

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Prof. V. Jaime

TEMA 9: LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los bienes reconocidos tradicionalmente como público es el de la existencia de unas normas que regulen la convivencia entre los ciudadanos, con la garantía de su cumplimiento y aplicación. Esta es una forma bastante general de referirnos al bien "justicia".

Este bien aparece como uno de los derechos fundamentales; así se recoge en el art. 24 de la CE: " Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión". Este reconocimiento constitucional atribuye a la justicia la necesidad de su general aplicación (todas las personas...), eficacia (la tutela efectiva...) y accesibilidad que la relaciona con el criterio de equidad; al no permitir la exclusión (...sin que en ningún caso pueda producirse indefensión) se está considerando que no puede haber posibilidad de excluir a nadie por insuficiencia de medios que impida acceder a los mecanismos de la Justicia. Se aplica, pues, a través de la norma máxima una de las características de los bienes públicos puros: la generalidad y se exige al Sector Público que lo suministre bajo los criterios de eficacia, eficiencia y equidad.

Sin embargo, no es un bien público puro, ya que de las dos características que debe cumplir (la no rivalidad en el consumo y la no exclusión) falla la primera: la justicia es un bien rival en el consumo, lo que hace que, a partir de un determinado nivel de uso, se produzcan problemas de congestión y pérdida de calidad; problemas que han pasado a formar parte permanente de las preocupaciones del ciudadano y de la agenda política.

Por otra parte, el carácter tradicional de la justicia como bien público proviene de la propia existencia del mercado. La existencia de un sistema protector de los derechos de propiedad es inherente a la economía de mercado; y la existencia de un sistema garante de la convivencia y de las relaciones personales de los individuos y de sus actos lo es a su pertenencia a un grupo social. La necesidad de justicia surge, por tanto, como una necesidad primaria de los individuos, en tanto en cuanto se relacionan y comercian. Por otra parte, la organización de un sistema que garantice todos los derechos económicos y sociales de los individuos genera externalidades suficientemente amplias como para clasificar la necesidad de justicia como pública y, en consecuencia, asignar la provisión del bien que la satisface al Estado.

El bien público justicia abarca a todo el sistema jurídico: tanto la elaboración de las leyes como a su aplicación. El análisis económico del sistema jurídico se ha manifestado en varias ramas con distinto alcance e importancia. Una de las que más desarrollo ha tenido es la conocida como Economía de la Justicia. Según la define Santos Pastor "es el análisis económico del sistema judicial".

El sistema judicial está formado por distintos elementos: por un lado, el conjunto de relaciones sociales conflictivas cuya resolución se encarga a los jueces y tribunales, quienes tienen encomendadas también otras misiones tales como la creación del derecho jurisprudencial (jurisprudencia) o el mantenimiento de las competencias de los distintos poderes del Estado. Por otra parte, el conjunto de sujetos, privados y públicos, que actúan formando parte de los pleitos como juzgadores, personal al servicio de la Administración de Justicia, abogados, procuradores, peritos, litigantes, etc.

Así pues, la Economía de la Justicia se ocupa del análisis económico de la labor de los juzgados y tribunales; de la denominada Administración de Justicia.

La tarea de la Economía de la Justicia consiste en la explicación y la predicción de los fenómenos sociales que llamamos judiciales y en el establecimiento de criterios de política judicial como, por ejemplo, la cantidad de justicia que debe proveerse pública y privadamente, la decisión de si se debe o no adoptar un sistema de tasas, conocer la estructura de mercado de los servicios jurídicos, determinar la conveniencia de adoptar mecanismos que hagan más competitivos esos mercados, averiguar el efecto que puede tener sobre la congestión y dilación existente las reglas sobre la penalización de la litigación temeraria o aquellas que establezcan recargos por mora ante el incumplimiento de las obligaciones.

Los objetivos fundamentales del sistema judicial serían, pues:

- **La eficiencia:** la minimización de los costes sociales del proceso, lo que incluye los costes directos públicos, es decir, los costes incluidos en los presupuestos del Estado, los costes privados (costes monetarios en forma de honorarios de los letrados, procuradores, peritos, etc. y costes de oportunidad en forma de recursos de tiempo y esfuerzo), los costes derivados de la congestión y dilación en la resolución de los pleitos y los debidos a los errores judiciales.
- **La equidad:** maximizar el acceso de los ciudadanos a la justicia

Las normas jurídicas, tanto procesales como sustantivas, y el funcionamiento de las instituciones judiciales crean un entorno de incentivos específico que induce ciertos comportamientos por parte de los individuos. Estos incentivos afectan sustancialmente a la decisión de litigar o de llegar a un acuerdo a la que se enfrentan los sujetos afectados por un conflicto jurídico.

