

**LA REFORMA DEL PODER JUDICIAL  
EN LA ARGENTINA**

**LA REFORMA  
DEL PODER JUDICIAL  
EN LA ARGENTINA**

**FUNDACION DE  
INVESTIGACIONES  
ECONOMICAS  
LATINOAMERICANAS**

# INDICE

PREFACIO.....	11	
SINTESIS Y PRINCIPALES CONCLUSIONES.....	13	
El funcionamiento de la administración de justicia .....	13	
Recomendaciones .....	17	
INTRODUCCION.....	23	
PARTE 1. LA REFORMA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA		
CAPITULO I. EL PODER JUDICIAL ARGENTINO .....	29	
I.1. La organización judicial y el presupuesto público .....	29	
I.2. Principales indicadores del desempeño del Poder Judicial .....	37	
I.3. Evaluación de los resultados de la gestión judicial .....	43	
CAPITULO II. LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACION JUDICIAL ARGENTINA .....		57
II.1. Los jueces como ejes del sistema.....	57	
II.2. La eficiencia del empleo en el Poder Judicial .....	67	
II.3. La regulación de honorarios profesionales .....	74	
II.4. Los costos privados de litigar .....	86	

Impreso en la Argentina  
Hecho el depósito que marca la Ley 11.723

© Fundación de Investigaciones  
Económicas Latinoamericanas, 1996  
Córdoba 637, 4º piso  
Buenos Aires, Argentina  
Tel.: 314-1990/7178

I.S.B.N.: 987-99661-6-3

Derechos reservados  
Prohibida su reproducción total o parcial

<b>CAPITULO III. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE DISPUTAS: SU APLICACION EN LA ARGENTINA.....</b>	<b>111</b>
III.1. Introducción .....	111
III.2. Descripción de las distintas formas de resolución de conflictos.....	112
III.3. Datos de la experiencia internacional .....	114
III.4. Argentina: legislación actual y propuestas de modificación .....	118
III.5. Algunos datos sobre la experiencia argentina.....	122
III.6. Conclusión y propuesta.....	125
<b>PARTE 2. ANALISIS ECONOMICO DEL CONTENIDO DE LA LEGISLACION</b>	
<b>CAPITULO IV. LA LEY DE QUIEBRAS .....</b>	<b>133</b>
IV.1. Introducción .....	133
IV.2. Objetivos de la Ley de Quiebras.....	137
IV.3. Un análisis económico de la reforma de la Ley de Quiebras .....	150
IV.4. A la puerta de una solución de mercado .....	157
<b>CAPITULO V. REGULACION DE PAGOS: INCUMPLIMIENTO Y RECUPERACION DE CREDITOS. ....</b>	<b>173</b>
V.1. Introducción .....	173
V.2. El enfoque de la teoría.....	174
V.3. Tipos de regulaciones: el caso de los Estados Unidos.....	189
V.4. Estimaciones empíricas de los efectos de algunas regulaciones: el caso de los estados en los Estados Unidos.....	197
V.5. El marco legal en la Argentina: comparación con los Estados Unidos.....	204
V.6. Conclusión.....	208
<b>CAPITULO VI. DEFENSAS DEL CONSUMIDOR Y LA COMPETENCIA.....</b>	<b>211</b>
VI.1. Defensa del consumidor .....	211
VI.2. Defensa de la competencia.....	228

### PARTE 3. CONCLUSIONES

<b>CAPITULO VII. PROPUESTAS PARA LA REFORMA DE LA ADMINISTRACION JUDICIAL.....</b>	<b>257</b>
VII.1. Recomendaciones para mejorar la calidad y el costo de la administración pública de justicia .....	257
VII.2. Recomendaciones para generar una demanda privada eficiente y reducir el costo privado de litigar .....	259
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....</b>	<b>265</b>

## PREFACIO

La calidad de vida de los argentinos, la equidad de su sociedad en el plano económico y el clima favorable para el crecimiento sostenido se vinculan directamente a la administración de justicia. Una adecuada administración de justicia, entendida en un sentido amplio, es un prerrequisito básico de la organización social.

Cuando el análisis de los problemas judiciales y regulatorios se circunscribe al plano económico, las interrelaciones entre justicia y economía suelen aproximarse a través de la idea de seguridad jurídica. Esta es una dimensión del análisis, pero no la única. Desde los '70, el capítulo referido a "Ley y economía" en la literatura económica ha aportado nuevas dimensiones, que contribuyeron a la revisión del caso argentino que se presenta en este estudio.

Por un lado, el estudio analiza el funcionamiento del sistema judicial tanto en sus aspectos presupuestarios como en los organizativos, incluyendo dentro de éstos a los marcos que rigen a los actores públicos (jueces, funcionarios y empleados del Poder Judicial) y a los privados (abogados y peritos). Por otro, se estudia una parte de la legislación para evaluar si su diseño permite minimizar los costos necesarios para alcanzar los objetivos que plantea. El estudio realizado hasta el momento es, quizás, el primer análisis económico comprensivo de las instituciones legales realizado en el país.

Para poder llevar a cabo esta tarea se conformó un equipo de trabajo integrado por los siguientes profesionales: Daniel Artana, Fernando Alvarez, Nora Balzarotti, Marcela Cristini, Juan Javier Negri, Tomás Sebrisky, Santiago Urbiztondo y Edgardo Zablotzky. Colaboraron como asistentes de investigación, Matías Iaryczower y Graciela Misuriello. La dirección del trabajo fue responsabilidad de Daniel Artana y Marcela Cristini. El estudio, en particular, se benefició de los comentarios del Consejo Académico de FIEL, ingeniero Manuel Solanet.

Este trabajo fue posible gracias al aporte permanente de las empresas patrocinantes de la Fundación y al financiamiento especial provisto por

la Asociación de Bancos Argentinos y las siguientes empresas o instituciones: Acindar, Amoco, Banco de Crédito Argentino, Banco de Galicia y Buenos Aires, Banco Francés del Río de la Plata, Banco Río, Banco UNB, Benito Roggio, Bolsa de Comercio de Buenos Aires, Bridas, Bunge y Born, Cervecería Quilmes, Cámara Argentina de Supermercados, Ciba Geigy, The Coca Cola Export Corporation, Compañía Naviera Pérez Companc, Deutsche Bank, Dow Química, Esso, Establecimientos Modelo Terrabusi, Ferrosur Roca, Fundación Banco del Sud, Grace, IBM, Impsat, Isaura, S.C. Johnson & Son, Juan Minetti, La Previsión, Liquid Carbonic, Loma Negra, Massalín Particulares, Mercado Abierto Electrónico, Molinos Río de la Plata, Morixe, Nobleza Piccardo, Pirelli, Pistrelli, Díaz y Asociados, Quitrál Co, Santa María, Shell, Siemens, Sociedad Comercial del Plata, Sociedad Rural Argentina, Sudamérica Compañía de Seguros, Telecom, Unilever, YPF y Xerox.

FIEL desea agradecer la colaboración prestada por diversas personas e instituciones en el transcurso de la investigación. En la Argentina, a los jueces Gladys Alvarez, Martín Arecha, Bindo Caviglione Fraga, Ricardo Alberto Guibourg, María Jeanneret de Pérez Cortez y Jorge Pérez Delgado; a los doctores Ofelia de Beati, Julio Cueto Rúa, Rafael Bielsa (h) y Jeffrey Hoberman; al Ministerio de Justicia de la Nación; a la Subsecretaría de Desregulación, al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, doctor Francisco Pena; a la Secretaría de Hacienda de la Nación y gobiernos de varias provincias; a las empresas y estudios jurídicos que amablemente respondieron a las encuestas especialmente realizadas para este trabajo; y a la oficina de la AID en Montevideo. En los Estados Unidos y Canadá, a Carl Baar, Joseph Bobek, William Davis, Bryan Garth, Cynthia Gray, Deborah Hensler, Tom Henderson, John Hutzik, el juez Jarbowski, James Kakalik, John Kincaid, Bruce Kobayashi, Brian Ostrom, Robert Page, Robert Tobin, Marc Visnic, Russell Wheeler, Nelson Martínez del BID y María Dakolias del Banco Mundial. En España, a Antonio Martínez y José M.a Collado González del Ministerio de Justicia, a Gervasio Martín Martín del Consejo General del Poder Judicial y a la Oficina de Cooperación Internacional del Colegio de Abogados de Madrid.

Corresponde destacar que esta investigación es parte del Programa de Estudios de la Fundación, aprobado por su Consejo Directivo, aunque no refleja necesariamente la opinión individual de sus miembros ni de las Entidades Fundadoras o Empresas Patrocinantes.

Juan Pedro Munro  
Vicepresidente

Víctor L. Savanti  
Presidente

## SINTESIS Y PRINCIPALES CONCLUSIONES

1. El estudio del funcionamiento de la Justicia desde un punto de vista económico comprende dos aspectos principales: el análisis de los marcos institucionales que rigen el comportamiento de los diversos actores que intervienen en la resolución de conflictos, y la evaluación económica de la legislación. En este contexto, se busca diseñar un sistema que facilite el crecimiento de la economía y respete los derechos de los ciudadanos.

### EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

2. Un sistema judicial eficiente debe procurar resolver los conflictos con la mayor precisión posible, pero, al mismo tiempo, minimizando los costos de llevar a cabo esa tarea (presupuesto público y gastos privados de litigar). Una organización que procure únicamente reducir el presupuesto o los honorarios de los letrados y peritos pero que no brinde un grado de resolución confiable es ineficaz. También es poco eficiente un esquema que utilice para su funcionamiento fondos excesivos. Siempre existen alternativas para el uso de los recursos presupuestarios o humanos que participan del proceso de solución de diferendos entre dos partes en pugna. Entre estas alternativas conviene elegir la que con igual eficiencia y equidad de solución opera con menores costos.

3. La Justicia argentina ha sido cuestionada por diferentes observadores por su ineficacia para resolver disputas (demoras, elevados honorarios, e incluso corrupción). La “crisis” del sistema judicial puede obedecer a insuficiencias de presupuesto para la cantidad de trabajo a resolver, a diseños organizacionales inadecuados, o a una combinación de ambos factores.

### *Presupuesto, recursos disponibles y carga de trabajo*

4. Trabajan en el Poder Judicial de la Nación y de las Provincias alrededor de 3100 jueces (excluyendo jueces de paz), asistidos por algo más de 50.000 funcionarios y empleados. La carga de trabajo anual que enfrentan es del orden de 1.900.000 nuevas causas de primera y segunda instancia.

5. El gasto público en la administración judicial, incluyendo las erogaciones de la Nación y de las Provincias habría alcanzado en 1993 a alrededor de US\$ 1700 millones, equivalente a 0,65% del PBI.

6. La tradición legal argentina sigue la que rige en Europa continental, basada en Códigos y se diferencia de la tradición del derecho consuetudinario ("Common Law"). Los jueces tienen un papel más activo en el proceso de investigación de la prueba que en los Estados Unidos, donde se asigna una mayor responsabilidad a los abogados. Esto exige extremar los recaudos cuando se realizan comparaciones internacionales. Sin embargo, es posible obtener un panorama bastante completo de la situación relativa del Poder Judicial argentino comparándolo con los sistemas de los Estados Unidos y España.

7. El grado de litigiosidad de la Argentina medido por la relación de causas nuevas por cada 100.000 habitantes es un tercio del que existe en los Estados Unidos y la mitad del español. El número de causas de primera instancia por juez es aproximadamente 50% superior en esos dos países que en la Argentina.

8. La cantidad de empleados y funcionarios de apoyo por juez en la Argentina excede en más del 50% a la misma relación en los otros países, y el presupuesto medido como porcentaje del PBI es más del doble en nuestro país que en los dos casos utilizados como referencia.

9. Combinando los valores mencionados en los acápites anteriores se puede concluir que el presupuesto por causa nueva iniciada en la Argentina es casi el doble que el de los Estados Unidos y dos veces y media el de España. Estas diferencias difícilmente puedan justificarse por una mayor complejidad relativa de los casos.

10. Los datos anteriores permiten concluir que el sistema judicial argentino no enfrentaba en 1993 un problema de escasez de fondos presupuestarios, sino que mostraba algunas ineficiencias importantes, tales como el elevado número de personal de apoyo por juez y el gasto excesivo por causa, que revelan que es posible obtener mejoras importantes a corto plazo con un mejor uso de recursos. Debe señalarse que estas diferencias de "productividad" en los resultados pueden deberse a un mayor uso de insumos informáticos, en el caso de los Estados Unidos con respecto a nuestro país; pero no en el español, donde al igual que en la Argentina, existe una subutilización de este tipo de insumos.

11. Otros indicadores informativos para el caso argentino son: 1) la presencia de un elevado número de casos pendientes de resolución de años anteriores, pero un porcentaje promedio de resolución de causas

que no muestra una tendencia a agravar la situación, 2) una elevada variabilidad en la cantidad de casos resueltos por cada juzgado, lo que revela que existen posibilidades ciertas de mejorar el rendimiento promedio de resolución de conflictos en sede judicial.

### *Los ejes del sistema: jueces y personal de apoyo y representantes legales*

12. Para poder resolver pleitos en sede judicial los agentes económicos deben utilizar los servicios de representantes legales y de funcionarios del Estado (jueces, funcionarios y empleados). Por ello, es de suma importancia analizar los incentivos que tiene cada uno de estos participantes para actuar en beneficio de las partes y de la sociedad. No puede confiarse en sistemas que para su funcionamiento requieren que todos los actores sean altruistas.

13. En el sistema argentino se asigna a los jueces un papel primordial en la investigación de la prueba y en la resolución de los conflictos. Los magistrados tienden a especializarse por fueros, y en el caso de la justicia federal, son inamovibles excepto por el mecanismo de juicio político. Sus remuneraciones son iguales para todo el país, además de ser intangibles.

14. En los países continentales europeos, que también asignan un papel central a los magistrados, existen severas normas de acceso. En Alemania, los jueces ingresantes trabajan a prueba por tres años y son confirmados después de un riguroso examen.

15. La carrera judicial está sujeta a controles e incentivos. Francia y Alemania, por ejemplo, evalúan a sus jueces cada año, con acceso de la opinión pública al proceso. Las remuneraciones de los jueces son atractivas, pero se los obliga a mejorar su formación en forma permanente. En los Estados Unidos funcionan también controles informales dentro de la propia profesión y a nivel federal se somete a los candidatos a un exhaustivo examen de antecedentes. En España y los Estados Unidos es posible procesar penalmente a un juez, antes de que se concrete el juicio político.

16. La idea de independencia judicial vigente en la Argentina es extrema comparada con la experiencia internacional. La independencia de decisión no exige la autonomía presupuestaria o la autorregulación de la conducta. En los Estados Unidos, el manejo del presupuesto es responsabilidad del propio Poder Judicial pero no existe a nivel federal o en alguno de los 50 estados autarquía presupuestaria. El Congreso realiza recortes presupuestarios con frecuencia. En España, el presupuesto judicial es responsabilidad del Ministerio de Justicia.

17. En la Argentina los mecanismos de control y sanción de jueces son menos exigentes que en otros países. Existe una carrera judicial informal, los requisitos de acceso son administrativos, y no hay evaluacio-



nes sistemáticas. Por otra parte, la autarquía financiera no alienta la eficiencia en el gasto.

18. Un problema recurrente en la Argentina es el de los conflictos laborales en Tribunales, en general por causas salariales. La comparación internacional de los salarios actuales permite descartar que resulten bajos. Se observa, en cambio, un relativo achatamiento de la relación salarial entre el juez y sus auxiliares, típico de una organización burocrática.

19. El régimen del empleado judicial incentiva una baja productividad del empleo. Los empleados judiciales trabajan 132 jornadas en el año vs. 231 en el sector privado y 164 en la Administración Central del Gobierno Nacional (medidas en jornadas equivalentes a 42 horas semanales).

20. Los costos privados de litigar también se comparan desfavorablemente para la Argentina. Parte significativa de ellos está constituida por los honorarios profesionales. La combinación de la regla de asignación de costas (inglesa) y la regulación por ley de los honorarios profesionales creó incentivos a elevar los gastos en juicio. Se tiende a litigar casos carentes de méritos y se complican o exageran diligencias para justificar regulaciones más altas.

21. Hasta 1995 la ley de honorarios vigente era imprecisa respecto del monto sobre el que se liquidaban los porcentajes de la banda regulatoria, daba prioridad al cobro de los abogados antes que su cliente y admitía que los profesionales rompieran pactos de cuota litis para cobrar los honorarios regulados. Una nueva ley corrigió algunos de estos defectos, tratando de vincular el monto del honorario con la tarea realizada. Evidencia reciente (1996) indica que la reforma no ha sido suficiente para evitar los episodios de costas excesivas.

22. Estos problemas eran particularmente alarmantes en el fuero laboral y, en particular, en el caso de los accidentes de trabajo. La vigencia de una ley sobre riesgos del trabajo a partir de 1996 se orientará a reducir los costos legales derivados de estos casos.

23. Los costos de litigar incluyen el pago de honorarios a los abogados, peritos, consultores de parte, incidentes y tasa de justicia. Una encuesta de FIEL a estudios jurídicos indicó, entre otros efectos que, los honorarios profesionales (abogados más peritos) son mayores en el fuero laboral que en el civil y representan aproximadamente el 55% y el 38% de los gastos totales (indemnización al demandante más gastos legales). Estos resultados fueron confirmados por una encuesta a empresas.

24. La comparación de los resultados anteriores con una muestra de casos en los Estados Unidos indicó que los costos privados de litigar son más elevados en ese país para el fuero civil (55% del gasto total) pero similares a los que existen en la Argentina en el fuero laboral. A priori debería esperarse un gasto legal más alto en los Estados Unidos. Más aún, como el porcentaje de casos que se arreglan extrajudicialmente en la Argentina sería inferior al estadounidense, el costo global de litigar parecería ser mayor en nuestro país.

25. En resumen, el sistema judicial argentino parece ser caro, tanto

presupuestariamente como en los gastos legales privados (honorarios de abogados y peritos). Existen además problemas evidentes de diseño institucional que crean un marco inadecuado para obtener un servicio de alta calidad.

### *Los sistemas alternativos de resolución de disputas*

26. En las últimas décadas, en particular en los Estados Unidos, se han instituido sistemas alternativos para el acceso a la Justicia, como el arbitraje y la mediación. La mediación es un método no confrontativo donde las partes intentan junto con el mediador llegar a una solución del conflicto. El arbitraje es un método confrontativo donde un profesional de la justicia provee un juicio neutral basado en el mérito del asunto en base a una audiencia semiformal.

27. Estas formas tienden a ser complementarias de la jurisdiccional. En los Estados Unidos, en 1990 existían 1200 programas de resolución alternativa que incluían el arbitraje anexado a la Corte, de muy buen desempeño. Además, la mediación anexada a los tribunales es voluntaria y surgió como una extensión de los tribunales de menor cuantía. La experiencia de este país indica un alto grado de satisfacción de las partes, sin verificarse una ventaja en el tiempo dedicado y sugiere que la utilización obligatoria de esta vía de acceso a la justicia podría ser beneficiosa debido a que se evitarían consideraciones estratégicas de las partes tendientes a no demostrar su voluntad negociadora para no debilitar sus posturas en juicio.

28. En 1992 se iniciaron en la Argentina programas de mediación que culminaron en la adopción de la mediación obligatoria por ley 24.573, excluyendo las causas penales, algunas civiles, quiebras y otras. En su espíritu, la ley da prioridad a la descongestión de los tribunales más que a la mejora en el acceso, y restringe innecesariamente el rol de mediador a la profesión legal. En cuanto al arbitraje, su utilización en la Argentina es muy limitada.

### RECOMENDACIONES

29. Aunque se reconoce la dificultad para encontrar una solución clara porque existe un compromiso evidente entre la necesidad de la independencia de decisión de los jueces y la responsabilidad de éstos ante la comunidad por el manejo de fondos públicos, es posible mejorar el diseño institucional argentino, porque adolece de fallas importantes.

30. *Nombramiento de jueces.* La entrada al Poder Judicial debería estar reservada a personas de conducta intachable y con excelentes antecedentes. La sugerencia es adoptar un esquema de investigación de antecedentes para los candidatos por parte del Poder Ejecutivo (o de agencias privadas si se prefiere más neutralidad) y de las asociaciones de

abogados u otros canales de opinión pública similar al que se utiliza en los Estados Unidos. Además, como única vía para acceder al cargo debería instrumentarse un sistema de concurso de antecedentes y oposición, con un examen de aptitud respecto de la materia que será su competencia. Los camaristas o los jueces de mayor antigüedad deberían ser los integrantes del comité examinador.

31. *Motivación de los jueces.* Para dar incentivos a los jueces a desempeñar su labor en forma eficaz las alternativas disponibles pasan por asegurar un salario o retiro razonable y por mecanismos de penalización a las inconductas. La posibilidad de ascensos (carrera judicial) es una motivación adicional, que cobraría mayor importancia si se introduce un esquema como el comentado en el punto anterior.

32. Debe hacerse obligatoria una evaluación anual del desempeño de los jueces de primera instancia a cargo de los camaristas. Estas evaluaciones podrían ser complementadas por un sistema similar realizado por la asociación de abogados, tal cual se hace en los Estados Unidos.

33. Los salarios de los magistrados argentinos parecen ser suficientemente atractivos en la comparación con España y los Estados Unidos. Como estas remuneraciones se conceden independientemente del desempeño individual podría evaluarse la introducción de un premio al momento del retiro que se concedería solamente a un grupo reducido de jueces de primera instancia (como máximo el 10% de los que se retiran por año) integrado por quienes obtengan las mejores calificaciones en la evaluación anual realizada por los camaristas.

34. El mecanismo informal de investigación de denuncias que hoy realizan las cámaras debe generar estadísticas que se publiquen regularmente (aunque sin mencionar el nombre de los jueces). Cuando una denuncia tiene mérito podría ser investigada por una comisión de jueces, quien debería recomendar la pena (con excepción de la remoción, reservada a otra instancia). Dentro de las sanciones debería permitirse la suspensión de un magistrado si la falta es severa.

35. *Empleados del Poder Judicial.* También en este caso debería asegurarse el incentivo de una carrera laboral que premie al mérito. A la vez, resulta urgente eliminar los privilegios que contiene el régimen de licencias y horario de la administración judicial. Una alternativa de mínima es la de adaptar el estatuto de los empleados judiciales a las condiciones que rigen para el resto de los empleados públicos.

36. *Presupuesto.* La autarquía presupuestaria no permite el control por parte de otros organismos del Estado y de los ciudadanos y por ello cabe plantear su eliminación. En los Estados Unidos y en España no existe tal autonomía presupuestaria, pero en el primer caso, el Ejecutivo no puede reducirle los fondos al Poder Judicial; ésta es una responsabilidad del Congreso, quien la utiliza con frecuencia.

37. Debería evaluarse la posibilidad de descentralizar la administración del presupuesto judicial de la Nación, en reemplazo del sistema actual que concentra toda la responsabilidad en la Corte Suprema.

