además, adecuado según el contexto general del proceso.

No obstante, esas condiciones y la posibilidad de identificar claramente un nivel de costo de oportunidad para las partes, son probablemente excepcionales. Lo general, entonces, es el incentivo para demorar en tanto y en cuanto sea posible. La directiva aquí sería minimizar el margen de demora posible para las partes. Todos los sistemas poseen sanciones para la

actividad procesal desleal o, específicamente, para la actividad dilatoria. No obstante, en la mayoría de las jurisdicciones la labor judicial suele ser laxa. Quizás un órgano, como el judicial, responsable de tanta demora, suele ser muy complaciente también con las demoras de las partes, hasta por esa circunstancia.

El proceso civil vigente en la mayoría de las jurisdicciones argentinas es eminentemente dispositivo, lo cual significa que su impulso depende de la actividad de las partes. Este carácter estructural del litigio lo hace muy vulnerable a la demora voluntaria de la parte que tenga interés privado en extender la duración del juicio.

Suelen darse dos respuestas a este margen de discrecionalidad de las partes. Una es el establecimiento de plazos ligados a cargas procesales. Esto se refleja en la existencia de plazos legales para el cumplimiento de las diligencias, tales que, si se exceden, dan por perdido el trámite del que se trata para la parte. Otro mecanismo, es lisa y llanamente la realización de la actividad por el órgano jurisdiccional. En el primero, se observa un problema que ya fue analizado, que se resume en la inexistencia de estudios sobre la eficiencia de los plazos, a la hora de legislarlos. Se adiciona a ese problema, la ineficacia de los mecanismos para hacer efectiva esa pérdida de facultades. Si ante la demora de una de las partes, en un trámite cuya pérdida le generaría un escaso perjuicio, se prevé un mecanismo por el cual su contraparte debe solicitar dicho decaimiento, debe darse traslado de esa petición, responderse y luego recién decidirse. Y todavía, esa resolución es pasible de recurso (y frecuentemente debe mediar notificación por cédula de todo el trámite), se ve con claridad que los costos derivados de ese mecanismo (aún medidos en los propios términos de demora), superan para la contraparte los beneficios de obtener el decaimiento de la medida que introdujo la demora, por lo cual decidirá tolerar esa dilación, y proseguir.

En el segundo aspecto, toda posibilidad de reforma queda atada a una reformulación más general del proceso. A simple vista, parece fácil afirmar que es más barato, en términos sociales, que cada una de las partes cumpla cierta actividad (por ejemplo, confeccionar cédulas de notificación) y

no que la misma sea cumplida por el órgano judicial, con el consiguiente incremento de costos administrativos. No obstante, esta conclusión no siempre es clara. Puede ser posible que la demora empíricamente admisible para las partes, para cada una de los trámites a su cargo, exceda en su costo social marginal a la realización de esas diligencias por el órgano judicial, dado cierto estado de la tecnología.

Todo esto, claro está, entendido sólo en su relación con un aspecto particular, integrado al complejísimo contexto de circunstancias cuya combinación determina como resultado sistemas judiciales lentos e ineficientes como los que caracterizan a la realidad argentina actual.

- 1 Concretamente, las líneas jurisprudenciales sustentadas en el fallo “Y.P.F c/Corrientes” de la Corte Suprema nacional, decidían la aplicación de la tasa pasiva de los bancos oficiales a toda clase de procesos. Más allá de las posiciones en torno de la justicia o injusticia de este temperamento, se comenzó a hacer popular la conclusión de que esta solución judicial determinaba incentivos para la demora de los procesos (Pocalva Lafuente, 1994).
- 2 Evidentemente hay una dilación que puede generar más consecuencias adversas que el mero curso de los intereses, lo que se daría, por ejemplo, con el devengamiento de costas por incidentes perdidos, o por la imposición de sanciones. Pero es claro también que hay una posibilidad de dilación que no llega a esos umbrales.
- 3 También se ha denominado a estos costos administrativos “terciarios” (Calabresi, 1970), pero mantendremos aquí la terminología empleada en el texto.
- 4 La versión que aquí se presenta corresponde a Miceli, T., “Economics of the Law, Torts, Contracts, Property, Litigation”, Oxford University Press, New York, 1997; aunque el modelo originalmente fue desarrollado por Gould (1973) y Landes (1971); también pueden encontrarse versiones similares en Shavell (1982), Posner (1982) y Cooter y Rubinfeld (1989).
- 5 Una presentación detallada de este tipo de modelos puede verse en Miceli, T.J., *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, California, 2004, p. 248.
- 6 Un análisis empírico sobre el funcionamiento del Servicio de Justicia en el ámbito del departamento judicial de La Plata a partir del estudio de 200 actuaciones puede verse en Berizonce, Roberto, *Derecho Procesal Civil Actual*, Ed. Abeledo-Perrot, 1999, p.171 y siguientes.
- 7 Esto se puede modificar sin problemas, abriendo el árbol cada vez que se produzca la instancia del arreglo; desde el punto de vista teórico sólo repite la misma decisión. Intencionalmente y al efecto de simplificar el análisis inicial también se soslayan alternativas como la mediación o el arbitraje, que merecen un análisis propio.
- 8 Podría darse que tanto el actor como el demandado fueran demandantes u oferentes en el mercado financiero. Si fueran demandantes, estrictamente, se debería hablar de “costo de capital” y si fueran oferentes, de “costo de oportunidad”. No obstante, equipararemos ambos conceptos bajo el rótulo de “costo de oportunidad”.

Bibliografía

- Acciarri, H., (2000): “Las Consecuencias Económicas del Derecho de Contratos. Principios, Instrumentos y Objetivos Particulares de Política Normativa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.*, 3a época, Núm. 3, Granada, España.
- Berizonce, R., (1999): *Derecho Procesal Civil Actual*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Berizonce, R., (1995): *El costo del proceso*, Jurisprudencia Argentina. Tomo 1995-I.
- Calabresi, G., (1970): *The Costs of Accidents. A legal and economic analysis*, New Heaven and London.
- Cooter, R., and Ulen, T., (1997): *Law and Economics*, 2nd Edition, Addison-Wesley.
- FIEL, (1994): “La Reforma del Poder Judicial en la Argentina”, ADEBA, Documento Nro. 5.
- Miceli, T.J., (1997): *Economics of the Law: torts, contracts, property, litigation*, Oxford University Press.
- Miceli, T.J.,(2004): *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press.
- Pocalva Lafuente, J. C., (1994): “Abandono de la tasa pasiva”, comentario al fallo “Banco Sudameris c/Belcam S.A y ot.”, *La Ley*, 1994-C.
- Pintos Ager, J. (2000): *Baremos, Seguros y Derecho de Daños*, Instituto Universitario de Derecho y Economía, Universidad Carlos III de Madrid; Ed. Civitas, Madrid.
- Pocalva Lafuente, J. C., (1994): “Abandono de la tasa pasiva”, comentario al fallo “Banco Sudameris c/Belcam S.A y ot.”, en *La Ley*, 1994-C, p. 29 y ss.
- Posner, R., (1992): *Economic Analysis of Law*, 4th Edition, Little, Brown and Company, Boston.
- Shavell, S., (1987): *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, USA.