Los principales problemas a los que se enfrenta la justicia son los siguientes:

- La excesiva demanda de litigación -la litigiosidad- resultado, al menos en parte, de los errores en la configuración de las normas sustantivas y procesales y de los criterios de actuación de los juzgadores (su distanciamiento respecto de la sociedad en nombre de la cual están administrando justicia), factores que incentivan de forma inadecuada la conducta de los involucrados en el pleito.
- Por el lado de la oferta, la ineficacia en el gasto, las deficiencias en la gestión y la falta de un entorno de incentivos adecuado.
- Como consecuencia de los problemas de oferta y de demanda, la congestión, dilación y lentitud.
- La escasa accesibilidad para quienes carecen de medios
- Las diferencias técnicas en la preparación y conocimientos de jueces y otros agentes en el ámbito de la justicia (abogados, procuradores, fiscales...)
- Fallos en el mercado de servicios jurídicos
- Corporativismo y protagonismo de los agentes

2. LOS COSTES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Como se ha señalado anteriormente, el objetivo básico de la política judicial debe ser la maximización del acceso a la justicia minimizando los costes totales del proceso, que serían la suma de los dos siguientes:

- Costes directos privados (asistencia letrada, procurador, honorarios de peritos, tiempo de las partes y rentas dejadas de percibir, etc.) y costes directos públicos: costes de funcionamiento, personal, inversiones... que se financian con los presupuestos del Estado
- Costes derivados del mal funcionamiento de la justicia (costes de error): tanto de los errores judiciales en sentido estricto (condena de inocentes y absolución de culpables) como por los incentivos que ello genera para la comisión de actos dolosos.

Los costes directos (D) son aquellos en los que se incurre con la actividad litigadora, consistentes en tiempo y dinero destinados a esa actividad –ya sea de litigación o de acuerdo- tanto por las partes directamente implicadas como por jueces, abogados, testigos así como los gastos en material, edificios, servicios, etc. En los costes directos se incluyen los de dilación y congestión, resultado de la lentitud en el funcionamiento de la justicia y que son básicamente costes de oportunidad. Dichos costes son sufragados en parte por el usuario del servicio y, en parte, por los contribuyentes.

Los costes de error (E) son los que se originan cuando el sistema judicial fracasa en la realización de las funciones que tiene encomendadas como, por ejemplo, los que se crean como consecuencia de incentivar comportamientos ineficientes –absolver de responsabilidad al causante de un accidente, induciéndole a no tomar las precauciones debidas en el futuro- además, como se ha señalado, los costes de los errores judiciales.

Dado que el acuerdo es más barato que la litigación (se eliminan al menos una parte de los costes directos, aunque no los de error), los factores que lo incentiven reducirán los costes totales. Dicho de otra manera, ya que el coste total de un conflicto judicial es la suma de los costes de error más los costes de litigar más los costes de llegar a un acuerdo¹, es esta suma la que hay que minimizar. Es complejo predecir el efecto que tendrá sobre la eficiencia (la minimización de los costes) posibles cambios en los factores, pero, en términos generales, se podría afirmar:

- Un mayor gasto público en litigación reduce los costes de error (por ejemplo, a través de una mayor capacidad probatoria mediante una mejora en la cantidad y la calidad de las pruebas), pero aumenta los costes directos por dos vías: en primer lugar, por el propio aumento del gasto; en segundo lugar, haciendo que la litigación resulte más atractiva que el acuerdo.
- Si se abarata el acuerdo, aumentará el número de casos que terminen en éste, lo que reduce los costes directos de litigación, pero crecerán los costes de error al ser la probabilidad de éste mayor que en el supuesto del litigio.

En consecuencia: la tasa de litigación (es decir, la proporción de conflictos que concluyen en litigio) en un momento cualquiera del tiempo será mayor que la óptima y, por tanto, ineficiente si la diferencia entre los costes totales de litigar y los costes totales de llegar a un acuerdo (es decir, el sobre coste de litigar) es mayor que la reducción en los costes de error que resulta de ese mayor número de casos litigados.

3. EL MODELO BÁSICO DE TUTELA JUDICIAL

Las relaciones sociales comprendidas dentro del sistema judicial pueden considerarse como relaciones de intercambio entre oferentes y demandantes de un servicio concreto, la tutela judicial de los derechos.

Para estudiar la tutela judicial emplearemos un modelo básico de demanda y oferta, en el que se trata a la tutela judicial como un bien económico. Supondremos, al efecto, que demandante y demandado se comportan racionalmente y son neutrales frente al riesgo.

La demanda de tutela judicial

Demandante y demandado pueden alcanzar antes de ir a juicio un acuerdo extrajudicial. Si no es así, irán a juicio, del que se pueden derivar gastos extraordinarios y que concluirá con una resolución judicial. Cuanto menor sea el coste de un acuerdo extrajudicial, menor demanda de pleitos.

¹ Lo que aquí se denomina acuerdo es lo que en el CC se llama transacción, regulada en el art. 1809 y ss.: "La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado".