38. *Costos privados de litigar.* La adopción de un sistema de costas por su orden es recomendable porque aumentaría el número de demandas fundadas que hoy no se efectivizan por la aversión al riesgo de los damnificados que deben afrontar las costas totales si pierden el juicio, y disminuiría el número de demandas infundadas (y la extensión de sus procedimientos) porque los representantes legales “internalizarían” los costos de litigar al estar sus intereses alineados con los del cliente (co-participarían sólo de lo que obtenga su asesorado).

39. Para conseguir las mayores ventajas del sistema de costas por su orden, su adopción se debe complementar con (i) la introducción de penas para las demandas que se presenten con fines depredatorios, (ii) la difusión de la información sobre alternativas disponibles en el mercado de representación legal, y (iii) el control del cumplimiento de los pactos celebrados entre clientes y representantes legales (distribuyendo la eventual indemnización de acuerdo con los pactos presentados ante el juez).

40. Se entiende que una reforma de esta naturaleza significaría un cambio profundo en el sistema judicial argentino. Una alternativa para evaluar su viabilidad es llevar a cabo una prueba piloto en una jurisdicción o en un fuero. Si de la experiencia surgiera con nitidez que la propuesta de este trabajo es mejor que el sistema argentino actual podría extenderse en forma paulatina a otras provincias o fueros.

41. Es incuestionable que la ley de honorarios vigente en la Argentina hasta 1995 era incompatible con un funcionamiento razonable del sistema de representación legal. La nueva ley de honorarios representa una mejora, ya que permite la libre contratación entre clientes y representantes y faculta la regulación de honorarios por debajo de los límites inferiores establecidos en la banda regulatoria de acuerdo con el mérito de la tarea profesional.

42. Es posible mejorar el nuevo régimen de honorarios si se reduce al mínimo la banda para su fijación. En la práctica han subsistido costas excesivas que sugieren la necesidad de un avance mayor.

43. La mediación obligatoria adoptada recientemente podría enfrentar problemas típicos de “agencia” en cuanto a que los centros de mediación podrían responder a incentivos diferentes de los previstos por la ley. Una forma de evitarlo es favorecer que el accionar “alineado” de los mediadores pueda “capitalizarse” en una mayor reputación de mercado, reconocible por las partes a través de la información que se les brinda monitoreada por el propio sistema judicial.

### *Análisis económico del contenido de la legislación*

#### *Quiebras*

44. La Ley de Quiebras es, desde el punto de vista económico un contrato estándar que reduce los costos de transacción al evitar que deudo-

res y acreedores negocien cláusulas que los protejan de una eventual situación concursal o de quiebra en cada contrato particular.

45. La Ley de Quiebras debe generar condiciones para que empresas económicamente viables pero financieramente insolventes permanezcan en actividad, y empresas inviables cierren y sean liquidadas. Este objetivo no se alcanza plenamente debido a los incentivos de los participantes a minimizar sus pérdidas en el proceso.

46. Si el control del proceso de quiebra lo tienen los gerentes y accionistas, habrá incentivos a que empresas inviables sigan en operación, porque los acreedores quirografarios aceptarán incluso propuestas de reorganización malas por el temor a no cobrar nada al término de una eventual liquidación. Si en cambio, el control lo tienen los acreedores, empresas insolventes pero viables podrían liquidarse por la incapacidad de los acreedores de imponer un acuerdo que los beneficie a todos. La razón es que cada uno de ellos tiene incentivos a no cumplirlo para obtener alguna ventaja adicional (aparecen oportunistas dentro del grupo).

47. La tendencia internacional indica que las reformas se orientan a disminuir los plazos de la fase del proceso reduciendo los costos directos (gastos profesionales y judiciales) y los indirectos (pérdida de reputación comercial de la firma en concurso). Además, se reduce el poder de control de los deudores, permitiendo que los acreedores presenten planes competitivos de reorganización.

48. Una legislación alternativa, técnicamente más eficiente en el cumplimiento de los objetivos de la Ley de Quiebras, es la que elimina el problema de información entre los participantes a través de la valuación de la empresa en el mercado. El proceso de quiebra se articula en una sola fase a diferencia del proceso de dos fases (concurso-quiebra).

49. Los procesos de quiebra en una fase pueden admitir o no la posibilidad de reorganización de la empresa. La empresa emergerá del proceso de quiebra con una sola categoría de propietarios.

50. La nueva Ley de Quiebras (1994) se corresponde con la tendencia internacional en la materia. En ese sentido disminuye los costos del proceso, y establece además la posibilidad de renegociar (aunque transitoriamente) los convenios laborales y facilita el logro de planes de reorganización, dividiendo a los acreedores en clases y subclases con propuestas particulares. Después del plazo de exclusividad, los acreedores o terceros podrán comprar la empresa a su precio de mercado, asumiendo el riesgo empresario y libre de deudas u obligaciones laborales previas.

51. La recomendación para la Argentina es la implementación de una ley de quiebras de una sola fase con participación irrestricta del mercado. La empresa en dificultades se venderá en funcionamiento o a destajo. Los recursos obtenidos se usarán para pagar a los acreedores y accionistas según sus prioridades de cobro. Este proceso no elimina la posibilidad de que existan conflictos judiciales de acreedores con derechos ambiguos, pero se da prioridad a que la empresa continúe en funcionamiento si es viable, fuera del control judicial.

### *Regulación de pagos: incumplimiento y recuperación de créditos*

52. Comparando el ordenamiento jurídico sobre las restricciones a los contratos de crédito y a las acciones de los acreedores en el caso de incumplimiento de los deudores de la Argentina con los Estados Unidos para el mercado de créditos al consumo se nota que: los tipos de remedios en que las restricciones son más severas en los Estados Unidos que en la Argentina se deben a la influencia del movimiento de defensa de los consumidores; las restricciones en los Estados Unidos son más específicas y están monitoreadas por organismos oficiales; en la Argentina los porcentajes máximos para embargos de sueldo son más bajos que en los Estados Unidos, siendo este remedio uno de los más eficaces para la recuperación de deudas impagas.

53. Las restricciones a los remedios para recuperación de créditos no son severas en la Argentina cuando se las compara con los Estados Unidos. Los problemas de incobrabilidad del sector financiero obedecen, entonces, a otras causas como la ineficiencia en la ejecución de las medidas judiciales y alto riesgo crediticio derivado de shocks macroeconómicos pasados.

### *Defensa de los consumidores*

54. La ley de defensa de los consumidores es, desde el punto de vista económico, un contrato estándar que brinda protección general contra el fraude, las violaciones contractuales y la publicidad engañosa, acotando los costos de transacción en los mercados.

55. Con todo, subsisten problemas conceptuales para una solución legal eficaz en el caso de firmas oportunistas, con la existencia de asimetría informativa, cuando existen externalidades negativas.

56. La legislación argentina se orienta adecuadamente a la valorización de las marcas comerciales, asignando responsabilidad a las empresas por el prestigio asociado al uso de las mismas como modo de resolver el oportunismo económico de las firmas.

57. La asimetría informativa requiere destinar recursos sociales a la producción y difusión de información y evitar costos de litigación, reservando el uso de la regla objetiva de responsabilidad para casos en los que no pueda organizarse un sistema eficiente de advertencia a los consumidores a cargo de las propias empresas y de agencias públicas.

58. El problema de las externalidades es el más difícil. El sistema judicial puede inducir acciones disuasorias apelando a la responsabilidad estricta. Una alternativa es permitir un mercado en el que los consumidores pudiesen transferir a terceros el derecho a demandar a una empresa que los afectó, sin embargo, existen trabas institucionales para poder concretar este tipo de cesiones.

*Defensa de la competencia*

59. La introducción de una legislación específica de defensa de la competencia parece aconsejable, aun a pesar de la apertura de la economía. La existencia de bienes no comercializables con el resto del mundo junto con la eliminación de los controles de precios puede dar lugar a problemas que afecten el bienestar de la comunidad.

60. Una norma que se preocupe por maximizar el bienestar social debe reconocer que puede existir un compromiso entre eficiencia económica y atomización de la oferta y que, en ciertos casos, convendrá aceptar una mayor concentración que produzca ahorro de costos. La norma deberá ser también mucho más tolerante con los acuerdos verticales que con los horizontales y casi no preocuparse por regular sobre precios predatorios.

61. La preocupación de la política antimonopolio debería centrarse en los acuerdos que a través de reducciones en la producción procuran aumentar los precios a los consumidores. Una agencia independiente podría actuar con eficiencia a través de fallos apelables.

## INTRODUCCION

Al igual como ocurrió con otras instituciones de la Argentina, el desempeño del Poder Judicial ha sido cuestionado desde hace ya algunos años. A principios de los '90, lejos de resolverse, la situación desembocó en una crisis manifiesta que se tradujo en cuestionamientos políticos a los jueces (incluyendo acusaciones de corrupción), denuncias sobre la lentitud en el manejo de los casos, elevados costos de los juicios y abusos en el juzgamiento de situaciones de litigio nuevas en el país (como las ambientales o de defensa del consumidor).

En rigor, la “crisis” judicial no es sólo un problema de la Argentina. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, los países del hemisferio occidental han registrado tendencias similares en cuanto a su “explosión de leyes”, aumento de la injerencia del Poder Judicial en las actividades cotidianas, en particular en las económicas, y cuestionamiento social sobre los alcances de la Justicia y de los jueces en una sociedad mucho más compleja que la de mediados de siglo.<sup>1</sup> De la mano de los aspectos sociales de estas tendencias se ha avanzado en la formulación de conceptos modernos de los derechos individuales y humanos; de la mano de los aspectos políticos y económicos se ha revisado en muchos países la concepción de la seguridad jurídica.<sup>2</sup>

Por su parte, la organización judicial y la práctica de acudir a la administración pública de justicia responde a la naturaleza diversa del derecho entre países. Pero a su vez, los lineamientos sobre eficiencia en la administración del Poder Judicial, la evaluación sobre el peso relativo y el contenido de las distintas ramas del derecho en sociedades modernas, y la discusión sobre las atribuciones del Poder Judicial en materia legislativa son capítulos vinculados a la “oferta y demanda” de justicia que reconocen similitudes importantes entre países.

Al respecto, la disciplina económica ha incursionado en temas legales constituyendo un capítulo especializado, de creciente difusión, denominado “Ley y economía”. Dentro de este capítulo dos son los aspectos tratados más importantes. Por una parte, la literatura especializada se de-

dica en mayor medida al análisis económico del contenido de las leyes. Por otra, se amplían crecientemente los estudios sobre eficiencia en la administración de justicia, con referencia tanto a la organización judicial como a los incentivos para su buen funcionamiento.

Ambos tipos de análisis aplican categorías tomadas de la teoría de la decisión económica al análisis de las respuestas de los individuos ante la ley. El derecho describe a las personas como individuos “razonables”, es decir, individuos que persiguen fines consistentes con los valores sociales y los llevan a cabo mediante conductas acordes con las normas vigentes. El agente “racional” de la economía persigue fines consistentes con sus objetivos usando medios eficientes para alcanzarlos. Un individuo razonable apelará a decisiones racionales y, por lo tanto, el análisis de su conducta puede sistematizarse a partir de la teoría económica.

Un ejemplo sencillo del tipo de análisis del contenido económico de la ley lo presenta el caso de un accidente de tránsito. El daño ocasionado puede asimilarse a una pérdida de bienestar o de beneficios por parte del perjudicado y el juzgamiento sobre la responsabilidad llevará implícito el deseo social de evitar tales accidentes. En términos económicos, puede describirse como la reducción al mínimo del costo social que involucra no sólo el efecto directo del accidente sino también el costo de la precaución y el de administrar justicia luego de ocurrido el problema. Bajo este enfoque, la teoría económica podrá recomendar alternativas al legislador y al juez para incentivar la precaución al menor costo posible para la sociedad, por ejemplo, cambiando el sistema de castigos basado en la culpabilidad absoluta por otro en el que se acepta la idea de la negligencia compartida.

En el caso del análisis de la organización judicial, la economía reconoce que los miembros del Poder Judicial y los representantes legales actúan como agentes racionales que responden a un amplio conjunto de incentivos. En este aspecto, por ejemplo, la calidad de las decisiones judiciales depende no sólo de la capacitación profesional inicial del juez sino de su formación permanente, que a su vez se vincula con su salario y con su expectativa de ascender en el cargo. Análogamente, la calidad de la representación legal depende de las reglas de fijación de honorarios profesionales. Estas, a su vez, pueden generar incertidumbre en cuanto al costo de litigar, limitando la frecuencia con que se acude a la justicia en tutela del derecho propio.

Este trabajo utiliza los dos cuerpos del análisis económico de la ley, el que se refiere a la administración de la justicia y el que se dedica al análisis de contenido económico de la legislación, para estudiar y hacer recomendaciones de reforma al Poder Judicial de la Argentina.

En la primera parte de este estudio se presenta un diagnóstico del actual funcionamiento de la administración de justicia. Este diagnóstico se construyó sobre la base de información local y a través de un estudio comparado con los casos de los Estados Unidos y España. La organización judicial en distintas sociedades se vincula con aspectos históricos y

culturales, con la construcción paso a paso de las instituciones y con el grado de desarrollo de cada país. Los ideales de justicia y equidad que dominan en un lugar y en un momento histórico determinado tienen una intrincada génesis y, por lo tanto, se ha tenido especial cuidado en señalar en cada caso las diferencias que invalidan algunas comparaciones y la utilidad de otras. También se presenta el análisis de la resolución de conflictos en sede extrajudicial (arbitraje y mediación), cuyo avance en nuestro país se ha plasmado en una ley reciente.

La primera parte se desarrolla incluyendo un esfuerzo de cuantificación de los problemas que, aunque limitado por la precariedad de los datos, avanza sobre la información disponible. Si bien el país ha comprendido la necesidad de ser eficiente en el campo económico, esta idea se torna controvertida cuando se aplica a campos tradicionalmente dominados por los ideales de equidad y justicia. Esta última razón refuerza el interés en métodos cuantitativos y comparativos para abordar el tema.

En la segunda parte se incluye un estudio de la Ley de Quiebras, el análisis de las regulaciones de deudas y pagos y el tratamiento legal de la defensa del consumidor y la competencia. En todos estos casos se utilizan los instrumentos del análisis económico del contenido del derecho.

Esta lista de temas no agota la totalidad de problemas a estudiar. En trabajos posteriores se espera extender el análisis a otros cuerpos de legislación y eventualmente incluir el fuero penal, que presenta peculiaridades que demandan un tratamiento especial.

A partir de la situación crítica de la administración de justicia, pero también, como ha ocurrido en otras sociedades en curso de desarrollo, la sociedad argentina demanda cambios legales que acompañen sus nuevas concepciones de vida a la vez que busca asegurar los siguientes requisitos mínimos:

- restaurar la confianza en el sistema legal, minimizando los incentivos a la corrupción;
- recuperar el ideal de justicia independiente;
- aumentar la precisión de las decisiones judiciales, reduciendo al mínimo la probabilidad de fallos equivocados o “injustos”.

Teniendo en cuenta estos objetivos, el capítulo VII reúne las principales conclusiones y formula recomendaciones para la reforma de la administración de justicia argentina.

#### NOTAS

1. Estas tendencias objetivas fueron acompañadas desde los años '60, caracterizados por su efervescencia intelectual, por tendencias conflictivas en el pensamiento legal. El desarrollo del capítulo de “Ley y economía”, a partir de los trabajos de Richard Posner en la Universidad de Chicago, aportaron un sentido de

certeza y unidad de propósito a la nueva escuela de pensamiento legal en esos años. Con posterioridad, en los años '70 y '80, los críticos de esta escuela insistieron en el carácter político del derecho.

2. El problema de la seguridad jurídica atañe a todos los poderes del Estado y se vincula a su capacidad de legislar y administrar en sentido amplio.

**PARTE 1  
LA REFORMA DE  
LA ADMINISTRACION  
DE JUSTICIA**



# Capítulo I

## EL PODER JUDICIAL ARGENTINO

### I.1. LA ORGANIZACION JUDICIAL Y EL PRESUPUESTO PUBLICO

Para el estudio de la administración de justicia en la Argentina deben tenerse en cuenta las diferentes jurisdicciones territoriales involucradas, ya que como consecuencia de la organización federal, cada provincia goza de su propia Constitución y de su propia organización judicial. Además, a nivel nacional existe un Poder Judicial federal que junto con la administración judicial ordinaria de la Capital Federal, constituyen el Poder Judicial de la Nación.<sup>1</sup>

La Constitución Nacional (1994) establece en el artículo 108 que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

La competencia del Poder Judicial de la Nación, tal como se define en el artículo 116 de la Constitución, se vincula al juzgamiento de las causas que se susciten en materia de derecho público y privado internacional e interprovincial y con el juzgamiento de determinados asuntos definidos como de naturaleza federal por razón de la materia o de las partes involucradas.

La estructura orgánica-funcional del Poder Judicial de la Nación comprende a los tribunales federales con asiento en la Capital Federal, tribunales federales de primera y segunda instancia con asiento en las provincias y a la totalidad de la Justicia Ordinaria de la Capital Federal. Esta última puede asimilarse en su función y a los efectos de este análisis, a la función de las administraciones de justicia provinciales.

La evaluación económica de la administración judicial de la Argentina requiere un enfoque que abarque todas las jurisdicciones territoriales y que analice la eficiencia de la organización judicial para cualquier habitante, independientemente de su localización geográfica. Por lo tanto, y teniendo en cuenta la limitación en la disponibilidad de datos, se ha

avanzado todo lo posible en la identificación de los indicadores de gasto y desempeño para el conjunto del sistema del país. Sin embargo, debido a la mayor disponibilidad de información para el Poder Judicial de la Nación, se observará que a lo largo del estudio se hará una mayor referencia a esta jurisdicción.

### I.1.1. Gasto Público en Justicia

Para introducir el tema se presentan los datos correspondientes al gasto público en la administración judicial. El objeto de esta información es el de dar una primera idea sobre la dimensión del sistema.

#### *Poder Judicial Nacional*

Los indicadores del cuadro 1 y 2 se han obtenido de la Cuenta General del Ejercicio, Anexos I y II (Cuadros 14 y 16) correspondientes al período 1982-1992. Los datos del total de la Administración Central y del Poder Judicial (jurisdicción 05) se han ajustado por el Índice de Precios Implícitos del PBI publicados por el Banco Central de la República Argentina en las Estimaciones Anuales de la Oferta y Demanda Globales Período 1980-1992. Con el objeto de expresar las cifras en pesos de 1993 se ajustó por la variación promedio 1993-1992 del índice de precios combinados (mayoristas y minoristas) que fue de 6,48%. Al no estar disponibles los Ejecutados de 1993 y 1994, se adoptaron para estos años los montos presentados por la Ley de Presupuesto.<sup>2</sup> A partir de 1990 se nota un crecimiento sostenido en la participación del Poder Judicial Nacional en el gasto total de la Administración Central. Mientras que en 1983 este indicador apenas alcanzaba el 0,8% se prevé que el mismo llegue a 3,2% en 1994. La diferencia entre el gasto total del Poder Judicial Nacional (no incluye el gasto provincial en justicia) y el gasto en Personal, se explica por las erogaciones de capital y las asignadas a bienes y servicios.

La evolución del gasto en personal del Poder Judicial Nacional en relación con el gasto en personal de la Administración Nacional muestra una tendencia estable hasta 1991, año en el que comienza un fuerte crecimiento. Entre 1982 y 1990 este indicador muestra un promedio de 6,6%, ascendiendo a 10,2% en 1993.

El presupuesto total ejecutado por el Poder Judicial de la Nación era de \$ 169 millones, en términos constantes de 1993, en el año 1982 y alcanzó a \$ 435 millones en 1992. El presupuesto asignado para el año 1994 fue notablemente superior -60%- al de 1992. Si bien se han incrementado las erogaciones corrientes y las de capital, la tasa de crecimiento de cada una de ellas ha sido distinta. Así, el gasto en personal aumentó 42%, el gasto en bienes y servicios lo hizo en 160% (ambos componen las erogaciones corrientes) mientras que las erogaciones de capital fueron el rubro de mayor crecimiento -240%.

**Cuadro 1**  
**GASTO PUBLICO EN JUSTICIA NACIONAL Y PROVINCIAL**

Año	Gasto Administ. Central (1)	Gasto en Justicia Nacional (2)	Gs. Just. Nac./ Gs. Adm. Central %	PBI Precios 1993 (3)	Gasto en Justicia Provincial (4)	Gasto Just. Nac. + Pcial./ PBI %
1982	16.684,10	168,72	1,0	203.699,32	s.d.	s.d.
1983	27.779,06	208,59	0,8	211.437,73	s.d.	s.d.
1984	23.445,94	268,29	1,1	215.425,82	s.d.	s.d.
1985	28.543,78	266,73	0,9	201.276,76	s.d.	s.d.
1986	30.214,75	300,21	1,0	215.917,03	s.d.	s.d.
1987	33.289,23	347,17	1,0	221.486,34	s.d.	s.d.
1988	18.433,30	327,63	1,8	217.241,45	s.d.	s.d.
1989	17.382,18	279,33	1,8	203.801,29	s.d.	s.d.
1990	12.902,57	262,67	2,0	204.019,86	s.d.	s.d.
1991	15.223,02	362,64	2,4	222.091,05	s.d.	s.d.
1992	18.816,34	435,09	2,3	241.323,71	1.005,00	0,60
1993*	18.999,96	544,61	2,9	255.803,14	1.134,00	0,66
1994*	22.360,64	708,00	3,2	268.593,29		

\* Indica gasto presupuestado (no ejecutado).

Nota metodológica:

(1) y (2) Actualizados por el Índice de Precios Implícitos del PBI.

(3) Se consideran las nuevas cuentas nacionales. El crecimiento de 1994 se estimó en 5%.

(4) Estimación realizada en base a datos presupuestarios provinciales.

(1), (2), (3) y (4) en millones de pesos de 1993.

s.d. significa sin dato.

Fuente: FIEL en base a Archivo General de la Nación: Cuentas de Ejercicio, Anexos I y II, Cuadros 14 y 16.

A pesar del significativo incremento cuantitativo del presupuesto global destinado al Poder Judicial Nacional, no se nota un cambio cualitativo en la composición del gasto. Del análisis del gráfico N° 3 se desprende que, prácticamente, no hay cambio alguno en la composición del gasto al comparar 1982 con 1994.

En el caso de las erogaciones de capital, el aumento presupuestario

**Cuadro 2**  
**PODER JUDICIAL DE LA NACION**

Año	Gasto en Personal Adm. Central Millones de pesos	Gasto en Personal Pod. Judicial Mill. \$ 1993	Gas. Pers. P. Jud. / Gas. Pers. Adm. Cent.	Gasto Total Pod. Judicial Mill. \$ 1993	Justicia Federal (1)	Just. Ord. Capital Federal (2)
1982	2.315,53	129,39	5,6%	168,72	s.d.	s.d.
1983	2.848,71	163,46	5,7%	208,59	s.d.	s.d.
1984	3.605,20	198,50	5,5%	268,29	s.d.	s.d.
1985	3.021,47	216,31	7,2%	266,73	s.d.	s.d.
1986	3.213,70	240,52	7,5%	300,21	s.d.	s.d.
1987	3.788,15	277,18	7,3%	347,17	s.d.	s.d.
1988	3.428,77	263,59	7,7%	327,63	s.d.	s.d.
1989	3.151,29	200,68	6,4%	279,33	s.d.	s.d.
1990	3.191,47	208,33	6,5%	262,67	s.d.	s.d.
1991	3.683,33	298,73	8,1%	362,64	s.d.	s.d.
1992	3.815,67	345,66	9,1%	435,09	164,08	71,01
1993*	3.871,36	393,59	10,2%	544,61	208,00	36,61
1994		492,38		708,00	267,00	41,00

\* Indica gasto presupuestado (no ejecutado).