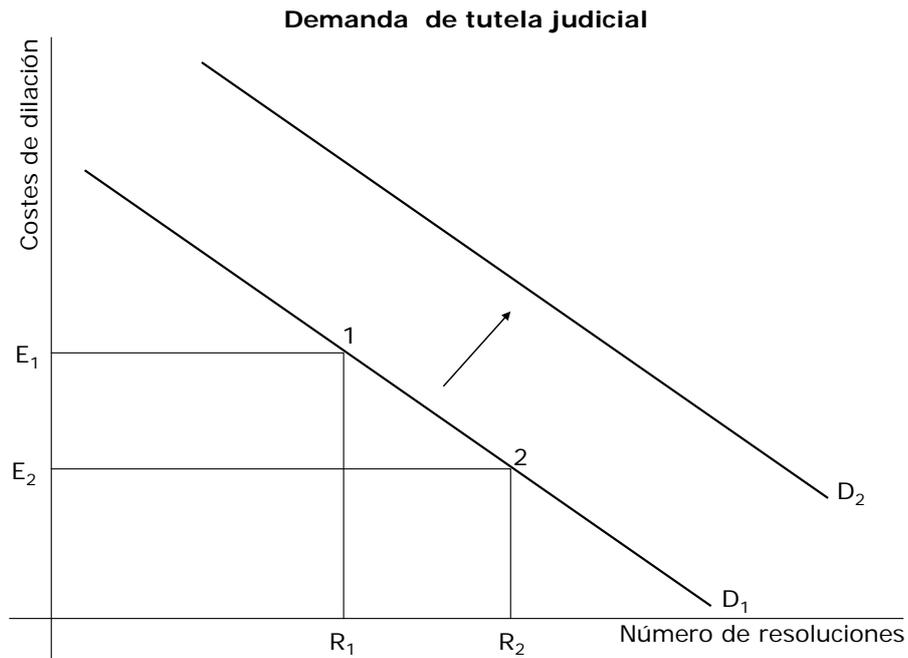
La demanda de tutela judicial depende esencialmente de dos elementos: el número de conflictos y el valor neto (es decir, descontados los costes de litigación o de acuerdo) esperado del pleito para cada parte. Formalmente,

$$D = f(Q, (P_d - P_0), C, E, A, N)$$

Siendo:

- D: demanda de tutela judicial, es decir, la resolución de los conflictos mediante el litigio
- Q: cuantía de la pretensión, que tiene una relación directa con D ya que cabe esperar que cuanto mayor es la cuantía de la pretensión, mayor es la demanda de tutela judicial, es decir, es más probable que un conflicto termine en litigio.
- C: costes de litigar, monetarios (pagos de honorarios a peritos, abogados y procuradores) y de oportunidad (tiempo y recursos invertidos). La relación con D es inversa.
- E: costes de dilación del proceso
- A: costes de llegar a un acuerdo (mecanismo alternativo al litigio). Los costes de llegar a un acuerdo incluyen pagos a letrados y a peritos; pero también incluyen los costes derivados de los comportamientos estratégicos de las partes durante la negociación. La relación con D es directa, ya que cuanto mayores sean los costes del acuerdo, mayor será la tendencia a litigar. Ello puede verse también de la siguiente manera: el acuerdo (la transacción) es un bien sustitutivo del pleito; por tanto, cuanto mayor sea el coste del acuerdo (su precio) mayor será la tendencia a litigar.
- N: número de conflictos existentes. La relación con D es directa, ya que cuanto mayor sea el número de situaciones de potencial recurso a la justicia (delitos cometidos en el orden penal, incumplimientos de acuerdos o contratos en el orden civil...) la demanda de tutela es mayor.
- $P_d - P_0$: estimación de las partes de la resolución favorable del conflicto. P_d es la probabilidad que estima el demandante de que le den la razón, mientras que P_0 es la probabilidad que estima el demandado de que le den la razón al demandante. Obviamente, si el demandante estima que la probabilidad de que le den la razón es alta mientras que el demandado estima que esa probabilidad es muy baja (es decir, que la van a dar la razón a él) la tendencia hacia la litigiosidad será alta (ambas partes están convencidas de ganar, con lo que la diferencia del paréntesis es muy grande). Al revés, si el demandante piensa que la probabilidad de ganar es elevada, mientras que el demandado piensa lo mismo –es decir, que tiene pocas probabilidades de que le den la razón- la diferencia del paréntesis disminuye. En todo caso, la relación entre el resultado del paréntesis y D es directa, ya que cuanto mayor sea la probabilidad que estiman las partes de ganar el litigio, menos dispuestas están a hacer concesiones y llegar a acuerdos.

Por lo tanto, podemos representar la función de demanda de tutela judicial en un gráfico en cuyo eje vertical representaríamos los costes de dilación (E) y en el eje horizontal el número de conflictos resueltos mediante litigio (resoluciones)



La demanda de tutela judicial aumentará, es decir, se desplazará hacia la derecha de D_1 a D_2 si:

- Disminuyen los costes del litigio (C)
- Aumenta el valor de la pretensión (Q)
- Aumentan los costes de llegar a un acuerdo (A)
- Aumentan las probabilidades de ganar del demandante o disminuyen las del demandado ($P_d - P_0$).

Por otra parte, y manteniéndose constantes las variables anteriores, la cantidad demandada de tutela judicial (resoluciones) aumentará si disminuyen los costes de dilación (paso del punto 1 al punto 2).