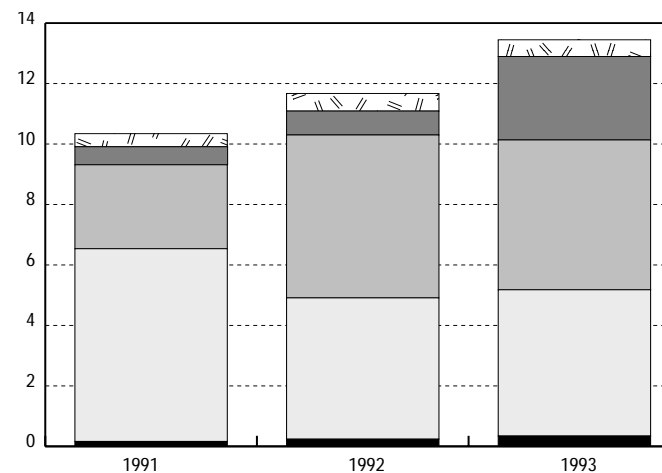
(1) y (2) La división del gasto total del Poder Judicial entre Justicia Federal y Ordinaria de Capital Federal se realizó ponderando el gasto por el número de jueces.

Fuente: FIEL en base a Archivo General de la Nación: Cuentas de Ejercicio, Anexos I y II, Cuadros 14 y 16.

antes comentado ha permitido simplemente recuperar la participación porcentual que poseía a principios de la década del '80 (16%) revirtiendo los valores más bajos de la serie alcanzados en 1990 cuando las erogaciones de capital explicaron el 1,6% del gasto total del Poder Judicial de la Nación.

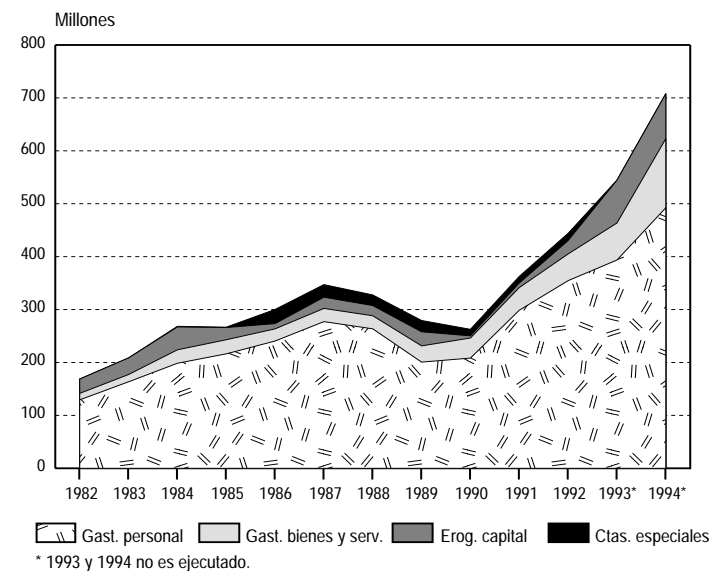
En lo que respecta al gasto en personal, si bien se observan aumentos desde 1990, al ser éstos menores en relación con los de otros rubros que componen el gasto total, su participación porcentual ha disminuido, presentando la cifra más baja de la serie (69,5%).

**Gráfico 1**  
**RELACION DE GASTO EN PERSONAL**  
**Poder Judicial Nacional/Administración Nacional**



Fuente: Cta. Gral. del Ejercicio 1982-1992.

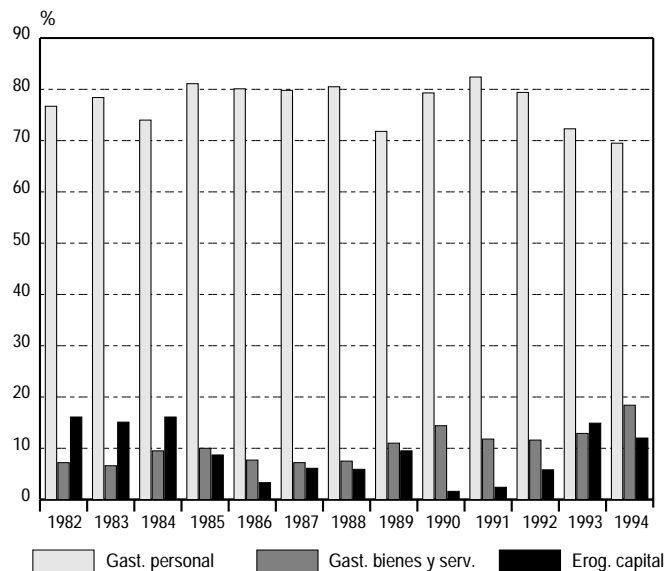
**Gráfico 2**  
**EJECUTADO PODER JUDICIAL DE LA NACION**  
**1982/1994 (Pesos de 1993)**



\* 1993 y 1994 no es ejecutado.

Fuente: FIEL.

Gráfico 3  
COMPOSICION DEL GASTO DEL PODER JUDICIAL  
(1982-1994)



Fuente: FIEL.

### *Poderes Judiciales de la Argentina*

Como ya se mencionó, la escasa disponibilidad de datos en las provincias impidió estimar una serie del gasto en justicia realizado en el interior del país; sólo se pudo reconstruir la información únicamente para 1992 y 1993, sobre la base de los presupuestos provinciales.

Agregando el gasto provincial y el nacional, se obtiene el gasto público total en justicia, que en 1993 se aproximó al 0,65% del Producto Bruto Interno (equivalente a \$ 1678 millones de 1993).

#### *1.1.2. Dotación de personal*

La Justicia Federal incluye a los jueces federales con asiento en las provincias y en la Capital Federal. En esta categoría se incluye a los jueces de la Corte Suprema de la Nación y a las Cámaras de Apelación Federales.

Entre la Justicia Federal y la Ordinaria de Capital Federal se estima-

Cuadro 3  
NUMERO DE JUECES EN LA ARGENTINA

Magistrados 1era. inst. Pciales.	1.374 (1)
Magistrados 2da. inst. Pciales.	797
Supremas Cortes Provinciales	98
Provincias no comprendidas <sup>3</sup>	164
Justicia Federal	282
Justicia Ordinaria Cap. Federal	380
Total	3.095

(1) Excluye 195 jueces de Paz.

Fuente: FIEL en base a datos del Archivo General de la Nación.

ron 662 jueces operativos, divididos en 282 en la Justicia Federal y 380 en la Ordinaria de Capital Federal.<sup>4</sup> Estas cifras no incorporan el proceso de oralización de la justicia penal que en 1995 estaba en curso de ampliar el número de jueces y personal asignado a esta tarea.

El número total de jueces en el país se obtuvo utilizando como base el relevamiento realizado por la Procuración General de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.<sup>5</sup> Estos datos se contrastaron o enriquecieron con información provista por algunas provincias y con datos de personal de presupuestos provinciales.

A este subtotal se le restaron 195 jueces correspondientes a las provincias que incluían jueces de Paz, lo que da un total de jueces en 1993 de 3095.

El cuadro 4 muestra la cantidad total de empleados (incluye a los jueces) del Sistema Judicial y se obtuvo sumando los empleados de la Justicia Nacional y Provincial. La cantidad de empleados de la Justicia Nacional corresponde a la Jurisdicción 05 del Presupuesto Nacional, mientras que el total de personal judicial provincial corresponde al relevado por el Ministerio del Interior<sup>6</sup> hasta 1991, actualizado posteriormente con información de los presupuestos provinciales.

El cuadro 5 presenta dos indicadores: cantidad de empleados por juez y gasto público por personal ocupado. El primer indicador se obtiene restando los jueces a los empleados totales y dividiendo el resultado por la cantidad de jueces. Este indicador muestra una disparidad de valores muy grande entre el total del país y la Justicia Nacional. Parte de esta diferencia puede ser explicada por la elevada relación empleados-juez que posee la Corte Suprema, que en 1993 era de 142.<sup>7</sup>

El gasto público por personal ocupado en la Justicia Nacional y Pro-

**Cuadro 4**  
**PERSONAL PODER JUDICIAL ARGENTINO EN 1993**

Justicia Nacional	Justicia Provincial	Total
17.476	35.998	53.474

Nota: incluye jueces, funcionarios y empleados.  
Fuente: FIEL.

**Cuadro 5**

Cantidad de empleados x juez (1) - 1993				Gasto social x pers. ocupado		
Justicia Nacional	Justicia Bs. Aires (2)	Provincial Otras	Total	Justicia Nacional	Justicia Provincial	Total País
25,4	15,4	14,7	16,3	31.164	31.502	31.380

(1) El cálculo se efectúa con jueces operativos.

(2) Corresponde a 1992.

Fuente: FIEL con datos presupuestarios nacionales y provinciales.

vincial es similar, cercano a los 31.000 pesos por año en 1993, aunque la estimación presupuestaria para 1994 ubica el número de la Justicia Nacional en 36.000 pesos por año.

### I.1.3. Casos iniciados y resueltos

Para obtener la cantidad de casos resueltos y casos iniciados en primera y segunda instancia, se realizaron estimaciones propias sustentadas en información suministrada por algunas provincias y trabajos elaborados por la Corte Suprema de la Nación, Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y por los doctores Cavagna Martínez, Bielsa y Graña<sup>8</sup> (véase cuadro 6).

El cuadro 7 contempla dos indicadores que relacionan el gasto con el número de jueces. El gasto en personal por juez elimina la influencia del gasto en capital que puede evidenciar fuertes oscilaciones originadas, entre otras causas, en el estado de la infraestructura y sistemas de información.

**Cuadro 6**

Cantidad de casos resueltos en 1992			Gasto público x caso resuelto en 1992		
Justicia			Justicia		
Nacional	Federal	Cap. Fed.	Nacional	Federal	Cap. Fed.
472.670	199.158	273.512	920	824	991

Cantidad de casos iniciados en 1992					Gasto público x caso iniciado en 1992					
Justicia		Prov.	Total	Total País	Justicia		Prov.	Total	Total País	
Nac.	Fed.	Cap.Fed.	Bs. As.		Prov.	Nac.	Fed.	Cap.Fed.		Bs. As.
600.252	250.051	350.201	476.746	1.298.902	725	656	781	629	774	760

Nota: incluye casos de primera y segunda instancia.

Fuente: estimaciones propias con datos de Anuarios Estadísticos de CSJN y cortes provinciales.

**Cuadro 7**

	Gasto Total x Juez					Gasto en personal x Juez		
	Justicia			Buenos Aires	Total País	Just Nac.	Buenos Aires	Total País
	Nacional	Federal	Cap.Fed.					
1993	676.539	654.088	678.657	398.274	518.891	488.933	351.979	437.153

Nota: datos de 1992 para la provincia de Buenos Aires.

En el caso de las provincias sin disponibilidad de datos correspondientes al gasto en personal, se supuso que el 90% del gasto en justicia se destinó a este rubro.

## I.2. PRINCIPALES INDICADORES DEL DESEMPEÑO DEL PODER JUDICIAL

Esta sección procura realizar un diagnóstico del desempeño del Poder Judicial en la Argentina utilizando la metodología de los estudios de caso. Por lo tanto se presentan a continuación los resultados principales de la comparación para indicadores seleccionados en la Argentina, España y los Estados Unidos.

Cabe indicar que ninguna experiencia de un país particular puede ser "importada" para otro y que, por ende, el propósito de la comparación es el de proveer información que, correctamente identificada, permita interpretar la propia realidad.

Así, con respecto a la selección de los dos países que se utilizan en la comparación debe tenerse en cuenta que:

- aun cuando el Poder Judicial de los Estados Unidos enfrenta el problema del aumento de litigiosidad, su administración ha sido tradicionalmente ordenada y la función judicial goza de prestigio social. Más adelante se hará mención a la naturaleza diferente de la organización judicial del “common law” o derecho consuetudinario y sus consecuencias para la evaluación comparada (véase apartado II.1.);
- en el caso español, la tradición heredada del derecho estatutario favorece la comparación, a la vez que el tamaño del sistema público de administración judicial resulta semejante al argentino en número de juzgadores, empleados y presupuesto total. Los españoles consideran que su sistema judicial funciona deficientemente y buscan su modernización.

A los fines de la comparación conviene indicar brevemente el modo de organización judicial y la situación actual de la administración de justicia en cada caso bajo estudio.

Estados Unidos: como en la Argentina, en los Estados Unidos no existe un único sistema judicial, sino que hay múltiples sistemas independientes uno de otro y que en algunos casos tienen facultades concurrentes.<sup>9</sup> Cada uno de los estados norteamericanos tiene una organización judicial propia y además existe la Justicia Federal, separada de las estatales.

Existen rasgos comunes a los diferentes sistemas judiciales que rigen en los Estados Unidos. Por ejemplo, la organización interna es piramidal, con juzgados de primera instancia, cortes de apelación (en casi todos los estados) y una Corte Suprema. Además, la justicia es una rama independiente de las otras dos que integran el gobierno de cada estado o el federal.

En la mayoría de los estados y a nivel federal se acepta que los jueces pueden revisar la constitucionalidad de los actos de los funcionarios del Ejecutivo o de las leyes, ya que no existen cortes constitucionales especiales. Además, el cuerpo legal se integra con las normas aprobadas por el Congreso y por los fallos dictados en casos pasados que deben ser respetados por los jueces en las disputas futuras que tengan características parecidas (*doctrina del stare decisis*).<sup>10</sup>

El proceso en los Estados Unidos es adversarial; confía en los abogados buena parte de la tarea de la provisión de la prueba. Los fallos de primera instancia pueden apelarse, pero no se abren a nueva prueba sino que se revisa si el dictamen del juez de primera instancia es correcto. En la práctica, existe un bajísimo porcentaje de apelaciones en el área civil y uno relativamente alto en materia penal.

Los juzgados estatales reciben la mayor parte de los casos. En 1992, según datos del National Center for State Courts<sup>11</sup> se presentaron 93 millones de demandas judiciales de primera instancia en la justicia local y estadual (44 millones si se excluyen los casos por violaciones a

normas de tránsito), mientras que a nivel federal sólo se recibieron 278.000 casos civiles y penales, y algo menos de un millón de quiebras y se resolvieron alrededor de medio millón de casos menores manejados por jueces especiales (“magistrates”). El número total de apelaciones a segunda y tercera instancia es bajo, menos de 300.000 casos a nivel estadual y alrededor de 50.000 a nivel federal.

La carga de trabajo de la Justicia ha aumentado en las últimas décadas, y, en general, cada juez estadual recibe algo más del doble de casos por año que un juez federal, aunque se admite que los casos federales son de mayor complejidad. En 1992 había cerca de 28.000 jueces estatales y alrededor de 1000 jueces federales.<sup>12</sup> No existe una opinión única respecto del grado de litigiosidad de los Estados Unidos y sus costos. A fines de los '80 se realizaron propuestas basadas en análisis diversos que mostraban una explosión de casos civiles originados en siniestros, pero no existe coincidencia entre los autores académicos acerca de la veracidad de esta supuesta explosión en la litigiosidad de casos por daños ambientales, accidentes de tránsito, mala praxis médica y otros similares.<sup>13</sup>

Otra característica de la justicia norteamericana es que los juzgados de primera instancia, en general, no se especializan por fueros; tanto a nivel estadual como federal los jueces atienden casos penales y civiles. La excepción a nivel federal son los jueces de quiebras que resuelven sólo este tipo de casos comerciales.<sup>14</sup> La mayor responsabilidad de los abogados en la organización judicial americana ha llevado a que sean éstos los que se especialicen por fueros, en lugar de los magistrados.

El nombramiento de jueces varía de un estado a otro, pero en general los magistrados estatales no tienen el puesto asegurado de por vida, como ocurre en el caso de los jueces federales que atienden los casos civiles y penales.

El resto del Poder Judicial lo integran los fiscales públicos y la defensa de los pobres, a cargo del estado. En 1990, de un presupuesto total para el Poder Judicial de los tres niveles de gobierno de US\$ 16.600 millones, los juzgados y cámaras tenían erogaciones por el equivalente a US\$ 9300 millones, las fiscalías por US\$ 5500 millones y la defensoría oficial por US\$ 1700 millones.

El financiamiento del presupuesto varía de un estado a otro, aunque, en general, los gobiernos locales contribuyen a financiar el Poder Judicial de su estado. Las tasas judiciales tienen un papel menor y en ningún caso (estado o gobierno federal) existe una asignación específica de recursos presupuestarios para el Poder Judicial, sino que el presupuesto se discute cada año junto con el resto de las necesidades de gasto público.

España: en este país la organización actual del Poder Judicial corresponde a la Constitución española de 1978 y a su reglamentación en una Ley Orgánica de 1985. La reciente reorganización política española dio lugar a la modernización de algunas de sus instituciones judiciales tradicionales. Los Tribunales de Justicia están organizados por fuero, aunque

muchos de ellos tienen jurisdicción múltiple. Los fueros son el civil (incluye el comercial), el social (laboral y previsional), el penal y el contencioso administrativo. Especialmente, el sistema judicial se organiza en municipios, partidos judiciales (integrados por uno o más municipios limítrofes de una misma provincia) provincias y Comunidades Autónomas y dentro de estos diversos ámbitos ejercen su jurisdicción órganos unipersonales denominados Juzgados y órganos colegiados, compuestos de varios Magistrados denominados Audiencias y Tribunales. Los órganos unipersonales incluyen los juzgados de paz que se encargan de procesos de menor cuantía, juzgados de primera instancia, de instrucción y en lo penal (civiles y penales, especializados o múltiples), juzgados de lo social y de lo contencioso administrativo, juzgados de menores y de vigilancia penitenciaria. Los órganos colegiados son las audiencias provinciales (de segunda instancia civil y penal), los tribunales superiores de justicia (relativos al derecho de las Comunidades Autónomas), la Audiencia Nacional (entiende en delitos penales graves, drogas, extradiciones, recursos contra la administración central y otros) y el Tribunal Supremo que atiende los recursos extraordinarios de casación y revisión. El Presidente del Tribunal Supremo es la primera autoridad judicial. En línea con Francia y Alemania, España instituyó un Tribunal Constitucional, fuera de la justicia ordinaria, como intérprete supremo de la Constitución atendiendo los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad.

Dos aspectos son de significación, aunque sólo se reflejan indirectamente en la comparación. Primero, en España es el Ministerio de Justicia el encargado de proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios de personal, materiales y económicos para el desarrollo de sus funciones. En este país, no se vincula la independencia judicial con la autarquía financiera. El órgano de gobierno del Poder Judicial es el Consejo General del Poder Judicial. Entre sus funciones se encuentra la de proponer el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, inspeccionar juzgados, formación y régimen disciplinario de jueces y nombramiento de jueces.

En una evaluación reciente del funcionamiento de la administración de justicia en España<sup>15</sup> y como resultado de la información relevada en las entrevistas realizadas en ese país, pueden señalarse como principales problemas de ese sistema:

- el aumento de la litigiosidad: entre 1983 y 1990 el número de demandas ingresadas al sistema judicial aumentó un 47%;
- el aumento de las apelaciones, sobre todo en casos civiles;
- desde 1988, reducción en un 15% de las sentencias dictadas por los organismos de primera instancia;
- desobediencia a las resoluciones judiciales en el cumplimiento del pago compensatorio a la parte ganadora y creciente necesidad de decretos de ejecución de la sentencia;
- aumento del gasto público destinado a la administración de justicia como participación del PBI del 0,16% al 0,26% entre 1982 y 1991;

- relativamente bajo número de juzgadores, pero no de empleados judiciales. Estos están favorecidos por un régimen laboral muy generoso;
- aumento de la demora en la resolución judicial de conflictos;
- elevado costo de representación legal y descontrol del gasto público que atiende el beneficio de justicia gratuita.

### *1.2.1. Análisis comparativo*

Como se desprende de las breves descripciones anteriores ambos sistemas usados en este estudio comparativo presentan aspectos considerados críticos en su gestión. Sin embargo, como se observa en el cuadro 8, la administración judicial local exhibe problemas mucho más acentuados, aunque su naturaleza sea semejante.

Primero, y con respecto a la demanda por solución de pleitos a través de la administración pública de justicia, la Argentina presenta un grado de litigiosidad que es un tercio del de los Estados Unidos y un poco más de la mitad del de España. Mientras en los Estados Unidos se aduce que la “explosión” de litigiosidad se vincula a la defensa de nuevos derechos, como los del medio ambiente o los factibles de acciones de grupo (*class actions*), en España el grado de litigiosidad ha aumentado al 5% anual entre 1983 y 1990, partiendo de un nivel relativamente elevado respecto del resto de los países de la Unión Europea. En la Argentina el índice de casos por habitante es comparativamente bajo para el total del país (ver en la sección siguiente la evolución por fueros en la Justicia Nacional).

En cuanto a la dotación de recursos humanos de la administración pública de Justicia, para atender esta demanda también las diferencias son notorias. Tanto en España como en los Estados Unidos los jueces atienden un 50% más de casos que en la Argentina y, además, en ambos países lo hacen con una dotación de personal por juez similar y que resulta ser aproximadamente un 60% de la dotación de personal por juez local.

Los recursos financieros aplicados a la administración de justicia son nuevamente semejantes en los Estados Unidos y España como porcentaje de su Producto Bruto Interno. Comparativamente la Argentina destina el doble de su PBI a la organización de su sistema judicial.<sup>16</sup> Nótese que podría argumentarse que parte del costo público de la organización judicial constituye un costo fijo ineludible para todos los países y que por lo tanto, a menores niveles de desarrollo corresponderían mayores participaciones del gasto en justicia en el PBI. Esto invalidaría en parte la comparación anterior. Sin embargo, en primer lugar estos costos fijos no serían de gran magnitud (probablemente se correspondan con los de la organización de la Corte Suprema y parte de la justicia penal) y, segundo, la relación del gasto público judicial por causa refuerza la idea de un exceso de gasto o falta de eficiencia en el caso argentino. En efecto, la Ar-

Cuadro 8  
PRINCIPALES INDICADORES DEL SISTEMA JUDICIAL

	Estados Unidos	Argentina	España
Causas cada 100.000 habitantes	14.500	5.800	10.300
Causas 1era. instancia/Juez	1.416	900	1.479
Empleados por Juez	10,8	16,3	10,2
Presupuesto (% del PBI) (1)	0,31	0,65	0,26
Presupuesto/Causa iniciada (2)	451	760	287
Presupuesto por Juez	550.000	519.000	354.000
Presupuesto/Planta total (inc. Jueces)	46.300	31.380	31.790
Presupuesto/Planta aj. x PBI per cápita	46.300	92.300	57.900

(1) y (2) Estados Unidos 1990; Argentina 1992; España 1991 valores en US\$.