La oferta de tutela judicial

La oferta de tutela judicial, es decir, la cantidad de tutela judicial con la que cuenta una sociedad, depende de los siguientes factores:

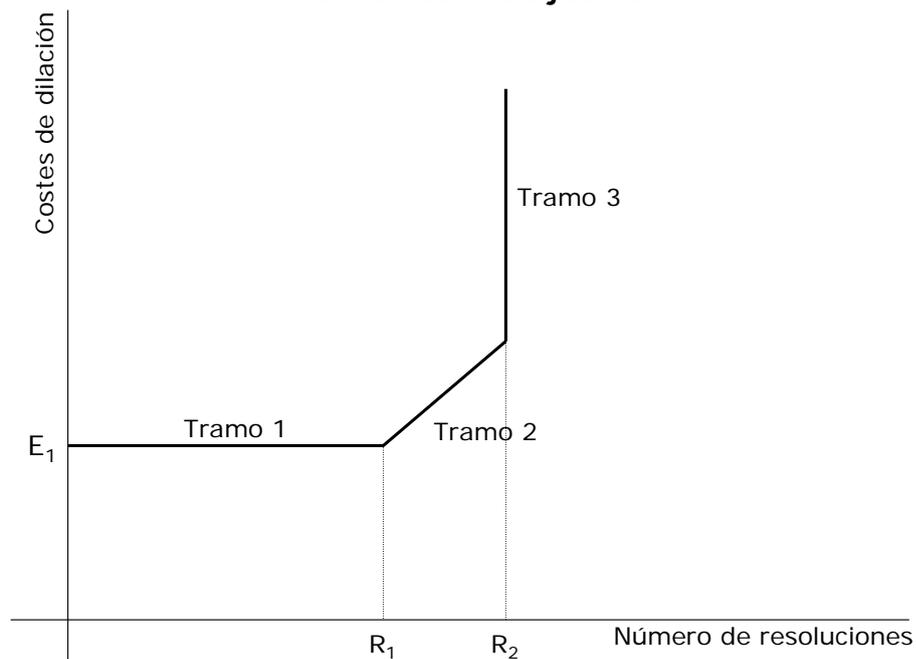
- De la cantidad y calidad de los recursos invertidos en la administración de justicia:
 - Número y calidad del personal al servicio de la administración de justicia (T_h): jueces y magistrados, otro personal (secretarios, oficiales, agentes...) La calidad viene dada por el nivel de formación y de conocimientos.
 - Volumen y calidad de los recursos materiales (T_m): locales, instalaciones, informática y comunicaciones, etc.
 - Cuantía de los recursos financieros (T_f)
- De la eficiencia (Z) con que se emplean estos recursos (un indicador puede ser el número de casos resueltos por periodo de tiempo).

- De variables políticas (Y): en el sistema judicial operan distintos agentes (asociaciones, colegios profesionales, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia) que en ocasiones se comportan como grupos de interés.

La relación que hay entre las cuatro primeras variables y la oferta de tutela judicial es directa, mientras que la de la quinta es incierta. Formalmente,

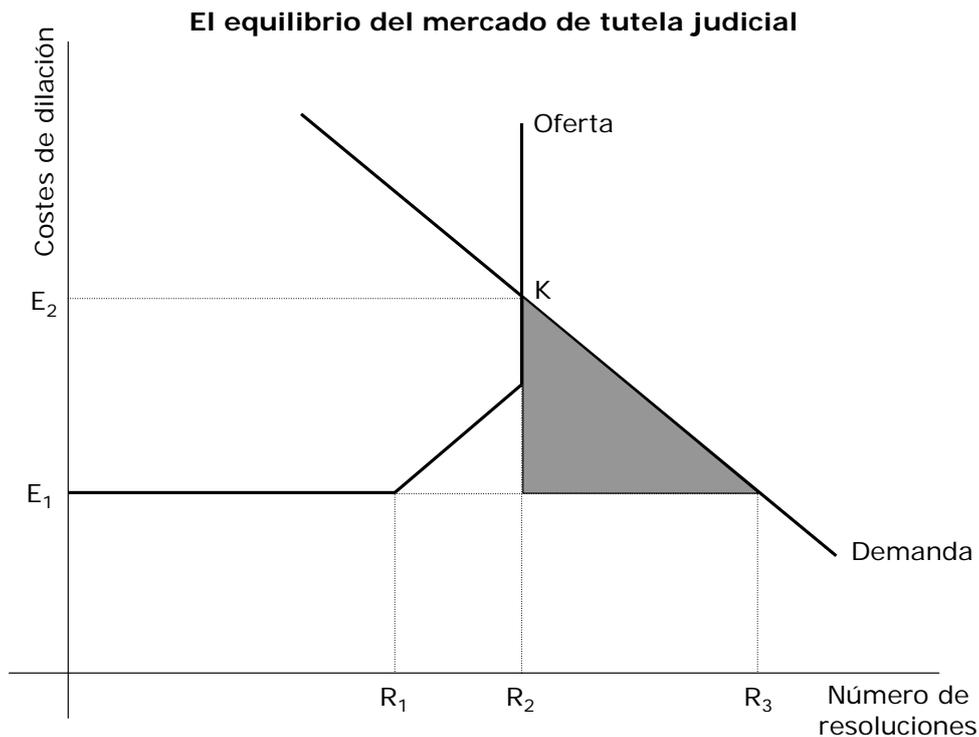
$$S = f(T_h, T_m, T_f, Z, Y)$$

Oferta de tutela judicial



La oferta de tutela judicial tiene una forma peculiar. Hasta un cierto número de resoluciones (R_1) los costes de dilación son constantes (E_1), ya que todo proceso tiene, necesariamente, que cumplir determinados plazos (Tramo 1). A partir de aquí, los órganos judiciales pueden resolver más casos, pero con un coste de dilación creciente (Tramo 2). Llega, no obstante, un punto a partir del cual la justicia está colapsada y la oferta se vuelve rígida; los órganos judiciales no pueden resolver más que R_2 casos.

Si la demanda de resoluciones es grande, se producirá congestión. La figura siguiente muestra esta situación. El equilibrio se sitúa en el punto K, en el que el número de resoluciones es R_2 y los costes de dilación ascienden hasta E_2 . Si los costes de dilación fueran el mínimo exigible (E_1), los ciudadanos demandarían R_2 resoluciones; este incremento ($R_2 - R_1$) lo valoran en la superficie del triángulo sombreado.



4. POLÍTICA JUDICIAL

La disminución de la congestión y dilación judiciales

La congestión y la dilación conllevan una serie de costes. En primer lugar, costes de oportunidad: de tiempo perdido de la gente en la cola o en prisión esperando juicio, o de los que tienen activos inmovilizados pendientes de resolución. La congestión y la dilación también incrementan los costes de error judicial, ya que retrasan la adaptación de las reglas a las nuevas circunstancias, hacen el error más probable al degradarse el valor de la prueba con el paso del tiempo y aumentan la diferencia entre el valor del daño y el de la indemnización fijado en la sentencia.

La existencia de estos costes afecta especialmente a la decisión de litigar o de llegar a un acuerdo. Al suponer un mayor coste de la tutela judicial, reducen la demanda de dicho bien. Inducen a una mayor probabilidad de acuerdo, por haber reducido el valor real de la pretensión. Pero por otra parte, la congestión y la dilación aumentan la incertidumbre sobre el resultado final, con lo que a su vez reducen la probabilidad de acuerdo. Dado que la congestión y la dilación se originan por un exceso de demanda sobre oferta, las medidas propuestas para reducirlas se centran en reducir la demanda o incrementar la oferta.

Las medidas para reducir la demanda de servicios de tutela judicial van desde el incremento de las tasas judiciales, a buscar mecanismos de alternativos a la resolución judicial de los conflictos (procedimientos arbitrales) o mecanismos que limiten el acceso a la tutela judicial. El problema principal de estas medidas es que restringen el acceso a la tutela judicial, cuya garantía se recoge en los principios constitucionales.

Las medidas para incrementar la oferta buscan mejorar la administración con la incorporación de medios personales y materiales, un mayor uso de las salas de justicia, movilidad del personal, creación de un entorno de incentivos positivos para el cumplimiento de objetivos y medidas sancionadoras ante el incumplimiento de los mismos. El problema de estas medidas es que desincentivan los acuerdos e incrementan los casos litigados con lo que aparecen nuevas colas y congestión; además, al incrementarse los órganos judiciales hay una mayor probabilidad de aparición de sentencias contrapuestas, con la consiguiente disminución de la seguridad jurídica.

El volumen óptimo de tutela judicial

A los efectos del análisis, supondremos que una persona –el demandante –inicia un litigio llevando a cabo una actuación inicial que conlleva un coste, sea interponer una demanda frente a un tercero –el demandado- sea contratar a un abogado. El demandante iniciará el litigio si los costes de éste son menores que los beneficios esperados de ganarlo, que consisten bien en las ganancias (pagos) derivadas de un acuerdo, o de las que espera obtener de la sentencia judicial. Sea por una vía o por otra, lo fundamental estriba en que el demandante espera conseguir un beneficio.

De la sencilla descripción efectuada del litigio se deduce directamente que la probabilidad de acudir a éste es tanto mayor cuanto a) menores sean los costes de litigar b) mayor sea la probabilidad de ganar el litigio y c) mayor sea el valor que otorgue el demandante a ganarlo, es decir, mayor sea el beneficio esperado.

Cabe preguntarse a continuación en qué medida la cantidad (el número) de litigios que se producen en la realidad coincide con la cantidad socialmente óptima. Es el hecho que cabe suponer que ambas cantidades son distintas y que la desviación entre ambas puede ser en más o en menos. La razón es la siguiente:

- Por un lado, existe una divergencia entre los costes privados y los costes sociales de un litigio que empuja hacia que el número de éstos sea excesivo. Cuando el demandante toma la decisión de litigar sólo tiene en cuenta sus propios costes, es decir, no considera los costes en que incurrirá el demandado ni tampoco el coste por el uso de los recursos públicos consumidos en el litigio. En consecuencia, el número de litigios será mayor que el socialmente óptimo.
- Por otro lado, también existe una diferencia entre los beneficios privados y los beneficios sociales. Concretamente, el demandante no tiene en cuenta los beneficios sociales que derivan del litigio como, por ejemplo, los efectos disuasorios sobre las conductas impropias de terceros. El demandante sólo considera el beneficio privado –frecuentemente, una transferencia de recursos desde el demandado hacia él-. En consecuencia, el número de litigios será menor que el socialmente óptimo.

No obstante, la importancia del primer factor (la divergencia en costes) es bastante mayor que la del segundo ya que, por distintas razones, los beneficios debidos a la disuasión pueden ser relativamente pequeños. Veámoslo en dos campos que constituyen una parte sustancial de todos los litigios: los pleitos por daños en accidentes de coche y los pleitos por responsabilidad de productos defectuosos.