Nota: en la Argentina se incluye el Poder Judicial Nacional y el de las provincias. Se excluyó el fuero de Seguridad Social. En los Estados Unidos se computan los tres niveles de gobierno pero se excluyen las causas por violaciones a las leyes de tránsito. En base a entrevistas y únicamente para calcular el número de causas por juez se supuso que los magistrados americanos dedican el 15% de su tiempo a resolver casos de tránsito.

Fuente: FIEL.

Argentina gasta el doble por cada causa ingresada al sistema judicial que los Estados Unidos y casi el triple que España.<sup>17</sup>

Si se mide el gasto público por juez, en promedio, en la Argentina donde un juez recibe el 65% de la carga de trabajo de los otros dos países, el indicador de referencia es tan sólo un 10% menos que el gasto por juez en los Estados Unidos y un 40% más de lo asignado en el sistema español. Nótese que en los tres casos la mayor parte del presupuesto está integrada por salarios (65% en los Estados Unidos, 80% en España y 70% en la Argentina) por lo que una comparación más precisa debería tomar en cuenta la diferencia salarial entre países para esa proporción del gasto. Este efecto es particularmente importante cuando el indicador utilizado es el presupuesto por agente judicial. Para ese indicador, el valor en la Argentina es muy semejante al de España y un 62% del de los Estados Unidos. Sin embargo, si se practica una primera corrección por la diferencia de PBI per cápita para llevar el indicador a niveles comparables con los Estados Unidos se obtiene que, en la Argentina el gasto aproximadamente duplica al de los Estados Unidos y resulta similar al de España.

En síntesis, el mayor gasto que la sociedad argentina destina a la ad-

ministración de justicia como proporción de su ingreso no encuentra un sustento en su nivel de litigiosidad y exhibe resultados de gestión mucho más pobres que los de los otros dos casos bajo examen.

### I.3. EVALUACION DE LOS RESULTADOS DE LA GESTION JUDICIAL

En esta sección se presentan algunos indicadores de la carga de trabajo del Poder Judicial. Al respecto, cabe indicar que la disponibilidad de datos es pobre y de confiabilidad muy variada. No todos los fueros ni todas las instancias en el ámbito federal y de la justicia ordinaria de Capital Federal recogen y suministran información de modo sistemático y con el mismo grado de detalle. En materia de justicia provincial, sólo se contó con información parcial de cinco provincias.

Debido a esta falta de uniformidad y escasez de información, los indicadores creados no han podido ser los mismos para todas las jurisdicciones y los fueros, perdiendo así la posibilidad de establecer comparaciones globales.

A continuación, se señalaron algunos indicadores que se utilizan habitualmente en el análisis de este tema, y se explica su aplicación al caso argentino.

- Tasa de sentencia: esta tasa mide la proporción de sentencias definitivas en relación con los casos resueltos. Para el caso argentino, no pudo ser construido para el fuero civil de Capital Federal pues no se suministran datos desagregados sobre los casos resueltos.<sup>18</sup>
- Tasa de revocación: este dato informa en qué medida la segunda instancia funciona en el sentido de su fin último, modificando sentencias de la instancia previa. En la Argentina no existen datos sobre revocación.
- Registros de sanciones a los jueces: no existen para todos los casos, y, en consultas con camaristas, se indicó que la aplicación de sanciones no es muy frecuente.
- Duración media de los juicios: este indicador sólo surge en algunos fueros, cuya información se suministra más adelante.

Otro problema para analizar la evolución del sector es la inexistencia de series de tiempo de los datos requeridos, lo que inhibe de generar comparaciones de la situación presente con el pasado o detectar tendencias en la mayoría de los fueros.

La información que se detalla más adelante fue recabada de varias fuentes, principalmente la suministrada por las cámaras y los juzgados de los respectivos fueros y por las publicaciones de la Corte Suprema. Otra forma de acceder a información organizada sobre resultados de la actuación del Poder Judicial fue a través de dos encuestas. Una se formuló a una muestra de empresas industriales y de servicios, la otra reu-





**Cuadro 11**  
EGRESOS DE CASOS EN 1992 DE LA JUSTICIA NACIONAL  
Segunda instancia

Lugar	Egreso	Egresos/Ingresos %
Capital Federal		
Ordinario	54.878	97,0
Criminal Y Correccional	9.997	92,9
Comercial	9.725	99,1
Trabajo	17.360	108,4
Civil	16.898	88,9
Penal Económico	898	90,2
Federal	89.368	133,4
Contencioso Adm.	5.206	101,6
Criminal Y Correccional	2.067	101,8
Civil y Comercial	2.578	96,9
Seguridad Social	79.517	139,0
Total Cap. Fed.	144.246	116,7

Fuente: FIEL en base a información suministrada por las provincias, los juzgados y las cámaras de cada fuero, y Cavagna Martínez *et al.* (1994).

Social porque éste es un tribunal de alzada de una instancia administrativa.

El cuadro 13 señala, para cada ejercicio, cuántos años se habría tardado en resolver el stock de casos remanentes, de continuar resolviendo causas al ritmo que se hizo en ese año. A primera vista se observa que el stock relativo de la segunda instancia es mucho menor, nuevamente debido a la naturaleza de su gestión. Comercial de Capital Federal, laboral de Capital Federal y civil y comercial Federal son fueros que cuentan con un stock de casos que podrían resolverse entre 3 y 4,5 años. Observando los datos presentados desde 1988, en comercial de Capital Federal y laboral de Capital Federal se nota una tendencia al crecimiento; en civil y comercial Federal los datos no son suficientes para detectar alguna tendencia. Por su parte, el fuero civil de Capital Federal muestra una tendencia al crecimiento aunque las dificultades que presentan los datos no permiten una conclusión definitiva. Si se conformara esta tendencia en el fuero civil, una explicación posible sería que en los años de alta inestabilidad económica y crisis hiperinflacionaria se habría generado un súbito incremento de la demanda de tutela judicial en este fuero; es de esperar que ante la estabilización económica el

**Cuadro 12**  
CAUSAS EN TRAMITE

Concepto	1991	1992	1993
Primera instancia			
Comercial Cap. Fed.	44.917	69.269	108.320
Civil Cap. Fed.	121.118	159.361	199.313
Laboral Cap. Fed.	119.857	121.570	123.531
Civil y Comercial Federal	40.500	38.940	38.575
Contencioso Adm. Federal	s.d.	117.548	109.231
Segunda instancia			
Comercial Cap. Fed.	1.480	1.507	1358
Civil Cap. Fed.	s.d.	s.d.	s.d.
Laboral Cap. Fed.	7.763	6.108	9.579
Civil y Comercial Federal	302	408	389
Contencioso Adm. Federal	s.d.	1229	1.297
Seguridad Social	s.d.	37.541	28.898

Metodología: se consideraron los datos proporcionados por los juzgados, aunque no estuvieran acordes con la información sobre cantidad inicial de casos, ingresos y egresos para cada período. Para el fuero civil, se debió tomar una hipótesis de mínima de los casos en trámite a comienzos de 1989, debido a que no existe información al respecto. Para ello, se consideraron como casos pendientes los casos resueltos durante 1989 y 1990 que tenían una demora de uno o dos años según el caso. Los datos del fuero contencioso administrativo para 1993 consideran sólo 8 juzgados. En el fuero comercial de Capital Federal en primera instancia se consideraron, en 1988, las sentencias definitivas e interlocutorias pendientes de resolución.

Fuente: FIEL en base a información suministrada por los juzgados y las cámaras de cada fuero, Corte Suprema de Justicia (1992), y Cavagna Martínez *et al.* (1994).

stock de casos acumulado tienda a disminuir en el tiempo respecto de los valores actuales.

Como parte de los resultados de la encuesta a empresas se obtuvo información sobre la duración máxima y mínima de los juicios por fuero. El fuero con menor duración mínima es el civil, el de mayor duración máxima es el contencioso administrativo. Cuando se toman exclusivamente los juzgados de Capital Federal, se observan algunas diferencias: las más marcadas surgen en el máximo de los juicios laborales (7,1 años en Capital Federal, superando al promedio total) y en el máximo de contencioso administrativo (3,6 años en Capital Federal, proporción menor que el promedio total).

**Cuadro 13**  
**EXPEDIENTES EN TRAMITE CON RELACION**  
**A EGRESOS DEL PERIODO**  
**(En años)**

Concepto	1991	1992	1993
Primera instancia			
Comercial Cap. Fed.	1,7	2,4	3,0
Civil Cap. Fed.	(1)	(1)	(1) <sup>19</sup>
Laboral Cap. Fed.	3,0	2,8	3,6
Civil y Comercial Federal	4,3	3,8	4,2
Contencioso Adm. Federal	s.d.	15,3	6,1
Segunda instancia			
Comercial Cap. Fed.	0,1	0,2	0,1
Civil Cap. Fed.	s.d.	s.d.	s.d.
Laboral Cap. Fed.	0,5	0,4	0,5
Civil y Comercial Federal	0,1	0,2	0,1
Contencioso Adm. Federal	s.d.	0,2	0,2
Seguridad Social	s.d.	0,2	0,4

Metodología: se consideró tanto la información obtenida o calculada sobre stock de casos como los datos suministrados sobre egresos por cada juzgado y cámara. El dato de Seguridad Social de 1992 corresponde al promedio del período 1989-1992.

Es aplicable la nota metodológica del cuadro sobre causas en trámite (cuadro 12); también véase nota 19.

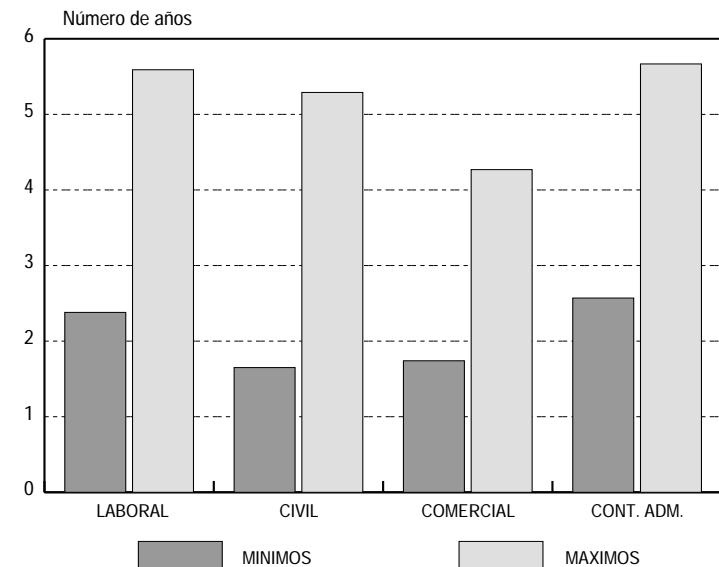
(1) Véase nota del cuadro 10.

Fuente: FIEL en base a información suministrada por los juzgados y las cámaras de cada fuero, Corte Suprema de Justicia (1992), y Cavagna Martínez *et al.* (1994).

El cuadro 14 complementa la información anterior pues indica qué proporción se resuelve del flujo entrado en cada año a cada fuero.

En la primera instancia, mientras el fuero civil y comercial Federal está "liquidando" stock, el resto acumula. Los jueces del fuero comercial ordinario reciben en promedio varias veces el número de casos que reciben sus colegas de otros fueros, seguidos por los jueces del fuero contencioso administrativo (que aunque con datos de egresos parciales, resuelven el equivalente al 64% de los ingresos), y, de lejos, por los jueces de civil y comercial Federal, que aun superando las 900 causas por juez en promedio, resuelven más de las que reciben. En segunda instancia, civil y comercial Federal tiene un desempeño similar, aunque reciben en promedio alrededor de 300 juicios por juez, siendo el fuero que menor nú-

**Gráfico 4**  
**DURACION MAXIMA Y MINIMA DE LOS JUICIOS**  
**POR FUERO, PROMEDIO DE LAS RESPUESTAS**



Fuente: FIEL basado en encuestas a las empresas

mero de juicios por camarista recibió en el lapso considerado. Comercial de Capital Federal también reduce el stock al resolver más de lo que recibe. Laboral, que presenta datos parciales para 1993, ha mostrado históricamente un buen desempeño de segunda instancia, y lo propio ocurre en su primera instancia, donde se nota una mejoría, especialmente respecto de los últimos años de la década del '80.

Los cuadros 15 y 16 muestran la variabilidad que presentan los juzgados, tanto como receptores de nuevas causas como resolviéndolas. La variabilidad en la recepción de causas podría explicar la observada en la resolución; sin embargo, la primera es mucho más alta en todos los casos, con la excepción del fuero comercial de Capital Federal y la segunda instancia del fuero contencioso administrativo. La razón de esta diferencia se explica porque en todos los fueros existe un método de asignación de causas a su ingreso que, con distintos grados de sofisticación, intenta igualar la carga de trabajo por juzgado. En consecuencia, la alta variabilidad de resolución en algunos fueros indica que los juzgados llevan a cabo sus tareas de forma muy dispar.

Una encuesta realizada a las empresas ha permitido también detectar algunas distinciones entre fueros para los juicios que éstas enfrentan co-

**Cuadro 14**  
CASOS NUEVOS POR JUEZ, Y EGRESOS  
COMO PORCENTAJE DE LOS INGRESOS  
(En porcentajes)

Concepto	1991		1992		1993	
	Ing./Juez	Eg./Ing.	Ing./Juez	Eg./Ing.	Ing./Juez	Eg./Ing.
Primera instancia						
Comercial Cap. Fed.	1.652	61,4	2.044	54,2	2.883	47,9
Civil Cap. Fed.	585	(1)	468	(1)	452	(1)
Laboral Cap. Fed.	863	72,3	683	94,8	543	93,0
Civil y Comercial Federal	954	99,3	864	118,1	990	104,1
Contencioso Adm. Federal	s.d.	s.d.	1.820	35,1	2.340	64,0
Segunda instancia						
Comercial Cap. Fed.	725	103,7	654	99,1	736	101,4
Civil Cap. Fed.	502	74,4	487	88,9	426	87,7
Laboral Cap. Fed.	682	104,2	667	108,4	879	83,8
Civil y Comercial Federal	278	126,3	296	96,9	377	100,6
Seguridad Social	s.d.	s.d.	5.862	82,2	7.326	113,1
Contencioso Adm. Federal	s.d.	s.d.	427	101,6	465	98,8

Metodología: se consideraron los datos suministrados por juzgados y cámara sobre ingresos y egresos de cada período.

El dato de Seguridad Social de 1992 corresponde al promedio del período 1989-1992; los egresos del fuero contencioso administrativo corresponden a 8 juzgados. (1) Véase nota del cuadro 10.

Fuente: FIEL en base a información suministrada por los juzgados y cámaras de cada fuero, y Cavagna Martínez *et al.* (1994).

mo demandadas o demandantes. Considerando todas las observaciones obtenidas en la encuesta mencionada, se ha hallado un incremento continuo para los tres años considerados en la cantidad de juicios promedio que la empresa enfrenta como demandante, alcanzando los 13,5 juicios por empresa en 1993, 31% más que en 1991. Si bien los resultados muestran que los juicios del fuero civil han tenido un fuerte aumento con relación al total, esta conclusión no es representativa porque el 99% de los juicios aquí considerados surgen de una sola firma. Los juicios del fuero comercial, tanto por verificación de créditos como por otras causas, inciden de la misma manera en el total en el último año.

Cuando la firma es demandada, claramente influyen los juicios laborales como principal determinante del promedio, que en 1991 era de 20,2 juicios, en 1992 de 24 juicios y en 1993, de 22,5 juicios. La participación

**Cuadro 15**  
VARIABILIDAD DE INGRESO DE CAUSAS NUEVAS  
(En porcentajes)

Concepto	1991	1992	1993
Primera instancia			
Comercial Cap. Fed.	23,1	39,9	34,3
Civil Cap. Fed.	25,2	30,6	59,7
Laboral Cap. Fed.	2,6	17,0	s.d.
Civil y Comercial Federal	12,3	6,4	11,3
Contencioso Adm. Federal	s.d.	87,4	36,7
Segunda instancia			
Laboral Cap. Fed.	12,0	16,4	14,1
Comercial Cap. Fed.	3,1	3,6	8,1
Civil Cap. Fed.	2,8	6,5	4,5
Civil y Comercial Federal	7,9	9,9	1,5
Seguridad Social	s.d.	3,9	18,7
Contencioso Adm. Federal	s.d.	16,3	16,1

Metología: se define como variabilidad a la dispersión en relación con el promedio de un conjunto de datos. Este estimador indica cuán dispersos alrededor de la media, y con relación a ella, son los datos. Cuanto más alta sea la variabilidad, más dispersos serán los datos.

El dato de Seguridad Social de 1992 corresponde al promedio del período 1989-1992

Fuente: FIEL sobre información suministrada por los juzgados y cámaras de cada fuero, y Cavagna Martínez *et al.* (1994).

de los juicios laborales se mantiene estable (alrededor del 75% de los pleitos), y aumentan su participación los juicios civiles.

La alta incidencia de los juicios laborales para las empresas demandadas, se explica en gran parte por la ley de accidentes de trabajo. La primera norma legal sobre accidentes del trabajo se introdujo en el año 1915 en la Argentina, para cubrir lo que en esencia se definió como riesgos "inherentes a la profesión". Sucesivas reformas en 1940 y 1960, recogieron opinión jurisprudencial que alteraba el alcance original de la norma. La reforma del Código Civil en 1968 introdujo (artículo 1113) la *inversión de la carga de la prueba* al establecer que "en los supuestos de daño (...) causados por las cosas, el dueño o guardián para eximirse de la responsabilidad deberá demostrar que por su parte no hubo culpa o daño". En sede judicial, la vaguedad de la expresión "cosa" derivó a que en la práctica todos los objetos, aun los inertes (como el "ambiente") pudieran provocar daños en los términos de este artículo. La reforma de la ley

**Cuadro 16**  
VARIABILIDAD DE EGRESO DE CAUSAS  
(En porcentajes)

Concepto	1991	1992	1993
<b>Primera instancia</b>			
Comercial Cap. Fed.	27,8	29,8	27,0
Civil Cap. Fed.	85,8 (1)	88,0 (1)	94,7 (1)
Laboral Cap. Fed.	23,4	20,6	18,9
Civil y Comercial Federal	72,8	64,3	82,5
Contencioso Adm. Federal	s.d.	106,7	185,7
<b>Segunda instancia</b>			
Comercial Cap. Fed.	6,0	5,5	10,6
Civil Cap. Fed.	35,2	12,3	11,7
Laboral Cap. Fed.	15,2	18,5	15,8
Civil y Comercial Federal	17,8	13,0	5,5
Seguridad Social	s.d.	5,4	5,6
Contencioso Adm. Federal	s.d.	12,0	12,8

(1) Véase nota del cuadro 10.

Fuente, metodología y notas: idem cuadro anterior. Los datos sobre el fuero contencioso administrativo contemplan egresos de sólo 8 juzgados para 1993.

de accidentes de 1988 incorporó las “enfermedades accidente” y prorrogó *sine die* en la práctica el periodo para iniciar acciones.

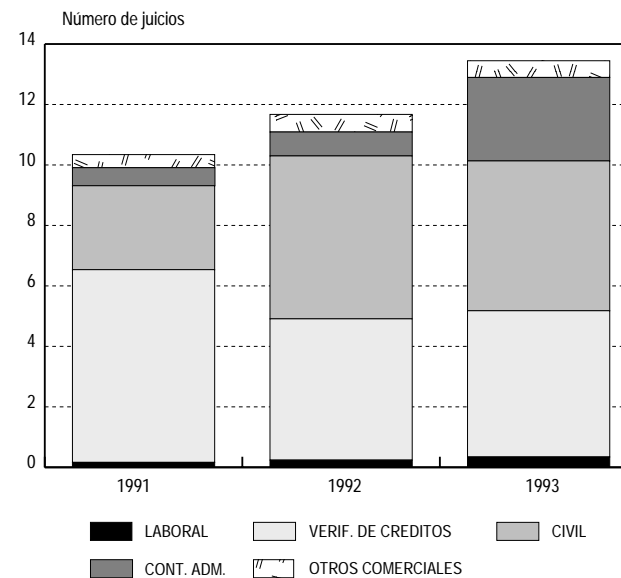
La explosión de litigiosidad que caracterizó el período 1987-1990, basada en la ambigüedad e imprecisiones de la normativa legal, llevaron a que las compañías de seguros suprimieran la cobertura de este rubro a comienzos de 1990, y posteriormente renegociaran los contratos elevando sustancialmente las primas por los infortunios cubiertos. Sin embargo, los incentivos del sistema siguieron favoreciendo las demandas masivas interpuestas por representantes legales que contaban con dos elementos a su favor, que en numerosos casos fueron utilizados como medio extorsivo: por un lado, era posible multiplicar sin límites los peritajes para elevar el costo legal del juicio, y por otro lado todos los costos legales quedaban a cargo del empleador (aun cuando ganara el juicio). En ese contexto, la amenaza se constituyó en arma de negociación que multiplicó en forma exponencial los juicios y montos demandados.<sup>20</sup>

**Cuadro 17**  
COMPOSICION DE LOS JUICIOS PROMEDIO POR EMPRESA  
(En porcentajes)

Firma es Demandante						
Año	Laboral	Verif. Créditos	Otros Comercial	Civil	Cont. Adm.	Total
1991	1,6	61,6	26,8	5,8	4,2	100,0
1992	2,0	40,0	46,2	6,8	5,0	100,0
1993	2,6	36,0	36,8	20,5	4,1	100,0
Firma es Demandada						
Año	Laboral	Verif. Creditos	Civil	Cont. Adm.	Total	
1991	75,0	2,7	12,1	10,2		100,0
1992	73,2	2,2	20,9	3,8		100,0
1993	74,3	1,8	22,7	1,2		100,0

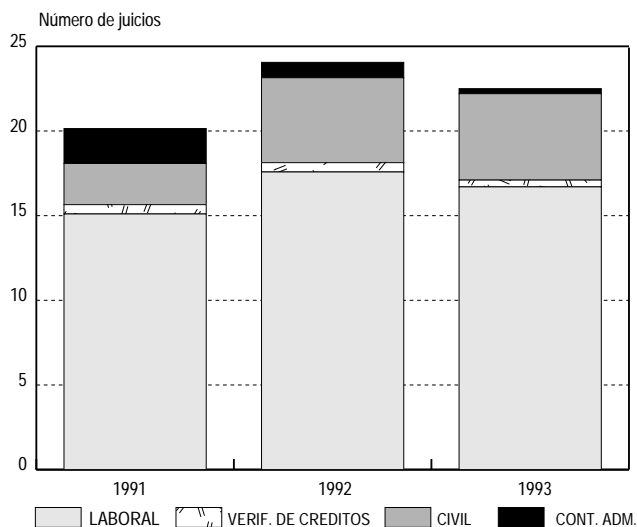
Fuente: FIEL en base a las encuestas realizadas a empresas.

**Gráfico 5**  
JUICIOS TOTALES POR FUERO PROMEDIO POR FIRMA  
La firma es demandante



Fuente: FIEL basado en encuestas a empresas.