Respecto de los primeros, cabe suponer que la disuasión debida a la responsabilidad por los daños causados es reducida. Las personas tienen buenos motivos para evitar los accidentes automovilísticos, además de no incurrir en responsabilidad por daños: pueden dañarse ellos mismos, pueden sufrir multas de tráfico e incluso, tener que afrontar penas mayores si les detienen conduciendo bajo los efectos del alcohol o por exceso de velocidad. Habida cuenta de estos factores son otros tantos incentivos para evitar los accidentes y que los seguros de automóvil disminuyen el efecto disuasorio de la responsabilidad por daños, cabe preguntarse en qué medida la amenaza de la responsabilidad por daños refuerza la disuasión.

Respecto de los segundos, pasa algo similar: con independencia de que las empresas sean responsables por productos defectuosos, no desean que los productos que venden causen daños a sus clientes ya que, si ello ocurriera, perderían ventas y/o tendrían que reducir sus precios, con la consiguiente pérdida de ingresos y de beneficios. En consecuencia, y al igual que en el caso anterior, el efecto disuasorio es bajo.

La conclusión es obvia: cabe esperar que, en términos generales, el número de litigios que se producen efectivamente es mayor que el que resultaría socialmente óptimo.

Un corolario de lo anterior es que, en ocasiones, los incentivos para tomar precauciones y para evitar daños pueden ser muy escasos, incluso casi inexistentes. Supongamos el caso de una empresa que perjudica a un gran número de usuarios pero el daño es individualmente muy reducido. La empresa sabe que, debido a los costes de litigación, la probabilidad de que alguno de los usuarios damnificados plantee un litigio es muy baja, de manera que, a pesar de que el daño total puede ser alto, el valor esperado de los costes por compensación es muy bajo. Pero, además, aunque la probabilidad de litigio fuera mayor, la empresa solo tendría que hacer frente a los costes por compensación de los daños directos; el coste social total es mayor ya que incluye los costes de litigación en que incurrirían los usuarios damnificados y el de los recursos públicos empleados durante el proceso litigioso.

Dado que existe una discrepancia entre la cantidad de litigios privada y socialmente óptima, habría margen para una actuación del Estado que intentara reducir esta diferencia. Si se estima que el nivel de litigación (el número de litigios) resulta excesivo, el Estado puede desincentivarlo imponiendo alguna tasa para poder iniciar un pleito o mediante algún otro procedimiento que aumente los costes de pleitear. A la inversa, si piensa que el número de

litigios es demasiado bajo, puede incentivarlos de algún modo: subvencionando su coste o mediante otros procedimientos que faciliten el inicio del pleito.

Sin embargo, hay que señalar que el Estado necesita una gran cantidad de información para saber cuál es el nivel óptimo de litigación. Para ello no sólo debe conocer cuál es el valor de los costes de litigación para ambas partes, sino también el efecto disuasorio de los pleitos sobre terceros. Es decir, el Estado debe deducir el valor de las precauciones y su efectividad.

Veamos el efecto de dos de las medidas que se citan con más frecuencia: que quienes inician el litigio (los demandantes) paguen los costes en que incurre el Estado por el pleito y que quienes pierden hagan frente a todos los costes del litigio, incluidos los de la otra parte.

La primera medida se basa en la idea general de que quien utilice un servicio pague por su uso. Parece razonable que si alguien tiene que pasar la inspección de la ITV en su coche, pague la tasa correspondiente. Ello hace que las personas utilicen los servicios de la ITV únicamente cuando consideran que son necesarios, es decir, cuando creen que las ventajas de pasar la ITV son mayores que los inconvenientes de no hacerlo; en consecuencia, el óptimo privado y el óptimo social coinciden.

Sin embargo, hay razones para suponer que, en el caso de los litigios, esto no es así. Cuando una persona inicia un litigio, sus ventajas particulares (privadas) son distintas de las ventajas para el conjunto de la sociedad, como hemos visto antes. Por tanto, no resulta obvio que hacerle pagar la totalidad de los costes sociales del litigio incentive una decisión mejor desde el punto de vista social; es más, en determinados casos en los que el litigio sería socialmente beneficioso, el coste que tendría que pagar el demandante desincentivaría su inicio.

La segunda medida consiste en que quien pierde el litigio corre con todos los gastos, es decir, tiene que pagar los costes de la parte ganadora. En este caso, la base teórica es que parece justo que quien es declarado culpable cargue con los costes de la otra parte. Sin embargo, la medida tendría como efecto estimular la litigación, ya que los damnificados tendrían un incentivo para litigar, a menos que la probabilidad de ganar el pleito fuera muy baja. En consecuencia, esta medida tiende a empeorar las situaciones en las que hay un exceso de litigación.

5. LA ALTERNATIVA AL LITIGIO: LA TRANSACCIÓN

De acuerdo con la definición que hace el CC de la transacción (art. 1809), ésta puede entenderse como un contrato de compraventa de la pretensión en litigio del demandante al demandado. Si el caso se transige, el precio será el establecido en la transacción y la contraprestación, la liberación del demandado de los términos pretendidos por el demandante; pero si el caso va a pleito y el juez falla a favor del demandante, el precio será el fijado en la sentencia condenatoria y la contraprestación que obtiene el demandado, el efecto de cosa

juzgada; por último, si éste es absuelto, el precio es cero y la discusión queda igualmente zanjada².

La idea de fondo es relativamente sencilla: ante un pleito de derecho privado, las partes siempre tienen la opción de transigir; y como, en principio, transigir es más barato que litigar, ambas partes tienen un buen incentivo para la transacción: siempre que los costes privados del litigio superen a los de la transacción el ahorro resultante puede repartirse entre ellas con ventajas para ambos.

Supongamos, al efecto un caso que, si va a pleito, la probabilidad de que el demandante gane es del 75 % y la condena a indemnizar será por 100.000 €. Por tanto, el valor esperado de la indemnización es de $0,75 \times 100.000 = 75.000$ €. Los costes del pleito son 10.000 € para cada una de las partes. En consecuencia, cualquier acuerdo que se sitúe entre 65.000 ($75.000 - 10.000$) y 85.000 ($75.000 + 10.000$) dejará a las partes en mejor situación que si se celebra el juicio: la ganancia neta esperada para el demandante es de $75.000 - 10.000 = 65.000$, mientras que la pérdida esperada neta para el demandado sería de $75.000 + 10.000 = 85.000$.

Si, además, suponemos que las partes son aversas al riesgo, como suele ocurrir, la transacción resulta todavía más atractiva; cuanto más pesimista sea una parte, menor será la estimación que efectúa de la probabilidad de ganar el pleito y, consiguientemente, será más favorable a la transacción. Ello es lo que ocurre en los litigios con las compañías de seguros; éstas son más neutrales al riesgo que los particulares ya que cuentan, por regla general, con mayores recursos económicos y están más acostumbradas a tener que litigar por reclamaciones; en consecuencia, la mayor parte de pleitos por este motivo se resuelven transaccionalmente.

El modelo de Miceli

Miceli ofrece una formalización sencilla del modelo de la transacción

Sea $P_d \cdot Q - C_d$ el valor esperado del pleito para el demandante, en donde P_d es la estimación que hace de la probabilidad de ganar el pleito, Q la ganancia del pleito fijada por el juez y C_d el coste del pleito para el demandante.

Similarmente, sea $P_0 \cdot Q + C_0$ el valor esperado del pleito para el demandado, donde P_0 es la estimación que éste efectúa de las probabilidades que tiene el demandante de ganar el pleito y C_0 es el coste que el pleito tiene para el demandado (véase que la expresión indica una pérdida). Suponemos también que el valor de Q es el mismo para ambos.

La transacción requiere un pago, S ; y los costes de transigir son cero. En tal caso, el demandante aceptará la transacción si el pago S es mayor o, como mucho, igual al valor esperado que para él tiene el pleito ($P_d \cdot Q - C_d$), mientras que el demandado aceptará pagar S

² *ABC de la transacción*. Pablo Salvador Coderch, pag. 4, InDret 04/2002

si es menor o, como mucho, igual, a la pérdida esperada del pleito ($P_0 \cdot Q + C_0$). Por tanto, y en términos formales:

$$\text{Para el demandado: } S \leq P_d \cdot Q + C_0$$

$$\text{Para el demandante: } S \geq P_d \cdot Q - C_d$$

Dado que S (el valor del pago) es el mismo para ambos, tendríamos:

$$P_0 \cdot Q + C_0 \geq P_d \cdot Q - C_d$$

Es decir, la transacción se llevará a cabo si el valor estimado del pleito para el demandado (pérdida) es mayor que para el demandante. Arreglando la expresión,

$$C_d + C_0 \geq (P_d - P_0) \cdot Q$$

Es decir, que la suma de los costes de las partes sea mayor que el valor esperado conjunto del pleito. En tal caso, habrá un valor de S que sea aceptable para ambas partes, hay un intervalo de valores en los que el acuerdo es posible. Obsérvese que la condición también se cumple si $P_d = P_0$, es decir, si ambas partes creen que el pleito acabará del mismo modo (en tal caso, la parte derecha de la desigualdad sería 0); preferirán ahorrarse los costes del litigio (es lo que ocurre en el ejemplo numérico anterior: para las dos partes, la probabilidad de que gane el demandante es del 75 % es decir, de 0,75). Si, además, las partes son aversas al riesgo, es todavía más posible que prefieran el equivalente cierto de la transacción al resultado incierto del pleito.

Tanto la teoría como el sentido común destacan la bondad del acuerdo. Sin embargo, en la realidad los acuerdos son escasos debido a tres factores:

- *El papel de los abogados.* La demanda de tutela judicial es una demanda inducida, es decir, el particular interpone la demanda (o no) por consejo de su abogado. En la mayor parte de los casos, el cliente desconoce el mundo del Derecho; se pone en manos del profesional y sigue el consejo de éste. Se produce, por tanto, una relación de agencia con los consiguientes problemas: información asimétrica entre el agente (el abogado) y el principal (el cliente), remuneración independiente del resultado -prohibición de la cuota litis). Tendencia de los abogados a ir a pleito.
- *El sistema judicial.* Parte de la litigiosidad actual que no debiera producirse es endógena, esto es, está causada por el propio funcionamiento inadecuado del sistema judicial. A menudo resulta atractivo para el demandado incumplir sus obligaciones aprovechándose de la lentitud, los costes y la incertidumbre de los procedimientos. Una vez interpuesta la demanda, el deudor demandado carece de incentivos para llegar a un acuerdo y pagar hoy una cantidad que adeuda si puede posponerla tres años y con ello, además, abre la posibilidad de no tener que pagar si se produjese algún error judicial (v. gr., en la

valoración de la prueba), descuido del demandante (por ejemplo, olvidó asistir a algún trámite) o desánimo ante los costes y lentitud del litigio (motivo por el que algunos demandantes —por ejemplo, muchos consumidores— no demandan).