Gráfico 6  
GRAFICO JUICIOS TOTALES POR FUERO PROMEDIO POR FIRMA  
Firma es demandada



Fuente: FIEL basado en encuestas a empresas.

#### NOTAS

##### 1. Poder Judicial de la Nación

Composición de los Tribunales Nacionales de la Capital Federal:

1. Cámara Nacional de Casación Penal
2. Cámaras Nacionales de Apelaciones de la Capital Federal
  - a. En lo Civil y Comercial
  - b. En lo Contencioso Administrativo
  - c. En lo Criminal y Correccional
  - d. En lo Civil
  - e. En lo Comercial
  - f. Del Trabajo
  - g. En lo Criminal y Correccional
  - h. De la Seguridad Social
  - i. Electoral
  - j. En lo Penal Económico
3. Tribunales Orales
  - a. En lo Criminal
  - b. En lo Penal Económico
  - c. De Menores
  - d. En lo Criminal Federal

4. Jueces Nacionales de Primera Instancia
  - a. En lo Civil y Comercial Federal
  - b. En lo Contencioso Administrativo Federal
  - c. En lo Criminal y Correccional Federal
  - d. En lo Civil
  - e. En lo Comercial
  - f. En lo Criminal de Instrucción
  - g. En lo Correccional
  - h. De Menores
  - i. En lo Penal Económico
  - j. Del Trabajo
  - k. De Ejecución Penal
  - l. En lo Penal de Rogatorias

Composición de los Tribunales Nacionales con asiento en las provincias:

1. Cámaras Federales de Apelaciones
2. Tribunales Orales en lo Criminal Federal
3. Juzgados Federales de Primera Instancia.

2. Si bien las estimaciones presentadas en este estudio son consistentes con otras realizadas en trabajos previos, resulta necesario aclarar que las actualizaciones pueden perder precisión debido a la forma de presentación de los datos. La información de las cuentas generales es histórica, mientras que el índice de precios implícitos es un promedio anual, hecho que distorsiona levemente las actualizaciones en periodos de inflación elevada.

3. En el trabajo citado, no se cubrieron las siguientes provincias: Catamarca, San Luis, Jujuy, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. La cantidad de jueces se estimó de acuerdo con la cantidad de empleados/juez promedio en las provincias y por la participación de estas provincias en el total del país.

4. El presupuesto elaborado por el Poder Ejecutivo y aprobado por el Congreso abarca los jueces federales y aquellos pertenecientes a la Justicia Ordinaria de Capital Federal. Se incluyen aquí los cargos no ocupados, por lo que el total de jueces comprendidos por el presupuesto alcanza a 807. La misma división conceptual se utiliza para la provincia de Buenos Aires.

5. Organización y Funcionamiento del Poder Judicial. Análisis Comparativo Interprovincial. Departamento de Estudios Sociales y Proyectos, Procuración General, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, mayo de 1993.

6. Datos para el Análisis del Sector Público de las distintas Jurisdicciones, Programa de Transformación de los Sectores Públicos Provinciales (BID), Ministerio del Interior.

7. Corresponde al Programa 16 "Administración de Justicia en Última Instancia" de la Jurisdicción 05. El total de empleados asciende a 3150, mientras que la cantidad de jueces es de 22 (9 de la Corte, más 13 jueces de Cámara).

8. Anuarios Estadísticos 1992 de la Corte Suprema de la Nación y Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires. Cavagna Martínez *et al.* (1994).

9. La descripción del sistema judicial americano está basada en Meador (1991).

10. Es posible que los jueces reviertan un precedente, pero esto ocurre en raras ocasiones.

11. Ver National Center for State Courts (1994). Los datos para la Justicia Federal son del Informe Anual del Director de la Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos de 1993.

12. El dato federal no incluye a los "magistrates" (475 en 1992).

13. Ver, entre otros, Hensler (1992) y Butler y Miller (1992) que tienen opiniones contrapuestas sobre el impacto del sistema legal americano sobre la competitividad de su economía; o Huber y Litan (1991) que destacan la importancia de algunos casos relacionados a la responsabilidad de las firmas ante los siniestros, y Galanter (1993) para una visión más favorable del problema de la litigiosidad en los Estados Unidos.

14. Es interesante destacar que esta tarea es interpretada como de menor importancia relativa porque los jueces de quiebras no son nombrados de por vida, como ocurre con los jueces federales incluidos en el artículo III de la Constitución estadounidense.

15. Santos Pastor Prieto (1993) desarrolla un enfoque para el caso español con numerosos puntos de contacto con el de este estudio, en el abordaje del análisis del caso local.

16. Como el sistema norteamericano asigna mayores funciones a los abogados podría justificarse un menor gasto presupuestario como porcentaje del PBI que en el caso argentino. Sin embargo, este argumento no puede extenderse al caso español.

17. El caso de Chile refuerza la conclusión aquí presentada. La participación del gasto público judicial en el PBI estaba en torno al 0,16% en 1993. Véase, al respecto, Vargas Viancos, Juan y Correa, Jorge: "Diagnóstico del sistema judicial Chileno", Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, Santiago de Chile, 1995.

18. En 1993, la tasa de sentencias sobre el total de casos resueltos fue 11,5% para el fuero comercial de Capital Federal, y 56,4% para laboral de Capital Federal.

19. Los datos que suministra la Corte Suprema (1993) permiten calcular un stock/egresos de 14,8 para el año 1992. Por otra parte, como es posible que no todos los juzgados de todos los fueros hayan presentado la información en el plazo requerido, se presume que los datos sobre egresos pueden estar subestimados. No obstante, sólo en el caso del fuero laboral se reconoce formalmente que la información únicamente cubre hasta septiembre de 1993.

20. A principios de 1996 un nuevo sistema de cobertura por accidentes de trabajo (ley 24.557) que creó empresas Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) se orientó a dar una solución a esta situación.

## Capítulo II

### LA EFICIENCIA DE LA ADMINISTRACION JUDICIAL ARGENTINA

#### II.1. LOS JUECES COMO EJES DEL SISTEMA

##### *Introducción*

En términos económicos y dado un contexto legal determinado, la resolución de conflictos en sede judicial debería alcanzar un nivel de calidad adecuado, al mínimo costo posible. Diversos elementos definen la calidad: pocos errores en las sentencias de los magistrados, demoras razonables, representación legal profesional. Los costos que la organización del sistema judicial debe minimizar sin perjudicar el logro del primer objetivo son los presupuestarios y los que incurre el sector privado para poder acceder a la justicia (por ejemplo, honorarios de abogados y expertos). La forma en que se organice el sistema legal de un país puede influir para obtener un resultado eficaz; en general, puede existir un conflicto entre calidad y costos, pero también es posible que un esquema mal organizado sea, a la vez, caro y deficiente.

Sintetizando una realidad mucho más compleja, existen dos formas extremas de encarar este problema: a) el sistema americano adversarial, en el cual los abogados de cada parte tienen un papel muy activo en el proceso de investigación del caso y donde, a su vez, predomina la tradición del “common law” que atribuye a los jueces un rol parcial de legisladores al permitirles crear precedentes en la resolución de casos concretos que tienen valor de ley para juzgar conflictos en el futuro; y b) el sistema europeo continental que se caracteriza por un papel preponderante del juez en la investigación de la prueba y donde los códigos y las leyes son la fuente que cada magistrado debe tomar como marco de referencia para sus decisiones.<sup>1</sup>

El sistema del precedente tiene la ventaja de ser más flexible para resolver casos puntuales, mientras que el de códigos tiende a “estandarizar” más la solución.<sup>2</sup> En la práctica, existen excepciones a la norma ge-



neral. Por ejemplo, en los Estados Unidos en las últimas décadas se ha utilizado con mayor frecuencia el dictado de estatutos o leyes del Congreso que tienden a acotar la solución posible para casos similares;<sup>3</sup> quizás el caso más claro se observa en los accidentes de trabajo donde existe un sistema estandarizado que reconoce una compensación tabulada para cada siniestro, independientemente de los cuidados que la empresa haya adoptado para prevenir los accidentes, pero que a cambio de esta indemnización casi segura, le restringe al trabajador afectado el uso de la vía judicial para reclamar un pago mayor. Por su parte, en la Argentina, que ha adoptado el criterio continental europeo, existe una doctrina que surge de la interpretación de las leyes cuando éstas no tienen una especificidad absoluta y que puede servir como antecedente para que los jueces resuelvan conflictos en el futuro.<sup>4</sup>

El sistema americano, como se dijo antes, tiene otra diferencia importante con el continental europeo. Delega en los abogados la tarea de investigación de la prueba y de proveer los peritos, en lugar de asignar esta responsabilidad a los jueces. Puede afirmarse entonces que, para resolver los conflictos, un régimen adversarial hace un mayor uso del mercado de representación legal, mientras que un sistema inquisitivo como el nuestro confía más en los funcionarios públicos (jueces).

En este contexto, es necesario analizar diversos aspectos. La eficacia relativa de una solución más de mercado en relación con una alternativa con mayor injerencia pública es un primer tema a discutir. En segundo término, si se confía más en el Estado (como ha hecho la Argentina al delegar en el juez buena parte de la tarea de investigación de la prueba y la designación de los peritos) debe evaluarse si ello exige una tarea más cuidadosa en la selección de los magistrados y cuáles son los incentivos que éstos tienen para desempeñar su labor en forma eficiente. El problema que aparece recurrentemente en la literatura es el posible conflicto entre la motivación de los jueces para realizar su labor a un costo razonable y la independencia del Poder Judicial.

#### *Solución de mercado o provisión pública*

Cuando los agentes económicos enfrentan un litigio deben recurrir a un abogado, cuyo rol se asemeja al de un intermediario que conoce la legislación y que aconseja a su cliente respecto de la estrategia a seguir.

La prestación de servicios legales se caracteriza por una oferta atomizada, aunque en algunos países existen regulaciones a la entrada o sobre honorarios. Estos temas se discuten en el punto II.3. Corresponde analizar aquí los eventuales problemas que pueden existir para que el mercado libre pueda generar una solución eficiente. En este sentido, se mencionan los siguientes problemas potenciales: a) los abogados invertirán demasiados recursos en el proceso de prueba para probar los argumentos de su parte; la alternativa de concentrar esta tarea en el juez evita este derroche porque el magistrado sólo procura encontrar la evidencia ne-

cesaria para resolver el caso de la manera correcta. b) Existe una asimetría de información entre el cliente y su abogado (el letrado conoce mejor la legislación y, por lo tanto, la probabilidad de ganar el juicio) que le permite maximizar sus intereses y no los de la parte que él representa; por ejemplo, podría prolongar innecesariamente el pleito para cobrar más honorarios si factura por hora trabajada, o negociar un honorario más alto argumentando que el caso es más difícil de ganar cuando, en realidad, es relativamente sencillo.

El primer argumento, expuesto de esa manera, no es muy defendible desde el punto de vista económico porque su extensión a otros campos significaría que la economía centralmente planificada permite ahorrar costos en relación con el mercado libre. En realidad puede argumentarse para el caso concreto de la prueba en un proceso judicial que la información que una parte tenga incentivo a retacear será provista por la otra.

Por ello, es más relevante analizar eventuales problemas en el proceso de selección de expertos en un mundo donde no existe información perfecta. No debe olvidarse que, muchas veces, el juez debe tomar una decisión acerca de un tema cuya resolución exige una opinión de un tercero (el perito). Al magistrado, por el carácter técnico del tema, puede resultarle difícil precisar si existe un sesgo en la opinión del perito que tiende a favorecer a una de las partes en disputa.

Para resolver este problema existen nuevamente dos alternativas extremas: crear un cuerpo de peritos del Estado, confiando en la burocracia pública, o recurrir a expertos privados. En este último caso, el juez puede ejercer un control más estricto del mercado, si designa directamente los peritos, o tener un papel más pasivo, en el caso en que cada parte seleccione libremente a su experto.

También existen, en este caso, problemas de asimetrías de información y de calidad del testimonio, y se puede confiar o no en la reputación de los peritos como un incentivo a que no sesguen demasiado su opinión. En Alemania, por ejemplo, los jueces tienden a repetir a los mismos expertos utilizados en casos anteriores; esto crea un flujo de ingresos para aquellos que actúan en forma eficaz, que se pierde si el magistrado deja de contratarlo porque está desconforme con su desempeño.<sup>5</sup>

Se ha argumentado que el sistema adversarial, en el cual los abogados eligen los peritos, da lugar a un derroche de recursos porque cada parte tiene incentivos a contratar expertos que avalen su posición, mientras que un magistrado a cargo de la investigación buscará técnicos imparciales.<sup>6</sup> Sin embargo, bajo el supuesto de que se penaliza el perjurio, trabajos más recientes no encuentran diferencias teóricas entre ambos sistemas, aun en los casos en que existe información imperfecta. En otras palabras, el juez o eventualmente el jurado, podrá llegar al fallo correcto incluso a pesar de que el experto de cada parte brinde evidencia favorable, pero no falsa, en favor de la posición de su cliente.<sup>7</sup> Además,

se menciona que cuando se recurre en los Estados Unidos a árbitros y se necesita una opinión técnica, en general, cada parte elige su experto. Si este sistema fuera tan nocivo, los litigantes con intereses contrapuestos delegarían la elección de peritos en el propio árbitro.<sup>8</sup>

También debe mencionarse que la investigación de la prueba, a cargo de los abogados en los Estados Unidos, se ha regulado de modo tal de obligar a brindar toda la información relevante a la otra parte antes del juicio. A su vez, el juez toma un papel un poco más activo para limitar la búsqueda. Estas regulaciones respetan el libre funcionamiento del mercado y pueden asemejarse a las regulaciones de calidad o ambientales que se imponen a la fabricación de bienes y servicios para proteger a los consumidores o atenuar posibles asimetrías de información.

El problema de la información asimétrica presenta otros inconvenientes. En alguna medida es similar al que se observa en los mercados de otros servicios. En el caso de la salud también existe un intermediario (el médico) que conoce el problema mejor que el paciente y ello puede generar ineficiencias, aunque en este caso el contexto es más complicado porque se potencia el conflicto de intereses al existir un tercero (el seguro de salud) que se hace cargo de toda o una parte de la cuenta.<sup>9</sup> Por ello, los servicios legales se asemejan más a otras prestaciones profesionales (por ejemplo, las relacionadas con la construcción) donde la calidad del servicio es difícil de determinar, sobre todo a priori, y donde la frecuencia de compra para la mayoría de las personas es baja.<sup>10</sup> Esto puede exigir algún tipo de intervención pública o regulación (códigos de ética) que permitan penalizar al profesional que abusó de un demandante.<sup>11</sup>

A pesar de que los problemas de calidad del servicio no parecen tan graves como para justificar un papel preponderante del Estado, los países continentales europeos y la Argentina (quizás en menor medida) han elegido un sistema donde el juez tiene un rol central y el abogado uno más acotado que en el sistema estadounidense.

Una explicación posible de esta regularidad se encuentra en la calidad diferencial de la representación legal obtenida bajo el sistema de asignación de costas europeo y el norteamericano. Como se argumenta en otra parte de este trabajo, el sistema de asignación de costas estadounidense, juntamente con la celebración de pactos de cuota litis (honorarios contingentes), genera un alineamiento de intereses entre abogados representantes y clientes, que contribuye a atenuar los potenciales incentivos perversos de los primeros, al darles una participación tanto en los beneficios, como en los costos de litigar. En el sistema de asignación de costas argentino, similar al europeo, el representante del perdedor recibe un honorario regulado positivo, y, por lo tanto, no participa de los costos de su cliente. En este contexto, los abogados tienen un mayor incentivo a litigar, y que el pleito sea lo más costoso posible como para que sus honorarios regulados sean también mayores.<sup>12</sup> Así, resulta natural que se descansa en una solución burocrática cuando los incentivos del mercado no son los correctos. Por otro lado, desde un punto de vista más

general, esta tradición europea más propensa a intentar diseñar un servicio público de excelencia se extiende también a otras áreas.<sup>13</sup>

### *La solución pública: problemas y posibles soluciones*

Optar por confiar en funcionarios del Estado plantea una serie de complicaciones que los países han tratado de resolver de diferente manera. En el caso de la justicia existe, además, el objetivo de asegurar la independencia que introduce problemas adicionales.

Cuando el Estado toma una participación activa se plantean inconvenientes para asegurar que los ejecutores del programa tengan incentivos suficientes para ser eficientes. En otras áreas del gobierno es posible recurrir a mecanismos de premios y castigos (incentivos monetarios atados al desempeño, promociones a cargos de mayor jerarquía, auditoría y control a cargo de otros entes públicos o poderes del Estado).

Estos esquemas no siempre logran la misma eficacia que cuando se adoptan en el sector privado, en parte por la ausencia de un “dueño” efectivo. Además de ello, el problema es más agudo en el Poder Judicial porque al introducir el concepto de independencia, sumado a la inamovilidad de los magistrados mientras se mantenga su buena conducta y a la intangibilidad de sus remuneraciones, se restringe la posibilidad de introducir incentivos que pueden ser factibles en otras áreas del Estado.

Esto ha llevado a diversos autores a explorar este problema. ¿Qué incentivos tiene un juez para ser eficiente cuando su puesto está asegurado de por vida si mantiene su buena conducta, su sueldo es inamovible (lo que lo inhibe de recibir premios por productividad) y cuando el control de los otros poderes del Estado se limita ex profeso para facilitar la independencia del Poder Judicial?<sup>14</sup>

Un argumento basado en que los jueces actúan en función del interés público no es muy defendible y peca de ingenuidad. En general, si bien puede aceptarse que los individuos valoran otras cosas además de su ingreso monetario, no puede confiarse en que el buen funcionamiento de una institución de la importancia de la Justicia está asegurado porque todos sus integrantes son altruistas.<sup>15</sup> Por ello, se han buscado otras explicaciones más consistentes con el accionar de personas que actúan en función de sus intereses individuales.

Por ejemplo, se ha mencionado el prestigio de la Justicia como un elemento que le brinda satisfacción a sus integrantes. Sin embargo, este argumento está expuesto a evidentes problemas de “oportunismo”, porque cada integrante del Poder Judicial se beneficia si el resto actúa eficazmente aún cuando su esfuerzo personal sea mínimo, lo que da un incentivo perverso a reducir la calidad.<sup>16</sup>

Por ello, son más eficaces los instrumentos que sirven para premiar el prestigio de cada juez. Como no es posible recurrir a premios monetarios se mencionan algunos en “especie”: el prestigio entre sus pares y los

abogados, una tasa baja de revocación de fallos por parte de tribunales superiores, si éstos son prestigiosos, o la carrera judicial.

La reputación entre los pares puede ser un incentivo eficaz en determinadas ocasiones, pero tiene el problema potencial de no premiar esfuerzos que mejoren la situación de todos los ciudadanos en la medida en que los objetivos de los magistrados como grupo o de los abogados difieran de los de la sociedad en su conjunto (incluyendo dentro de éstos la minimización de los costos de proveer una justicia eficaz). Posner (1993), que es juez federal en Chicago, sostiene que un magistrado que se esfuerce más de lo usual sería mal visto por sus colegas, que podrían verse obligados a aumentar su propio trabajo. En este contexto, también se puede citar el “espíritu de grupo”, mencionado por algunos magistrados argentinos como una posible explicación del escaso número de sanciones que aplican las Cámaras de Apelación de la Justicia Nacional a los jueces de primera instancia.

La revocación de fallos por un tribunal superior es un indicador imperfecto porque muchas veces no refleja una decisión errónea del juez sino una diferente aproximación al problema.<sup>17</sup>

Otras alternativas posibles que darían incentivos a proveer un servicio de calidad adecuada consistirían en asegurar a los jueces en ejercicio un flujo de ingresos que les genere alguna cuasirrenta que perderían si son removidos del cargo. Las alternativas disponibles son sueldos atractivos o un sistema de retiro generoso como el que existe en los Estados Unidos para los jueces federales.<sup>18</sup> Sin embargo, estos premios funcionarían como disuasivo sólo para los casos extremos de remoción y no para premiar el buen desempeño cotidiano.<sup>19</sup>

La carrera judicial aparece como un premio importante si se la diseña contemplando este fin. En los Estados Unidos se argumenta que es un incentivo parcial porque es aleatoria, en Europa parecería que es más potente.<sup>20</sup>

De todas formas, existe bastante consenso, en particular cuando los jueces tienen asegurado el puesto de por vida, acerca de la importancia de contar con una carrera judicial que premie el esfuerzo y, fundamentalmente, de la presencia de un sistema eficaz de nombramiento de magistrados.

Los países de Europa continental asignan una gran importancia a la carrera judicial y al ingreso de magistrados. Entre otros elementos se utilizan:<sup>21</sup>

- En Alemania los candidatos a juez son propuestos por el Ministerio de Justicia en consulta con una comisión de jueces, pero además deben rendir un examen especial (en general sólo se presentan los graduados con mejores notas en la universidad) y luego trabajan a prueba por un período de tres años. Al finalizar este período, los evalúan los magistrados de mayor antigüedad, quienes revisan su actuación antes de confirmarlos en el puesto. También intervienen los jueces en la evalua-

ción de los candidatos a ascender a cargos superiores, además de revisarse las demoras en los fallos y las reversiones de sentencias.

En España, se puede acceder al cargo de juez por medio de un severo concurso de oposición de antecedentes, previa la aprobación de cursos que dicta el Consejo General del Poder Judicial. Al tribunal examinador lo nombra este Consejo. También pueden acceder al cargo de juez los funcionarios judiciales, previa evaluación de sus méritos. La legislación establece que la planta de magistrados se integra con dos terceras partes de personas nombradas por carrera y un tercio por concurso.

- Francia y Alemania evalúan el desempeño de sus magistrados cada año, con acceso de la opinión pública al proceso.
- Francia obliga a sus jueces a continuar su educación.
- En Alemania y los Estados Unidos se acepta que las remuneraciones de los jueces son atractivas. Esto es consistente con el importante número de interesados en acceder a la carrera judicial.

Incluso en los Estados Unidos, donde se confía más en el mercado legal que en la burocracia, los candidatos a jueces a nivel federal son investigados en forma exhaustiva por el FBI y en forma informal por la Asociación de Abogados. Además, se obliga a los jueces a hacer pública su situación financiera, y se regulan en un Código de Ética los ingresos permitidos por actuaciones fuera de la justicia.<sup>22</sup>

Además de los incentivos que puede brindar la carrera judicial y la revisión del proceso de nombramiento de magistrados, existen otros mecanismos de control del buen desempeño de los jueces en actividad. Algunos ejemplos son los siguientes:

- En los Estados Unidos, existe un control informal del resto de los jueces. En general, éste es el mecanismo preferido por los propios magistrados, pero se ha mencionado que su eficacia aumenta cuando el número de magistrados es bajo o cuando existe un proceso de control formal externo o con mayor participación de personas ajenas al Poder Judicial.<sup>23</sup>
- Se prevé la presencia de consejos encargados de auditar las quejas que se formulan contra los magistrados. Estos consejos existen en todos los estados de los Estados Unidos<sup>24</sup> y a nivel federal fueron creados en 1939 y están especialmente regulados por una ley de 1980.<sup>25</sup> En el caso estadounidense la intención es potenciar el proceso de autorregulación de los jueces.<sup>26</sup>
- En los Estados Unidos y España es posible procesar penalmente a un juez y condenarlo antes de que se concrete el juicio político.
- Además, existe el proceso formal de remoción de jueces. En toda la historia de los Estados Unidos sólo ha habido ocho juicios políticos a magistrados, aunque tres se han concretado en la última década. Es-

to revela el carácter de último recurso de este proceso y la necesidad de contar con mecanismos intermedios. Debe señalarse, no obstante, que 22 jueces acusados por la Cámara de Diputados renunciaron al cargo antes de que se iniciara el juicio político en el Senado.<sup>27</sup>

- En muchos de los 33 estados norteamericanos que utilizan comisiones para el nombramiento de jueces se obliga a los magistrados a validar en una elección la renovación de su mandato. Este proceso popular es criticado en los lugares donde se obliga a competir al juez con otro candidato porque ello plantea la necesidad de recolectar fondos para la campaña, pero es más aceptado para un magistrado que vence en su mandato.<sup>28</sup>
- Alemania, España y Francia permiten la participación de personalidades que no son jueces en el proceso disciplinario.
- En España, el Consejo General del Poder Judicial decide la remoción de jueces y otras sanciones como el traslado forzoso, suspensión o multas. Los integrantes de este Consejo son jueces con más de quince años de antigüedad y juristas de reconocido prestigio.