- *La actitud de los jueces.* Hay cierta renuencia por parte de muchos jueces a involucrarse en el principio del asunto y tratar de favorecer los acuerdos. Unos aluden a que si lo hiciesen se verían contaminados y limitados para poder juzgar el caso después si no se llegase a un acuerdo; otros, a que consideran que ése no debe ser el papel de los jueces.

6. EL ACCESO A LA JUSTICIA: EL MERCADO DE SERVICIOS JURÍDICOS

El acceso a la justicia se enfrenta a costes tanto económicos como culturales y educacionales. Los costes económicos más importantes son los honorarios de los abogados. Las características del mercado en el que estos negocian y prestan sus servicios condicionará este coste.

Los servicios jurídicos se han identificado tradicionalmente como servicios de confianza. Se suele distinguir entre bienes de búsqueda (aquellos cuyas características puede conocer el consumidor incluso antes de adquirirlos como la ropa y el calzado) y bienes de experiencia (aquellos cuyas características puede conocer el consumidor únicamente tras haberlos consumido como los alimentos)

Existe además una tercera categoría, los bienes de confianza: aquéllos cuyas características no es posible conocer aún habiéndolos consumido y que se caracterizan porque el cliente es incapaz de determinar su calidad y porque su prestación es a cargo de un experto quien está mucho mejor situado que el cliente para valorar las necesidades de éste. Esta asimetría informativa es tal que el experto tiene incentivos perversos a aprovechar su situación y cobrar más de lo debido por servicios que tal vez no sean necesarios. Ejemplos serían los tratamientos médicos, los servicios de reparación de automóviles y electrodomésticos y, a los efectos que nos interesan, los servicios jurídicos.

En efecto, los abogados están en mejor situación que sus clientes para determinar la dificultad intrínseca del caso, las posibilidades de éxito ante los tribunales y, en general, las diferentes contingencias que pueden afectar al resultado final. Además, el abogado puede hacer una estimación real del tiempo de trabajo y del nivel de esfuerzo que conllevará cada asunto. Por ello, el cliente tendrá serias dificultades para valorar la calidad del servicio recibido y distinguir en qué medida el resultado positivo o negativo se debe al buen (o mal) hacer del abogado, su talento, su preparación o su esfuerzo.

El mercado de abogados se caracteriza por una fuerte presencia de mecanismos de regulación pública y privada. Especialmente se dan problemas derivados de autorregulación con la colegiación obligatoria a través de la que se imponen precios mínimos, prohibición de

honorarios relacionados con el resultado, prohibición de publicidad y dependencia presupuestaria del Estado en el turno de oficio.

La gratuidad es uno de los sistemas para garantizar el acceso de los individuos con menos rentas a la justicia. Tiene ventajas desde el punto de vista de la eficiencia, ya que la aplicación de la justicia genera importantes efectos externos como por reducir los efectos de las tasas en la corrupción judicial. Desde el punto de vista de la equidad, si bien a simple vista mejora el acceso de los individuos a la justicia, se la critica diciendo que la generalización del acceso gratuito lleva a que, en muchos casos, están mejor los que reciben el servicio gratuito que quienes han de pagar por ello (por ejemplo en el caso de litigios entre empresas). Se argumenta que para la equidad sería entonces mejor el "beneficio de la justicia gratuita" que consiste en una transferencia pública a favor del usuario de la justicia, cuya administración se encomienda a los colegios de abogados (turno de oficio).

Las críticas que se realizan al turno de oficio tienen que ver con la discusión de las ventajas de las transferencias monetarias frente a las transferencias en especie en general y con la discusión de si es mejor una transferencia específica que permita al usuario obtener asistencia del letrado que desee, no del que se le imponga, y con la obligatoriedad de prestar este servicio por abogados que no lo desean en algunos colegios (los pequeños especialmente). Además, los bufetes importantes tendrán pocos incentivos a dejar sus casos para centrarse en este tipo de casos (lo que dejan de ganar es mayor que la transferencia) y que en España el gasto en este servicio es escaso.

BIBLIOGRAFÍA DEL TEMA

Pastor, Santos (2003): *Dilación, eficiencia y costes. ¿Cómo ayudar a que la imagen de la justicia se corresponda mejor con la realidad?* Documento de trabajo de la FBBVA nº. 5.

http://www.fbbva.es/TLFU/dat/dt5_2003_internet.pdf

Querol Aragón, Nuria (2007): *Análisis Económico del Derecho*. Ediciones FIEC, Madrid

Salvador Coderch, Pablo (2002): *ABC de la transacción*. InDret 04/2002 www.indret.com/

Shavell, Steven (2003): *Economic analysis of litigation and the legal process*. Harvard Law School, Cambridge, EE.UU.