En esta discusión hay un elemento implícito de indudable importancia que es el compromiso que existe entre la independencia del Poder Judicial y la responsabilidad de los jueces en el desempeño de sus funciones. Quienes apoyan la posición de una independencia absoluta avallan los procesos de autorregulación judicial. Sin embargo, la independencia del Poder Judicial no es un valor en sí misma sino que existe para que los magistrados puedan administrar justicia. La mayoría de los especialistas coincidiría hoy en que este objetivo debe alcanzarse en forma económica y expedita.<sup>29</sup> En otras palabras, la independencia de los jueces no exige la autonomía presupuestaria o la autorregulación de la conducta.

Es evidente que la Constitución estadounidense ha valorado más que las de los estados la independencia del Poder Judicial, porque en éstos no existe la inamovilidad de los funcionarios sino que se los nombra por períodos limitados renovables.<sup>30</sup> Sin embargo, existen restricciones al libre funcionamiento de la Justicia que se interpretan en forma favorable.

En primer lugar no existe ninguna asignación específica de fondos presupuestarios sino que el monto se discute cada año en el Congreso. El manejo del presupuesto es responsabilidad de la Oficina de Administración que desde 1939 pertenece al Poder Judicial, el mismo año en que se crearon los consejos judiciales a nivel federal.

Además, existen trabajos que muestran que la Justicia Federal norteamericana ha sido influida por presiones externas, aunque en forma mínima, y ello es visto favorablemente por los autores al actuar como un control adicional de los jueces. A modo de ejemplo, pueden mencionarse los siguientes resultados:

- Cohen (1992) revisó los fallos judiciales en casos antimonopolio en el

período 1955-1981. En los momentos en que aumentaba el porcentaje de cargos libres en las Cámaras para promover a jueces de primera instancia, los potenciales candidatos tendían a dictar sanciones más acordes con el pensamiento del Congreso. Esto se ha interpretado como una muestra de que los jueces responden a los incentivos (en este caso, la promoción a un cargo superior). De todas maneras, durante el período siempre existió una crítica, tanto del Ejecutivo como del Congreso, respecto de la poca severidad de las sanciones judiciales en casos antimonopolio, que sugería que el grado de influencia era mínimo.

- Toma (1991) encontró evidencia estadística de que los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos se acercan a las preferencias del Congreso con el objeto de facilitar aumentos en el presupuesto judicial. Esto se interpreta favorablemente porque se considera que una independencia absoluta del Poder Judicial sería muy discrecional y favorecería la ineficiencia de los magistrados.<sup>31</sup>
- Anderson *et. al.* (1989) al analizar el desempeño de magistrados estatales encuentran evidencia estadística de que los sueldos de los jueces son mayores cuando aumenta su independencia. Esto es valorado por el Congreso para reducir el riesgo de que en el futuro se reviertan las transferencias otorgadas por el Parlamento actual y, de ese modo, se reduzca el poder del Legislativo para favorecer a determinados grupos de presión.<sup>32</sup>

### *Conclusiones de la experiencia comparada*

En resumen, poner un mayor peso en los jueces para resolver los conflictos, como se realiza en los países de Europa continental y en la Argentina, plantea una serie de problemas que hacen difícil alcanzar una solución óptima. Al igual que en la alternativa de mercado, el servicio que realizan los jueces es difícil de medir y, además, el control por parte de terceros está limitado por el deseo de conceder una mayor autonomía de decisión. Por ello, se enfatiza la necesidad de extremar los recaudos en el nombramiento de jueces y, en la medida de lo posible, generar un sistema de premios no monetarios para los que se desempeñan mejor (carrera judicial, por ejemplo).

Esto debería ir acompañado de controles internos sobre la performance judicial. Además, la autarquía presupuestaria debería limitarse o eliminarse para introducir algún control externo periódico.<sup>33</sup>

Otra alternativa que sugiere la teoría económica en los casos de problemas de calidad, y que también es aplicable a la solución de mercado, es generar un flujo de cuasirrentas a los jueces que se pierdan en el supuesto de una remoción. Esto puede lograrse a través de reconocer buenos salarios o de un sistema jubilatorio preferencial. Como fuera mencionado anteriormente, el problema de esta solución es que sólo genera incentivos adecuados para atenuar las conductas negativas que pueden

llevar a una remoción del cargo, y no para problemas de eficiencia cotidiana.<sup>34</sup> Además, podría generar un proceso de derroche de recursos económicos ("rent-seeking") para acceder al cargo.<sup>35</sup>

### *El caso argentino*

En la Argentina, en teoría, los jueces tienen a su cargo buena parte de la investigación de la prueba y los abogados un papel menos importante que el que les cabe en los Estados Unidos. El caso argentino se parece al continental europeo; por ejemplo, los jueces nombran los expertos que deben resolver diferendos técnicos. Sin embargo, los magistrados argentinos no siempre realizan algunas tareas que sí hacen sus pares en otros países (incluso en los Estados Unidos); por ejemplo, no atienden en forma exclusiva las audiencias de testigos o de partes.

En la Justicia Federal, existe la posibilidad de presentar quejas sobre el comportamiento de los jueces, y el tribunal superior (Cámara o la Corte Suprema) se encarga de revisarlas, en un proceso que se parece al norteamericano, pero con la importante diferencia de que el último escalón en los Estados Unidos lo conforman los consejos judiciales y no la Corte (que no participa en los procesos disciplinarios).<sup>36</sup> Es posible sancionar a los jueces con una multa reducida, prevención o apercibimiento, pero no es posible suspender a un juez.<sup>37</sup> Page (1994) menciona que encuestas realizadas a jueces muestran que las Cámaras no aplican muchas sanciones por la poca predisposición a criticar a otros jueces. En los casos de faltas graves, la Corte Suprema, en general, ha seguido las sugerencias de las Cámaras de pedir el juicio político del magistrado cuestionado, pero el Congreso, en muchas ocasiones, no ha avanzado con la premura necesaria para resolver la cuestión.

En 1991 se creó en el Ministerio de Justicia una comisión asesora de la magistratura para aconsejar al Presidente sobre la designación y promoción de jueces. Su función era preparar un orden de mérito de los candidatos donde se valoraba con un sistema de puntaje preestablecido la formación y los antecedentes de cada individuo.<sup>38</sup> Este sistema ha perdido importancia.

En la reforma de la Constitución se ha habilitado como tema la creación de un Consejo de la Magistratura integrado por representantes de los partidos políticos, jueces, abogados y personalidades que tendría facultades importantes. Por ejemplo, tendría a su cargo la acusación a los jueces de primera y segunda instancia en los procesos de juicio político, e intervendría en las cuestiones de manejo presupuestario y en el nombramiento de jueces.<sup>39</sup>

Existe en la Argentina una carrera judicial informal, pero no un sistema de nombramiento de jueces que se parezca al de los países desarrollados. No hay un proceso de investigación previa como el que rige en los Estados Unidos para la Justicia Federal, ni un período a prueba antes de obtener la inamovilidad como rige en Alemania.

Tampoco los jueces son evaluados en forma sistemática, ni siquiera por los camaristas.

No existe un Código de Ética de los jueces, excepto lo normado en la Ley de Orgánica de la Justicia Federal que sólo permite que los jueces tengan una labor como docentes fuera del juzgado.

Con respecto a la formación de los jueces, Cavagna Martínez *et. al.* (1994) sostienen que no es posible en la Argentina obligarlos a realizar cursos de capacitación.

En materia presupuestaria el Poder Judicial recibe por ley el 3,5% de una parte de los ingresos tributarios más la recaudación que se obtiene de la tasa de justicia. Esto permite financiar el gasto corriente, pero no el de capital que se discute anualmente con el Poder Ejecutivo.

Los sueldos de los magistrados federales parecen ser razonables en función de entrevistas realizadas con los jueces, aunque han existido períodos de bajos salarios. Por ejemplo, Page (1994) estima que un juez de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina percibe un sueldo anual del orden de US\$ 113.000, mientras que su par en los Estados Unidos percibe un salario anual de aproximadamente US\$ 165.000; ajustados por diferencias en el PBI per cápita, los sueldos que rigen en la Argentina para los jueces son aproximadamente el doble que en los Estados Unidos. Además, se ha reducido la rotación en los cargos de estos magistrados, lo que evidencia que la posición se ha vuelto más atractiva que hace unos años.

Puede concluirse que el sistema argentino presenta varias falencias institucionales. A pesar de su similitud con el esquema continental europeo que pone el peso del sistema en los jueces y no en los abogados, existe un sistema de nombramiento de jueces menos exigente que el que rige en esos países; de hecho, puede afirmarse que el sistema estadounidense es más cuidadoso por la investigación previa exhaustiva a que se somete a los candidatos. Tampoco existe una rutina de evaluación de jueces, ni siquiera en forma confidencial, dentro del Poder Judicial. Además, la autarquía presupuestaria hace más difícil que los integrantes del Poder Judicial acepten que deben rendir cuentas en el sentido de minimizar los costos de llevar a cabo su labor.

## II.2. LA EFICIENCIA DEL EMPLEO EN EL PODER JUDICIAL

Un problema recurrente de la Administración de Justicia en la Argentina es el de los conflictos laborales en Tribunales. Estos conflictos hacen referencia, principalmente, al nivel salarial y, en segunda instancia, a la carga laboral excesiva.

Como se indicó en el capítulo I, el gasto en personal del Poder Judicial Nacional creció significativamente desde 1991 muy por encima del resto de la Administración Central. Para todo el país el promedio de la relación salarial juez/empleado judicial se estima en alrededor de 6 (es

decir que el sueldo de un juez es seis veces el de un auxiliar) y según los datos correspondientes a la Justicia Nacional, esa relación se reduce a 5.

Este resultado es semejante al que rige en España donde, a su vez, los jueces del Tribunal Supremo tienen un ingreso equivalente al de los magistrados de la Corte Suprema argentina. En ese país, los salarios relativamente más bajos de la Administración Judicial se consideran remunerativos con respecto a los vigentes en la administración privada. El denominador común de ambas experiencias es la existencia de regímenes laborales especiales para los empleados judiciales que generan incentivos distorsivos.

En los Estados Unidos la relación salarial entre un juez de primera instancia y un auxiliar es de 7.3. A su vez, si las remuneraciones absolutas son corregidas por la diferencia entre los productos bruto per cápita de estos tres países, el salario medio vigente en la Argentina, en la Administración Judicial Nacional (medido por el gasto en personal por persona empleada), es superior al indicador de los Estados Unidos y de España (ver cuadro).

Sobre la base de esta evidencia podría descartarse que en nuestro país los salarios vigentes sean bajos, por el contrario, la comparación internacional indicaría que éstos son relativamente altos, aunque sí presentarían un achatamiento de la pirámide salarial, en particular en la Administración Nacional de Justicia.

Cuadro 1  
RELACIONES SALARIALES  
Juez de Primera Instancia/Auxiliar de Justicia

Justicia Provincial (1)(2)	
Buenos Aires	5,36
Santa Fe	5,96
Córdoba	5,72
Mendoza	12,84
Tucumán	7,82
Formosa	5,00
Santa Cruz	3,64
La Pampa	5,17
Justicia Nacional (3)	
	4,95

(2) Remuneración real devengada a septiembre de 1992.

(3) Presupuesto de la Nación 1994.

Fuente: (1) Datos para el análisis de las distintas jurisdicciones, Ministerio del Interior.

Para evaluar los problemas del régimen laboral del empleado judicial nacional se efectuó un análisis del Reglamento correspondiente estableciendo la comparación con la Ley de Contrato de Trabajo que rige el empleo en el sector privado y con el régimen correspondiente para el empleo público de la Administración Central. A continuación se presentan los principales resultados.

#### *Reglamento del Poder Judicial de la Nación*

- Requisitos para el ingreso. Para los funcionarios judiciales (secretarios de primera y segunda instancia y demás empleados de los tribunales nacionales que perciben igual o mayor sueldo, escalafón superior del escalafón no profesional) se requiere ser argentino mayor de edad y tener estudios secundarios completos. Para los empleados se requiere ser argentino, mayor de 18 años, tener estudios secundarios y rendir un examen de mecanografía. Además de los requisitos mencionados, los aspirantes a ingresar como personal administrativo en todas aquellas dependencias en las que se realicen tareas de índole jurisdiccional, deberán aprobar en los 6 meses siguientes a su designación un curso de capacitación, caso contrario la designación caduca.
- Mecanismos de ascenso. Para el ascenso de funcionarios y empleados serán preferidos los de la categoría inferior teniéndose en cuenta la aptitud y título de los interesados para el cargo, la idoneidad y la conducta demostrada.
- Despido. Los funcionarios y empleados de la Justicia de la Nación no pueden ser removidos sino por causa de ineptitud o mala conducta, previo sumario administrativo con audiencia del interesado.
- Reglamento de la Justicia Nacional en lo Civil
- Ingreso en el fuero. El ingreso sólo puede realizarse en el cargo de auxiliar administrativo salvo en el caso de los nombramientos de secretarios de Cámara, de primera instancia de fiscalía y asesoría, prosecretario letrado, habilitado, bibliotecario y relatores o secretarios privados.
- Las designaciones de auxiliar, secretario privado y relator tienen carácter de provisorio hasta tanto se apruebe el examen de competencia en redacción, ortografía y mecanografía y el examen oral sobre nociones básicas de la tarea a desempeñar. El examen debe rendirse entre el cuarto y sexto mes a partir del ingreso. De no cumplirse este requisito la designación caduca.
- Calificación del personal. Anualmente, los magistrados y funcionarios de la jurisdicción califican al personal en los siguientes rubros:

- a) Comportamiento general (mérito, asistencia, dedicación al trabajo, conducta del agente).
- b) Idoneidad para el ascenso.

c) Se pueden incluir observaciones en casos especiales y a título de ilustración.

Ascensos. Para ascender a las distintas categorías es obligatorio realizar los cursos cuya duración es de 16 clases de una hora y media cada una. Los empleados pueden realizar un curso por año, correspondiente a la categoría a la que puedan ser promovidos. Además su calificación de comportamiento general debe ser bueno y debe haber sido considerado apto para ascensos.

- Asimismo se otorga un puntaje por antigüedad (un punto por año hasta 4 puntos), título (1 punto por bachiller, maestro normal o equivalente del ciclo secundario, por estudios en derecho y ciencias sociales siempre que sean aprobadas al menos 12 materias del plan de estudios; 2 puntos por título de escribano o procurador y 3 puntos por título de abogado) y puntuación por el curso realizado (1 punto por calificación 7; 2 puntos por calificación 8; 3 puntos por calificación 9 y 4 puntos por calificación 10).
- Para el ascenso a auxiliar sólo se tiene en cuenta la antigüedad en la justicia y tener designación definitiva, en tanto que para ascender a auxiliar escribiente se requiere la aprobación del curso para ascensos.
- Tiempo de trabajo.
- Días hábiles. Los tribunales nacionales no funcionan durante el mes de enero; los días domingo, Jueves y Viernes Santo; los restantes feriados nacionales (1° de mayo, 25 de mayo, 9 de julio, 10 de junio, 20 de junio, 17 de agosto, 12 de octubre y 25 de diciembre); el 8 de diciembre, que para la actividad privada es un feriado optativo, y durante la feria judicial del mes de julio que abarca 15 días.
- Horario de trabajo. El horario de trabajo para el funcionamiento de los tribunales nacionales de la Capital Federal es establecido por la Corte Suprema, en tanto que el horario para los tribunales del interior lo establecen las respectivas cámaras federales de apelaciones con aprobación de la Corte Suprema. El horario está establecido en 6 horas.

#### *Licencia*

- Licencia ordinaria. La licencia ordinaria coincide con los períodos de feria judicial, excepto que razones de servicio impidan otorgarla en ese lapso. En ese último caso el personal tiene derecho a una licencia ordinaria equivalente que debe ser gozada antes del 31 de marzo.
- Licencia por maternidad. Corresponden 90 días por parto, con un mínimo de 20 días antes de la fecha del parto. Además, la agente madre lactante tiene derecho a la reducción horaria prevista en las leyes vigentes (1 hora por día).
- Licencia por enfermedades comunes. Hasta 30 días laborables de licencia por año calendario en forma continua o discontinua con per-

cepción de haberes. Vencido ese plazo cualquier otra licencia por este motivo se otorga sin percepción de haberes.

- Licencia por enfermedades, afecciones o lesiones de largo tratamiento. Corresponden hasta 2 años con goce íntegro de haberes, hasta un año más percibiendo el 50% de los haberes y hasta 6 meses adicionales con percepción de haberes. Vencidos estos plazos al agente que no puede reintegrarse se lo declara cesante.
- Licencia por atención de familiar enfermo. 21 días anuales con percepción de haberes para la atención del grupo familiar del agente. Si fuera necesaria una licencia adicional ésta podrá ser de hasta 60 días sin goce de haberes.
- Licencia por matrimonio. 15 días laborables por casamiento. Corresponde a los agentes que tengan una antigüedad mayor a 3 meses.
- Licencia por examen. Se concede a los agentes estudiantes que cuenten con una antigüedad en el Poder Judicial mayor de seis meses y que cursen estudios en establecimientos universitarios, técnicos, secundarios o profesionales reconocidos por el Gobierno. Esta licencia puede otorgarse por 20 días laborables en el año calendario.
- Licencia por actividades científicas, culturales o deportivas. El personal con más de 3 años de antigüedad puede solicitar licencia extraordinaria por este motivo toda vez que las actividades a desarrollar resulten de interés para la función. La licencia puede extenderse por 1 año con goce de haberes y hasta un año adicional sin percepción de haberes. También se puede solicitar licencia extraordinaria para participar en actividades deportivas.
- Licencia por motivos particulares. El personal con más de un año de antigüedad puede solicitar licencia extraordinaria por motivos particulares por períodos no inferiores a 2 meses ni superiores a 6 meses, cada 5 años. Esta licencia se otorga sin percepción de haberes.
- Además se pueden justificar las siguientes inasistencias con percepción de haberes:
  - Nacimiento de hijo. 2 días laborables incluido el día del nacimiento.
  - Casamiento de hijo. 2 días laborables incluido el día del casamiento.
  - Fallecimiento de familiar. 5 días laborables en caso de fallecimiento del cónyuge, hijos o padres y 2 días en caso de otros parientes hasta segundo grado.
  - Inasistencia por razones particulares. Hasta 6 días laborables por año y no más de dos días por mes.
  - Inasistencia por integración de mesas examinadoras en turnos oficiales de examen en la docencia. Hasta 6 días por año.
  - Tiempo efectivo de trabajo.

De acuerdo con las disposiciones vigentes se muestran a continuación los días efectivos de trabajo del promedio de los trabajadores judiciales y de la Administración Nacional y aquellos que se rigen por Ley de Contrato de Trabajo (véase cuadro 2).

**Cuadro 2**  
**DIAS TRABAJADOS POR EMPLEADO**

	Justicia Nacional	Ley de Contrato de Trabajo	Administración Nacional
Días en el año	365,00	365,00	365,00
Sábados y domingos	104,40	104,40	104,40
Total	260,60	260,60	260,60
Feriatos	8,48	29,10	
Licencia ordinaria	32,10	15,00	17,90
Total de días laborales	219,50	237,40	233,60
Otras licencias			
Maternidad	1,82	2,07	2,09
Paternidad	0,10	0,08	0,17
Matrimonio	0,50	0,27	0,33
Estudios	6,60	1,10	3,08
Fallecimiento	0,48	0,19	0,73
Servicio militar	1,00	0,00	1,00
Motivos particulares	6,00	0,00	6,00
Otras	1,00	0,00	1,00
Familiar enfermo	7,90	0,00	9,40
Enfermedad	9,00	2,60	13,50
Días totales	185,10	231,09	196,30
Días trabajados equivalentes al sector privado	132,20 <sup>1</sup>	231,09	163,58

1. No se computó la licencia por actividades científicas, culturales o deportivas que alcanza a un año con goce de sueldo y no existe en el sector privado. Tampoco se computó la licencia por enfermedades, afecciones o lesiones de largo tratamiento que podría alcanzar un máximo de dos años con goce de sueldo y un año adicional al 50% del haber.

Nota: Maternidad: en el caso de maternidad se calculó la probabilidad de que una mujer entre 14 y 49 años tenga un hijo como:

Tasa de Natalidad  $x_a x_b$

donde  $a$ : es la inversa de la proporción de mujeres en la población;

$b$ : es la inversa de la proporción de mujeres entre 14 a 49 años en el total de mujeres.

Este porcentaje se multiplicó por la participación de mujeres en el mercado laboral y por los días de licencia. En el caso de la Justicia, se tuvo en cuenta el hecho de que la licencia puede coincidir con las fechas de ferias judiciales a fin de no deducir dos veces esos días. Paternidad: se efectuó el mismo cálculo anterior multiplicando esta vez por la participación masculina en el mercado laboral y los días de licencia que le corresponden a los hombres por nacimiento de hijo. Matrimonio: se consideraron los días hábiles de licencia por matrimonio prorrateados en 30 años de trabajo del individuo. Estudios: en el caso de la Justicia se consideró que un tercio de la planta de personal estudia y hace uso de toda la

licencia. En el caso del sector privado y de la Administración Central, se consideró que ese porcentaje era del 11%. Fallecimiento: se calcularon los días de licencia hábiles promedio por familiar para una familia tipo y se supuso que el 15% del personal judicial enfrenta algún fallecimiento en el año. Este porcentaje se estimó en 10% para el sector privado dado que se otorga licencia por menor cantidad de familiares que en la Justicia y del 20% en la Administración Pública por la razón opuesta. Familiar enfermo: se supuso que el 40% del personal hace uso de toda la licencia. En el caso de la Administración Central se supuso que el 20% hace uso total de la licencia por hijo menor (30 días) y el 20% por familiar enfermo (20 días). Enfermedad: se supuso que el 30% del personal hace uso de toda la licencia.

Sobre un total de 260 días disponibles para trabajar en el año, son días hábiles en la Justicia 220 días, comparado con 234 en la Administración Pública y 237 en el sector privado.

Los días feriados para la Justicia son 8 días, que pueden caer en cualquier día de la semana y 2 (Jueves y Viernes Santo) que nunca pueden coincidir con un día de descanso. Tomando la probabilidad de que una fecha determinada no coincida con un día no laborable como  $5/7$ , en promedio los días perdidos por feriados móviles son 6,4 a los que hay que adicionarles los 2 días de la Semana Santa.

La feria judicial coincide con el mes de enero, y 15 días durante el mes de julio, lo que hace 45 días a los que se deben restar los días no laborables (sábados y domingos), con lo cual los días perdidos por feria judicial ascienden a 32,1 días: 22,1 días laborables en el mes de enero y 10 durante julio.

Este cómputo debe ajustarse por licencias legales a efectos de determinar el *tiempo de trabajo efectivamente realizado* respecto del *tiempo total pagado*.

En base a esta información, surge que, en promedio, el personal de la Justicia Nacional trabaja 185,1 días en el año, mientras que en la Administración Central lo hace 196,3 días. Cabe destacar, que en la actividad privada los días laborables ascienden a 231.

Sin embargo, en el sector privado la jornada laboral es de entre 40 y 44 horas semanales, en tanto que en la Justicia es de 30 horas. Por lo tanto, los empleados judiciales trabajan el equivalente a 132,2 jornadas del sector privado, tomando para este último una jornada promedio de 42 horas semanales. Este número asciende a 163,6 en la Administración Pública, donde la jornada laboral es de 35 horas semanales.<sup>40</sup>

En otras palabras, el régimen laboral de los empleados judiciales les permite trabajar 43% menos que en el sector privado y casi 20% menos que en el resto de la Administración Pública Nacional. Esto ayuda a explicar la elevada relación empleado por juez que caracteriza a la Justicia argentina según lo analizado en el capítulo I y revela un uso ineficiente de los recursos presupuestarios disponibles.<sup>41</sup>



## II.3. LA REGULACION DE HONORARIOS PROFESIONALES

### II.3.1. Introducción

Esta sección del trabajo contiene un análisis del sistema de asignación de costas y de determinación de honorarios para la representación legal en la Argentina. Para el mismo se ha centrado el estudio en la legislación existente en la Justicia Nacional, en la Justicia de la provincia de Buenos Aires, y en el proyecto de reforma aprobado por el Senado en 1994.<sup>42</sup>

Con el fin de debatir las ventajas relativas de las distintas alternativas discutidas más adelante se repasarán argumentos de la literatura sobre la materia.

Al respecto, resulta conveniente identificar las siguientes características de la administración de justicia, ya que ellas componen un marco de referencia útil para el lector:

1. *La administración de justicia debe ejercer la tutela del derecho al menor costo posible.* Vale decir, una vez establecidos jurídicamente los derechos de propiedad y de las personas, por ejemplo, su efectiva vigencia depende de que los mismos sean efectivamente defendidos. Dicha defensa debe ser practicada de la forma más eficiente posible, ya que de esta manera se logran dos objetivos: (i) se reduce el costo directo de recursos destinados a la solución de conflictos existentes; y (ii) disminuye la ocurrencia misma de esos conflictos por el efecto de disuasión ejercido.
2. *El mercado de justicia tiene la particularidad de que los individuos acceden a él por medio de un representante legal.* Así, surgen potenciales problemas de “agencia”, caracterizados por la existencia de “asimetrías informativas” y “objetivos divergentes” entre clientes y representantes legales.  
La asimetría informativa consiste, por un lado, en que el representante legal tiene mejor conocimiento que su cliente sobre el mérito del caso que representa, y sobre la conveniencia de distintos caminos de negociación en cada una de las etapas del conflicto. Por otro lado, la calidad de la representación legal (suponiendo que las decisiones tomadas en las distintas etapas del conflicto hubiesen sido las correctas) no es fácilmente observable por el cliente.  
La divergencia de objetivos existe debido a que las distintas formas de resolución no maximizan simultáneamente el beneficio del cliente y el honorario del profesional.<sup>43</sup>
3. *El acto de demandar judicialmente es un proyecto de resultado incierto.* Siempre existe, aun con total conocimiento del mérito del caso, una posibilidad de que el fallo judicial difiera de lo estrictamente justo. Adicionalmente, el riesgo que conlleva esa acción se ve afectado

por la forma de asignación de las costas del juicio. Así, por ejemplo, si los costos de representación legal de ambas partes litigantes son soportados por la parte perdedora en el litigio, el riesgo enfrentado al demandar es mayor que el correspondiente al caso en que cada parte financia su propio costo de representación profesional (básicamente porque en este último caso disminuye la diferencia entre ganar y perder, por ejemplo, el monto neto que está en juego en la demanda).

4. *El grado de competencia en el mercado de representación legal se ve afectado por los requerimientos impuestos a los profesionales.* Si bien es cierto que la asimetría informativa referida anteriormente y la diversa calidad de los abogados impide que se trate de un mercado perfectamente competitivo (donde el costo de representación legal sería igual al costo de la tarea llevada adelante por el abogado en un mercado desregulado), el grado de competitividad puede verse más reducido aún si las condiciones de ingreso al mismo son restringidas por leyes que regulan las profesiones involucradas, creando barreras a la entrada.

Estas cuatro características de la administración de justicia conducen al siguiente conjunto de hipótesis:

En primer lugar, el funcionamiento óptimo de un sistema de representación legal y de asignación de costas se logra si éste permite el acceso a la Justicia a todos aquellos individuos cuyos derechos han sido violados, siempre que el valor social de los recursos destinados a la resolución de sus casos sea inferior al beneficio social de dicha tarea.

En segundo lugar, la situación finalmente observada estará más alejada de ese funcionamiento óptimo cuanto mayores sean los costos de “agencia”, las barreras a la entrada al mercado de representación legal, y la aversión al riesgo de los individuos. En ese sentido, la forma de representación legal óptima es aquella que minimiza la divergencia de objetivos entre clientes y representantes legales y que no discrimina a los demandantes en base al riesgo que están dispuestos a tolerar (generalmente negativamente relacionado con su solvencia financiera).

En la práctica, operan distintos sistemas de asignación de costos y organización profesional por país o grupo de ellos. Todos intentan cubrir los aspectos mencionados con distintos resultados. A continuación se presenta una breve descripción de los sistemas de asignación de costas y de regulación de honorarios vigentes en los Estados Unidos, España y la Argentina.

#### *Sistemas de asignación de costas en los Estados Unidos, España y la Argentina*

Se pueden tipificar dos posibilidades extremas en lo que hace a la forma contractual de la representación legal:

- 1) La regulación judicial de honorarios como porcentajes (dentro de una banda) de los montos demandados (y/o fallados).
- 2) La libre contratación entre clientes y representantes legales, llevando a cabo pactos de “cuota litis” o contratando el servicio en base al número de horas de trabajo insumidas.

A su vez, estas dos alternativas extremas pueden tomar lugar bajo dos formas alternativas de asignación de costas: el *sistema americano*, por el cual cada parte (demandante y demandado) se hace cargo de los costos de su propia representación legal, y el *sistema inglés*, donde la responsabilidad de los costos de representación de ambas partes recae sobre la parte perdedora.

En los Estados Unidos, el sistema vigente se denomina “regla americana”, ya que cada parte asume sus gastos de representación legal y los honorarios son libremente pactados entre las partes. Por su parte, en España el esquema que rige en los hechos puede denominarse como “americano restringido”, puesto que está prohibido en gran medida celebrar pactos de cuota litis y los honorarios profesionales (tentativos) están tabulados específicamente para cada tipo de tareas –casi siempre en forma independiente del monto del asunto– por parte del Colegio de Abogados.<sup>44</sup> Finalmente, el sistema vigente en la Argentina puede asimilarse al “inglés”, donde las costas del juicio recaen sobre la parte perdedora, permitiéndose –salvo en algunos casos– la celebración de pactos de cuota litis. El cuadro 3 sintetiza estas diferencias.

Cuadro 3  
SISTEMAS DE REPRESENTACION LEGAL Y DE  
ASIGNACION DE COSTAS EN EE.UU., ESPAÑA Y LA ARGENTINA

	Sistemas de asignación de costas	Determinación de honorarios profesionales
EE.UU.	americano	Pactos de cuota litis y honorarios por hora
España	americano	Prohibición cuota litis (restringido) regulado por tipo de tarea, y % decrecientes del monto
Argentina	inglés	regulado en base al monto (banda porcentual o fija) y por tipo de tarea. Permite cuota litis

Fuente: FIEL.

Es interesante además notar cómo se contempla el acceso a la Justicia de individuos de menores recursos en estos países. En todos ellos

existe legislación tendiente a financiar el acceso a la Justicia de los no pudientes por medio del beneficio de litigar sin gastos (judiciales) y/o gastos (judiciales) y/o costas (de representación legal).

En el caso de España, por ejemplo, este beneficio se implementa por medio de abogados que rotan en esa función (turnos de oficio), debiendo los interesados peticionar la representación de oficio ante la Corte que tratará el caso; los requerimientos de elegibilidad se basan primordialmente en los medios económicos del solicitante (todos aquellos individuos que reciben el salario mínimo, duplicándose o triplicándose el salario admisible para aplicantes con carga de familia); los beneficiarios deben devolver hasta la tercera parte de la ayuda recibida sólo si tienen éxito en su demanda. En lo que hace al fuero civil, el acceso de los pobres a la Justicia se organiza obligando al Estado a representar las demandas de los individuos con escasos recursos, independientemente de su mérito, cobrando un honorario contingente (igual a cero si el fallo es negativo, pero igual al 33% si el fallo es positivo).

En la Argentina existe un cuerpo de abogados del Estado, que ejercen la defensa oficial de los intereses de quienes no se hallan presentes o no poseen bienes para procurarse un representante privado.<sup>45</sup> Además, como se verá más adelante, el beneficio de litigar sin gastos se ha regulado expresamente en el fuero laboral y rige bajo distintas alternativas en el resto de los fueros.

#### *Evaluación de los sistemas alternativos de asignación de costas*

A partir de lo señalado en el apartado anterior, puede concluirse que existen básicamente cuatro formas “estilizadas” alternativas de contratación de la representación legal:

- i) el “sistema inglés regulado”, donde las costas del juicio son reguladas por el juez y soportadas en su totalidad por la parte perdedora;
- ii) el “sistema inglés con cuota litis”, donde la parte perdedora debe pagar los honorarios regulados del abogado del ganador, y puede evitar el pago a su abogado a través de un pacto de cuota litis. El abogado ganador puede, asimismo, recibir una participación en el resultado del proceso si hubiese convenido eso con su cliente;<sup>46</sup>
- iii) el “sistema americano restringido”, donde cada parte se hace cargo de sus propios costos de representación legal tal como los regula el juez, y
- iv) el “sistema americano desregulado”, donde cada parte es libre de contratar el costo de su representación legal con la estructura más deseada de acuerdo con su información sobre las probabilidades del éxito, su posición frente al riesgo, y las alternativas de competencia entre representantes legales.

Resulta conveniente centrar la atención en la comparación de las al-

ternativas ii) y iv).<sup>47</sup> En ese sentido, las consideraciones hechas en la literatura sobre el tema, en lo que hace al sistema inglés, son que:

- mejora el acceso a la Justicia de quienes, estando seguros de que sus derechos serán reconocidos en el juicio, no quieren incurrir en costos de representación legal;
- impide que un sujeto sea sometido a quebrantos por costos de representación legal en defensa de demandas infundadas (como resultado de algún tipo de práctica depredatoria);
- requiere la utilización del tiempo del juez para regular honorarios dentro del rango regulado;
- si la incertidumbre sobre el resultado final del juicio es alta (producto de la complejidad del caso en cuestión o bien de la pobre calidad resolutive del Poder Judicial), los individuos renuentes al riesgo pueden verse desincentivados a litigar judicialmente por miedo al posible costo “doble” de perder;
- además, y como efecto de la banda regulatoria, genera incentivos a los abogados a exagerar la dificultad del caso con el fin de lograr una regulación más alta.<sup>48</sup>

En lo que hace al sistema de costas americano, la idea algo extendida de que el mismo restringe el acceso a la Justicia de quienes no tengan disponibilidad de crédito sólo es válida en caso de que los honorarios estén regulados (con un nivel mínimo positivo), ya que, en caso contrario, siempre existe la posibilidad de negociar un honorario contingente (un pacto de cuota litis), eliminando en caso de pérdida la parte más significativa de los costos de litigar.<sup>49</sup>

Así, permitiendo libertad de contratación de honorarios contingentes, los efectos de este sistema sobre el acceso a la Justicia son los siguientes:<sup>50</sup>

- evita (o disminuye) el problema de restricción crediticia (de los demandantes), ya que los servicios legales se financian con el producido de la acción judicial;
- ahorra costos de regulación del juez (y los transfiere a las partes);
- genera incentivos a litigar eficientemente (sólo cuando deba hacerse, y al menor costo posible);
- reduce la exposición al riesgo por parte de los demandantes.
- tiene la desventaja de que los individuos que procuran representación legal carecen de suficiente información sobre el valor esperado de su caso al ser presentado frente a la Justicia, y que, por lo tanto, son incapaces de evaluar la conveniencia de una u otra forma de contratación de los servicios legales.
- genera competencia entre los representantes legales, la que, a su vez, redundará en un beneficio social por la información sobre los costos de representación legal que brinda, lo que contrarresta la objeción planteada en el punto anterior.<sup>51</sup>

Shavell (1982) compara los incentivos a litigar y a acordar antes de la sentencia judicial bajo cuatro sistemas alternativos de asignación de costas: el inglés, el norteamericano, y los que favorecen al demandante y al demandado. Con respecto a la comparación entre los dos primeros, las conclusiones que obtiene son que:

- para encarar una demanda judicial bajo el sistema inglés es necesario tener una estimación más elevada de la probabilidad de éxito que en el sistema norteamericano (sólo así el ahorro esperado por el no pago de las costas en el sistema inglés logra incentivar al demandante);
- suponiendo que el demandante y el demandado concuerdan en el monto de la posible sentencia, pero asignan distintas probabilidades a ésta (por ejemplo, son optimistas, lo que constituye una condición necesaria para que no exista acuerdo entre las partes), entonces, sujeto a la presentación de una demanda, la probabilidad de llegar hasta el juicio en el sistema inglés es mayor que en el sistema norteamericano (básicamente porque en el primero se produce una subestimación del costo conjunto de litigación esperado);
- sin embargo, dado que el sistema norteamericano mitiga el efecto de la aversión al riesgo (induciendo un mayor acceso a la justicia), el efecto de esta aversión como motivante del logro de acuerdos entre las partes es mayor en el sistema inglés que en el sistema norteamericano, contrarrestando el efecto anterior.

También se ha argumentado que el sistema estadounidense está más expuesto a la asimetría informativa en el mercado de representación legal. Debe notarse que esa asimetría tiene tres aspectos distintos:

1. sobre la conveniencia de litigar el caso;
2. sobre la conveniencia del precio pactado, y
3. sobre la calidad de la representación legal.

El sistema de asignación de costas norteamericano es superior en aliviar la asimetría planteada en el punto 1, porque el abogado internaliza, al menos parcialmente, el costo esperado de un fallo negativo. Por lo tanto, induce a litigar sólo cuando el beneficio esperado neto sea positivo.<sup>52</sup> Por otro lado, el punto 3 no encuentra, en principio, solución bajo ninguno de los sistemas analizados, aunque sí es cierto que los incentivos para lograr una alta calidad son mayores bajo el sistema estadounidense.

Finalmente, la desventaja potencial del sistema norteamericano se encuentra en el punto 2, ya que en principio un juez está en mejores condiciones para determinar el mérito del abogado representante y regular el precio de los honorarios en forma acorde (aunque, por otro lado, la regulación de honorarios ex-post significa la existencia de cierta aleatoriedad sobre su nivel final, y por ende afecta negativamente a individuos aver-

sos al riesgo). Este problema, como se mencionó antes, sin embargo, puede verse reducido bajo la regla norteamericana en la medida en que exista competencia en el mercado de representación legal, donde el abogado que ofrezca representar el caso a cambio del menor porcentaje será el elegido, y será quien así revele su mayor productividad (caso contrario se habrá equivocado en su evaluación profesional sobre el mérito del caso, ya que incurrirá en los costos pero no obtendrá beneficios).<sup>53</sup>

En síntesis, puede verse a partir de la discusión anterior que ambos sistemas de representación tienen ventajas y desventajas. En particular, el sistema norteamericano de representación legal y de asignación de costas es preferible cuanto mayor sea la competencia existente en el mercado de representación legal, y si es posible penalizar las demandas “frívolas” con objetivos depredatorios, llevadas adelante para obligar al demandado a incurrir en costos de representación legal.<sup>54,55</sup> Dadas estas condiciones, la reducción del riesgo al que se expone a los participantes y el incentivo a litigar eficientemente (por parte de los representantes legales) genera un cambio positivo en la composición de las demandas judiciales: aumenta la participación de demandantes con causas justas, al mismo tiempo que disminuye la reiteración de instancias cuando el resultado esperado por el representante legal (la parte mejor informada) es negativo.

### *La situación en la Argentina*

Un sistema legal eficiente debe propender a que los individuos que han sufrido la violación de alguno de sus derechos tengan la posibilidad de demandar judicialmente una compensación. Esto no implica, sin embargo, que sea una función del Estado la provisión de justicia a costo cero para los demandantes, ya que en ese caso se presentarían ante el Poder Judicial todo tipo de demandas, por ejemplo, demandas fundadas e infundadas, económicamente meritorias e insignificantes (respecto del costo “social” de su tratamiento), etc. Sí implica que el Estado no debe contribuir a que el costo de acceso sea innecesariamente elevado, es decir, mayor que el costo “social” de los fondos destinados a su resolución.<sup>56</sup>

La mayor parte del costo de acceso se explica por los honorarios de representación legal y peritaje que, como se verá, constituyó una normativa muy deficiente en la Argentina. Este reconomio llevó a su modificación en 1995.

### *II.3.2. Ley de honorarios profesionales*

El mercado de representación legal de la Argentina se desarrolló bajo la influencia de la Ley de honorarios de abogados y procuradores vigente en los tribunales nacionales desde 1978, la Ley 21.839. Las característi-

cas generales que ella establece se ajustan a un sistema de asignación de costas inglés; a primera vista aparece como desregulado, es decir, contempla la posibilidad de la celebración de pactos de cuota litis entre clientes y representantes.<sup>57, 58</sup>

No obstante la característica de “desregulado” atribuida en el párrafo anterior, y como se mencionó en la sección anterior, el sistema de asignación de costas inglés requiere la regulación de honorarios de la parte perdedora, lo cual está previsto en la ley. Así, las siguientes definiciones encontradas en la misma pueden ser incorporadas dentro de dicho modelo:

- los honorarios pactados libremente entre las partes no podrán ser superiores al 40% del resultado económico obtenido (art.4);
- en caso de regulación de honorarios profesionales por parte del juez, los mismos (en primera instancia) serán regulados entre el 11 y el 20% del monto del proceso (definido como suma de la sentencia o transacción) si su representante hubiese tenido éxito, y entre el 7 y el 17% si se tratase de los representantes de la parte vencida (art. 7), mientras que las actuaciones posteriores dan lugar a la regulación de honorarios entre el 25 y el 35% de los de primera instancia (art. 14);<sup>59</sup>
- establece honorarios mínimos en términos absolutos, distintos de acuerdo con el tipo de proceso de que se trate (art. 8).

Vale la pena identificar aquí un primer problema observado en el art. 14 de la ley. Más allá de la conveniencia de que los honorarios regulados sean proporcionales al monto del juicio o en función de la tarea realizada (en el primer caso con la justificación de incentivar un mayor esfuerzo de representación al ser más valioso el caso en cuestión, lo que supone una identificación del valor privado con el valor social del caso), la definición elegida para el monto lleva a la siguiente situación indeseada: cuanto menor es el valor de la sentencia, menor será el monto del juicio, y, por ende, menores serán los honorarios regulados para los patrocinantes de ambas partes, en particular para el representante de la parte demandada. Esto lo incentiva a reducir la calidad de su tarea, llevando a que en la práctica, de acuerdo con comentarios de jueces consultados, este artículo no pueda ser respetado a la hora de regular honorarios de representación legal.<sup>60</sup> La jurisprudencia sentada sobre este aspecto parece indicar que el criterio adoptado es el de definir el monto del juicio como el valor de la demanda.<sup>61</sup>

Otro aspecto discutible es la posibilidad que se concede a los profesionales de solicitar la regulación de sus honorarios y cobrarlos de su cliente al cesar en su actuación (art. 48). Es decir, el profesional que hubiese celebrado un pacto de cuota litis con su cliente puede solicitar la regulación de honorarios si esta alternativa resulta más rentable (por ejemplo, en caso de que hubiese perdido el pleito), y cobrarlos al cesar en su actuación.<sup>62</sup> Podría argumentarse, sin embargo, que los abogados se abs-

tendrían de aprovechar esta cláusula con el fin de construir una reputación en el mercado. Si bien esto sería así para una parte de la profesión legal, no puede pensarse que lo sería para el conjunto ya que la decisión de construir una reputación depende de la frecuencia de la relación entre las partes, y/o de la publicidad de los términos de esa relación para potenciales terceros participantes, algo no siempre presente en el mercado de representación legal. Además, llevado al extremo, el argumento reputacional indicaría la posibilidad de prescindir de una normativa que regule los honorarios profesionales en primera instancia, a diferencia de lo que establece la legislación actual.

Otro problema aparece en el art. 5, ya que califica como nulo todo pacto de honorarios por un monto inferior al correspondiente de acuerdo con la ley, facilitando así la “cartelización” de la profesión legal.<sup>63</sup> Más grave aún, los representantes de la parte ganadora tienen prioridad en el cobro de sus honorarios por sobre su cliente, tal como se desprende del art. 49, que dice:

Todo honorario regulado judicialmente deberá pagarse por la parte condenada en costas, dentro de los 30 días de notificado el auto regulatorio firme... En el supuesto que dicho pago no se efectuare, el profesional podrá reclamar el pago al cliente.<sup>64</sup>

En síntesis, la ley asegura que alguien pague los honorarios de los abogados intervinientes –independientemente del mérito de la actuación profesional y del caso representado–, y que ese pago sea el más conveniente para ellos y no para sus clientes.

En consecuencia el costo de acceso a la justicia se eleva innecesariamente. Por una parte, los demandantes pueden acabar (si son “traicionados” por su representante legal pidiendo la regulación de honorarios) pagando los servicios legales siempre. Si pierden pagarán los honorarios regulados para ambos representantes –como en el sistema inglés– y si ganan, el porcentaje de la sentencia pactado –como en el sistema norteamericano– más el posible pago del honorario regulado a su representante en caso de que la parte condenada en costas no lo haga.

Por otra parte, como ya se mencionara, los representantes legales tienen incentivos a litigar casos que carecen de mérito (los que presumiblemente tengan una sentencia negativa o aquellos que puedan arreglarse entre las partes) por el mayor lapso posible, con el fin de que dicha tarea (el tiempo transcurrido, el número de presentaciones, etc.) contribuya a que sus honorarios sean regulados por el juez en la parte superior de la banda establecida.<sup>65</sup>

Por último, vale la pena comparar algunos aspectos de la ley 21.839 con los correspondientes al decreto 30.439 del año 1944 (ratificado por ley 12.997 en 1947) y a la ley 14.170 de 1952. De especial interés son los siguientes:

El decreto 30.439 establecía una banda de regulación de honorarios

decreciente: el rango de honorarios para un juicio de monto reducido era entre el 30 y el 26% para el abogado representante de la parte ganadora, mientras que al aumentar el monto del juicio los porcentajes de regulación disminuían (el honorario máximo “marginal” para el ganador era de sólo el 1,3%). Asimismo, en lo que respecta a los honorarios del representante de la parte perdedora, el mínimo de la banda regulada equivalía al 70% del correspondiente al del abogado de la parte ganadora, aunque el máximo sería el mismo.<sup>66</sup> Al respecto, las modificaciones introducidas por la Ley 14.170 fueron dos: (i) el honorario marginal, aunque decreciente, descendía sólo hasta una banda de 13-20% para juicios de montos elevados; y (ii) se incorporó en el texto que los mínimos de la escala no podrían ser violados bajo ninguna circunstancia.<sup>67</sup>

El decreto establecía, asimismo, que podían celebrarse pactos de cuota litis, respetando (entre otras) las siguientes restricciones:

- no podrían afectar el derecho del cliente al 65% del resultado líquido del juicio (la ley actual reduce ese límite al 60%);
- comportaría la obligación de los profesionales de responder directamente por las costas causídicas del adversario y el profesional pactante debería adelantar los gastos de la defensa del cliente. La ley actual establece que ello es así solamente cuando la participación del profesional en el resultado del pleito sea superior al 20%, y excepto cuando hubiere convención en contrario.<sup>68</sup>

Finalmente, el decreto no hacía mención sobre la posibilidad de solicitar la regulación de honorarios, aunque sí establecía la prioridad de los abogados para el cobro de los mismos.

#### *La reforma reciente (ley 24.432)*

La situación indeseada que se observaba, a raíz de la vigencia de la Ley de Honorarios comentada, generó una iniciativa del Poder Ejecutivo para su modificación.

Sintéticamente, el proyecto del Poder Ejecutivo apuntó a permitir que la regulación judicial de honorarios pudiera separarse de los porcentajes mínimos establecidos en el art. 14 de la Ley 21.839 –para que estos reflejen mejor la remuneración “justa” al trabajo involucrado–, y a permitir la libertad de contratación entre el cliente y su representante, al derogarse expresamente la declaración de orden público de los honorarios. El siguiente artículo del proyecto de ley del Ejecutivo es indicativo de estas direcciones:

Art.13: (proyecto del Ejecutivo). Derógase en los cuerpos legales y reglamentarios pertinentes que fijan retribuciones por la actuación de abogados, procuradores, peritos y demás auxiliares de la Justicia, las declaraciones de orden público de sus normas. Por consiguiente la retribución de servicios po-

drá pactarse libremente entre los interesados. Si se tratara de honorarios que retribuyen la labor judicial o arbitral de los aludidos expertos, los jueces procederán a fijarla sin tener en cuenta los mínimos establecidos por la respectiva normativa cuando la naturaleza, el alcance, la calidad o los resultados de la labor pericial o el valor de los bienes en litigio así lo aconsejare. En este caso, el pronunciamiento judicial deberá contener fundamentos explícitos de las razones que aconsejan tal decisión, bajo pena de nulidad.

Otra modificación positiva del proyecto se refirió a eliminar la ventaja de los abogados representantes de la parte vencedora para cobrar sus honorarios de la parte perdedora del juicio aun antes de que su cliente sea compensado (art. 49 de la ley 21.839). En ese sentido, el último párrafo del art. 12., inc. h, del proyecto del Ejecutivo estableció que: "En los supuestos de ejecución judicial forzosa de la contraparte condenada en costas, el profesional deberá cobrar los honorarios regulados *pari-passu* y a prorrata de lo cobrado por el cliente proveniente de la ejecución de los bienes del deudor".

Finalmente, el proyecto estableció un tope para la responsabilidad de las costas del juicio que asciende al 25% del monto del mismo (más los honorarios del representante legal de la parte condenada en costas, sea el propio o el de la otra parte).

En cuanto a las modificaciones introducidas en el Senado, posiblemente la más llamativa es que eliminó el artículo recientemente comentado del proyecto del Ejecutivo, referido a la supresión de la prioridad de los abogados por sobre sus clientes en lo que hace al cobro de sus honorarios de la parte vencida. El resto de las modificaciones, sin embargo, apuntan en general sólo a eliminar especificaciones redundantes sobre el objetivo perseguido por la norma. Es decir, entonces, que el proyecto del Ejecutivo no sufrió modificaciones sustanciales en su paso por el Senado más allá que la referida a la prioridad del cobro de honorarios por sobre la indemnización fallada a favor del cliente vencedor en el pleito. Por ello, puede afirmarse que el proyecto aprobado en el Senado constituyó un paso positivo para mejorar el acceso a la justicia del conjunto de la ciudadanía.

Lamentablemente, ese proyecto no derogaba el artículo 48 de la ley 21.839 por el cual los representantes legales tienen la facultad de solicitar la regulación de honorarios, traicionando los acuerdos celebrados con sus clientes. Es decir, aun limitando el análisis del proyecto al contexto de un sistema de asignación de costas inglés, la mejora que significa aunque importante, mantiene una protección excesiva a la profesión legal en cuanto al cobro de sus honorarios.<sup>69</sup>

Si bien la ley vigente desde diciembre de 1994 se alineó con el espíritu del decreto de desregulación N° 2284 y con el contenido respectivo de la de mayores avances en la desregulación del mercado de representación legal.<sup>70</sup>

### *Los costos de la tarea pericial*

En lo que hace a la tarea pericial, resulta relevante analizar dos aspectos:

1. El grado de centralización de su funcionamiento. Se puede contar con peritos de oficio, solicitados y elegidos por el juez, o de partes, solicitados y eventualmente elegidos por las partes.
2. La forma de retribución a los peritos como porcentaje del monto del juicio o en función de las horas trabajadas.

En lo que respecta al primer punto, la elección está vinculada con el grado de delegación de la tarea de conducción del proceso judicial en los abogados o alternativamente en el juez. Así, como se discute en el punto II.1 de este capítulo, el sistema norteamericano difiere fundamentalmente del continental europeo (y del vigente en la Argentina) en el hecho de delegar más en los abogados que en los jueces la tarea de investigación de la prueba.

Si la elección es nombrar peritos de oficio, la remuneración recibida por éstos no debe depender del monto del juicio, ya que en caso contrario se estaría incentivando opiniones expertas sesgadas con el objetivo de magnificar el mismo (al menos dada la definición actual del monto del juicio). Además, no existe ningún motivo por el cual el costo de la tarea pericial deba estar vinculado con el monto del litigio, en particular, no puede argumentarse con fundamentos que esa eventual relación signifique un mecanismo por el que se logre incentivar una opinión profesional de mejor calidad en asuntos de cuantías elevadas. En ese caso, lo apropiado sería regular honorarios en función de la dificultad de la tarea realizada. Por otro lado, si se admite la utilización de peritos de parte, lo lógico sería que cada participante convenga con el perito la forma de su remuneración.

En lo que hace específicamente a la legislación argentina, la regulación de honorarios de peritos se realiza sobre la base de normas de carácter local, reguladas por los colegios profesionales involucrados, y que establecen porcentajes en función del monto del asunto litigado.<sup>71</sup> Se desprende a partir de la discusión anterior lo inapropiado de esta práctica, tanto por la falta de relación que contiene respecto del costo de realización de la tarea pericial, como por el costo que la misma significa para juicios de sumas elevadas.

Esta situación indeseable ha sido parcialmente enmendada por medio de la sanción del decreto 1813/92, y también se consideró en las modificaciones introducidas por el proyecto de reforma del Ejecutivo aprobado por Ley 24.432.

En lo que hace al decreto 1813, el mismo ofrece a las partes litigantes en los tribunales nacionales un régimen alternativo al actual, que transfiera las rentas obtenidas por los peritos al Poder Judicial. Específicamen-

te, cualquiera de las partes que opte por este régimen alternativo obliga a la otra parte a atenerse a él. Se crea por medio del mismo un registro de peritos, martilleros y demás auxiliares en jurisdicción del Poder Judicial de la Nación. Estos peritos reciben una retribución regulada por el juez en función de la tarea realizada, mientras que el excedente de los aportes de las partes se destina al Poder Judicial. Los aportes de las partes se limitan al 3% del valor de la demanda por cada perito solicitado (y al 1,5% en caso de que el perito sea designado de oficio). Finalmente, si bien estos costos integran las costas del juicio, el decreto limita el pago de la parte no condenada en costas al 50% de éstos (y hasta una suma de \$ 1000 por perito) en caso de que su oponente cuente con el beneficio de litigar sin gastos (en el fuero laboral se establece un límite de \$ 500 por perito).

La Ley 24.432, finalmente, profundiza la reforma en cuanto a la responsabilidad del pago de las pruebas periciales en los fueros laborales. En particular, se modifican los artículos 77 y 478 del Código Procesal, Civil y Comercial<sup>72</sup> de forma de limitar (hasta el 50%) la responsabilidad por el pago de tareas periciales a la parte no condenada en costas, y de permitir a los jueces regular honorarios por debajo de los mínimos vigentes basado en la naturaleza, complejidad y extensión de las tareas, y se extiende la aplicación de estos artículos así modificados al procedimiento ante el fuero laboral. Estas modificaciones, es de esperar, servirán para reducir el carácter oneroso de quienes reiteradamente enfrentan demandas de actores que gozan del beneficio de litigar sin gastos, tal como ocurre en el fuero laboral.

## II.4. LOS COSTOS PRIVADOS DE LITIGAR

La sección previa ha discutido extensamente las ventajas y desventajas del sistema de asignación de costas y fijación de honorarios de la Argentina.

Corresponde ahora completar el análisis cuantificando los costos privados de litigar en nuestro país para permitir su comparación con el sistema alternativo vigente en los Estados Unidos.<sup>73</sup> Nuevamente, en la interpretación de estos resultados debe tenerse en cuenta el rol distinto que tienen los abogados en la tradición del *common law* vs. la tradición estatutaria. (Véase II.1.) Bajo el *common law* los abogados tienen mayor responsabilidad en la conducción del proceso y tienen a su cargo la presentación de la prueba. Por otra parte, el mercado de representación legal en los Estados Unidos presenta barreras a la entrada, que no sólo se orientan a asegurar la calidad profesional sino que podrían resultar, según algunos analistas, en una restricción de la oferta.

Para construir los datos correspondientes a la Argentina, FIEL realizó dos encuestas. A continuación se comenta brevemente el contenido de la encuesta a estudios jurídicos cuyos resultados constituyen la base de datos de la estimación que se presenta.

El formulario tipo estuvo orientado a brindar información sobre el fuero del pleito, fecha y monto de la demanda y sentencia, regulación de honorarios y gastos judiciales.<sup>74</sup>

Los costos principales de concurrir a la Justicia no sólo incluyen el pago de honorarios a los abogados participantes. La remuneración a peritos, consultores de parte, gastos durante el juicio, incidentes y tasa de justicia constituyen un costo adicional que en muchos casos supera el monto regulado a los abogados.

El formulario incluyó la posibilidad de acuerdo abogado-cliente (cobro por hora de trabajo, pacto de cuota litis u otro tipo de arreglo contractual) que constituye una variable adicional a considerar en el momento de calcular los costos de litigar.

Con respecto a la tasa de justicia, si bien la ley establece que se debe pagar el 3% de la demanda en concepto de tasa específica por utilizar el servicio público de justicia, en la práctica no siempre se abona el total. Además existen fueros con tratamiento especial como el laboral donde la vigencia del beneficio de litigar sin gastos acota la incidencia de la tasa de justicia.

La comparación de los costos privados de litigar en la Argentina y los Estados Unidos se organiza en las siguientes tres subsecciones. Se presenta primero la evidencia para los Estados Unidos; luego la evidencia local y por último distintos ejercicios de comparación que sustentan las conclusiones.

### II.4.1 Evidencia internacional

En esta sección se presentan distintos resultados sobre los costos de representación legal en los Estados Unidos.

En primer lugar, existen estudios empíricos dirigidos a mostrar algunos de los efectos teóricos vinculados con los sistemas de asignación de costas discutidos en la sección anterior. Por otro lado, se dispuso de un estudio llevado a cabo por la Rand Corporation (Kakalik y Pace [1986]) que mide los costos de representación legal en el fuero civil en los Estados Unidos, independientemente de las formas contractuales vigentes en cada caso.

#### *Estimaciones empíricas de efectos teóricos*

En primer lugar, se ha observado que, para reclamos modestos (menores a US\$ 6.000), los abogados compensados con honorarios contingentes (pacto de cuota litis) trabajan menos horas que aquellos compensados sobre la base de horas trabajadas. A su vez, el número de horas que los primeros dedican a un caso aumenta al aumentar su monto; esta relación no se observa para los segundos. Estos resultados sugieren que:

- i) si la fijación de honorarios depende fundamentalmente del tiempo trabajado pero es en cierta medida independiente del resultado de la tarea, el costo es mayor, como consecuencia de la mayor cantidad de horas trabajadas;
- ii) el esfuerzo en la representación legal es mayor cuanto más importante sea el efecto que tiene el resultado del litigio sobre el honorario del representante.

Otros estudios analizaron el problema de los incentivos enfrentados por los representantes legales en los casos de demandas grupales en las que el representante legal no es escogido por sus clientes sino por el juez.<sup>75</sup> Existe evidencia empírica que indica que los abogados representantes de la clase damnificada reciben mayores compensaciones en los acuerdos que en aquellos casos que finalmente van a juicio, lo que es indicador de la falta de control de los clientes (la clase) sobre el representante.<sup>76</sup> Estos resultados sugieren que las características de representación legal efectivamente (y no sólo en teoría) dependen de la estructura de incentivos con que cuenten los abogados representantes.

También existen estudios sobre los costos de representación legal en casos de accidentes de trabajo en el estado de Nueva York, donde los trabajadores tienen la posibilidad de acceder a una representación legal con honorarios regulados por el juez, o bien desistir de esa representación.<sup>77</sup> La evidencia empírica sugiere que las compensaciones brutas de honorarios recibidas por quienes eligen tener un representante legal son *menores* que las de quienes eligen no hacerlo, diferencia que se interpreta como evidencia de la productividad negativa de la representación legal.<sup>78</sup> Esta conclusión se basa en dos hallazgos: (i) la probabilidad de acuerdos (con montos menores que los de una sentencia) es mayor en presencia de un representante legal, y (ii) los acuerdos negociados son más bajos con representante legal que sin él. Además, el costo promedio de representación legal como porcentaje de la sentencia, en estos casos, es 2,84%, con un mínimo de 1,28% para casos de muerte en el trabajo y un máximo de 7,16% para negociaciones sobre adelanto de indemnizaciones por dificultades en tener una certeza razonable en su cálculo.<sup>79</sup>

Un estudio particularmente interesante es el de Snyder y Hughes (1990), quienes llevan a cabo una estimación en base a casos de mala praxis médica en el estado de Florida, en los Estados Unidos. En el período entre (mediados de) 1980 y (mediados de) 1985 se estableció, como prueba piloto, que el régimen de honorarios fuese el inglés, y no el norteamericano.

Las conclusiones obtenidas en ese estudio con respecto a la evolución judicial de las demandas presentadas son las siguientes:

- i) la regla inglesa induce un mayor número de arreglos; en particular, la probabilidad de que una demanda sea finalmente litigada en Corte se

reduce por efecto del cambio de sistema de asignación de costas del 10,7 al 5,7%;

- ii) los costos de representación legal de los casos litigados bajo la regla inglesa son mayores, entre un 100 y un 60% (según la corrección o no de sesgos por autoselección en la muestra), mientras que la diferencia de costos en los casos arreglados está entre el 46 y el 150% (dependiendo igualmente de la práctica o no de la corrección muestral).

Por otro lado, aunque restando importancia a este hecho, los autores reportan cifras referidas a la cantidad de demandas presentadas bajo cada uno de los sistemas de asignación de costas que sugieren que el sistema inglés ha provocado un mayor grado de litigiosidad. En ese sentido, durante el período 1975-1979, bajo la vigencia de la regla norteamericana de asignación de costas, la cantidad de demandas promedio fue 1288, mientras que durante el período 1981-1984, estando vigente el sistema de asignación de costas inglés, el número promedio fue de 2480, lo que significa un aumento del 92,5%. Sin embargo, al volver a utilizarse el sistema americano en 1986 y 1987, se mantuvo alto el número de casos (48% más que en 1975-1979, aun sin estar terminados todos los casos, lo que introduce un sesgo hacia subestimar el incremento), relativizando en primera instancia la sugerencia de que la litigiosidad es mayor bajo el sistema inglés.

No obstante dicha objeción (señalada por los autores), el incremento en la litigiosidad generado por el cambio en el sistema puede sostenerse a partir de los datos porque ha existido un aumento sostenido en las demandas por mala praxis, independientemente del sistema de asignación de costas. Esta evolución se acentuó por la adopción del sistema inglés, como lo reflejan los porcentajes de incremento señalados. Por otra parte, es posible, como se argumenta en este trabajo, que la duración promedio de las causas iniciadas bajo el sistema inglés sea mayor que bajo el sistema norteamericano debido al interés de los abogados representantes por lograr una regulación de honorarios (dentro de la banda) mayor, con lo cual serían las cifras correspondientes al período de vigencia de la regla inglesa las que estarían sesgadas hacia abajo por no encontrarse dichas causas concluidas al momento del relevamiento de la información.

En síntesis, el estudio realizado por Snyder y Hughes (1990) contribuye a verificar las predicciones teóricas señaladas por otros autores. Entre ellas, se encuentran:

- existe una mayor proporción de arreglos bajo el sistema inglés por aumento del rango de negociación y/o por la decisión de evitar la mayor exposición al riesgo que supone litigar bajo ese sistema. Estos factores serían, entonces, más importantes que la subestimación de costos de litigar en el sistema inglés señalada por Shavell (1982);
- existen potenciales problemas de agencia (objetivos contrapuestos) entre abogados y clientes bajo el sistema inglés. Esto alienta un exceso



en la presentación de demandas,<sup>80</sup> y una (posible, pero no confirmada por la muestra) mayor demora provocada en la resolución de casos;

- el sistema inglés implica un mayor costo de representación legal que el sistema norteamericano;
- finalmente, y aunque ha pasado inadvertido a los autores, puede notarse que el porcentaje en que aumentan el número de demandas y de arreglos con el establecimiento del sistema inglés es el mismo, significando que el número de casos finalmente resueltos en los tribunales no varió con la adopción del sistema inglés.

#### *Estudio de la Rand Corporation para los Estados Unidos*

El estudio de la Rand Corporation contiene un análisis del costo de representación legal en la justicia civil federal y estadual de los Estados Unidos sobre la base de dos fuentes de datos; por un lado, casos de la industria de seguros en el año 1985, y, por otro lado, una encuesta llevada a cabo por la Universidad de Wisconsin en el año 1978, con actores de diverso tipo. Dado que la clase de conflictos contenidos en la encuesta realizada por FIEL para la Argentina se asemeja a la realizada por la Universidad de Wisconsin, sólo se indicarán los valores correspondientes a esta última investigación (véase cuadro 4).

Si se define el Gasto Total como la suma de todas las erogaciones realizadas (honorarios y gastos de los abogados participantes –que incluyen los honorarios de los peritos de parte eventualmente utilizados– más la indemnización neta de costos de representación del demandante), y se excluyen del mismo la tasa judicial dirigida a financiar el componente público del servicio de justicia, la estimación de los costos privados de litigar en los Estados Unidos representa el 43,2% de esos gastos totales, lo que significa que sólo el 56,8% de esos gastos representa la transferencia perseguida por la acción que le dio origen. En otras palabras, el costo de litigar que erogan las partes representa el 76% de la indemnización neta percibida por los demandantes.

Estos porcentajes, sin embargo, no son susceptibles de ser comparados con los resultantes de la muestra de FIEL sobre casos resueltos en sede judicial. Los datos del cuadro 4 contienen conflictos que fueron solucionados por arreglo entre las partes (y no por sentencia del juez). En estos casos, los costos de representación son menores que los agregados (básicamente debido a que los demandados pagan honorarios en base al número de horas trabajadas, siendo este número mucho menor para casos con arreglo entre las partes), e inducen, de esa manera, a una subestimación de los costos de representación legal de casos resueltos con sentencia judicial.

Adoptando distintos supuestos detallados en el anexo 1 (no incluido en esta publicación), los porcentajes de costos de representación sobre el gasto total para los casos resueltos con fallo judicial se encuentran dentro del rango señalado en el cuadro 5.

**Cuadro 4**  
**COSTOS DE REPRESENTACION LEGAL EN LOS ESTADOS UNIDOS**  
**BASADOS EN DATOS DE LA UNIVERSIDAD DE WISCONSIN**  
(En miles de millones de dólares de 1985)

Concepto	Litigios x accidentes automóvil	Otros litigios	Promedio simple litigios	% Prom. sobre Gto.Tot.	% Prom/ Indemn. Neta
Honorarios y gastos del abogado del demandante	3,8	3,8	3,8	24,5	43,2
Honorarios y gastos del abogado del demandado	2,3	3,4	2,9	18,7	32,9
Total de honorarios y gastos	6,1	7,2	6,7	43,2	76,1
Indemniz. bruta	12,3	12,8	12,6		
Indemnización neta recibida	8,5	9,0	8,8	56,8	100,0
Gasto Total	14,6	16,2	15,5	100,0	176,1

Nota: no se contabilizan los costos del Poder Judicial ni el tiempo de los participantes. Construido en base a las Tablas 7.5 y 7.6 del estudio de la Rand Corporation (Kakalik y Pace [1986]).

**Cuadro 5**  
**GASTOS DE REPRESENTACIÓN LEGAL EN ESTADOS UNIDOS**  
**PARA CASOS CON SENTENCIA JUDICIAL**  
(En %)

	Caso más caro	Caso más barato	Promedio
Gtos. legales ddt./Gasto Total	18,1	21,0	19,6
Gtos. legales ddo./Gasto Total	39,8	30,4	35,1
Total gtos.legl./Gasto Total	58,0	51,4	54,7
Indemnizac. neta/Gasto Total	42,0	48,6	5,3

Nota: gastos legales incluye honorarios de abogados y peritos y otros gastos menores y corresponden a primera instancia.

Fuente: véase anexo 1 del estudio original no incluido en esta publicación.

Puede verse de inmediato que la corrección practicada en el cuadro 5 aumenta la estimación de los costos de representación legal en los Estados Unidos respecto de los presentados en el cuadro 4, y llegan a un porcentaje promedio respecto de los gastos totales del 54,7%. Ello es resultado de que esta corrección toma en cuenta que el honorario del representante de la parte demandada es significativamente inferior en casos resueltos por arreglo entre las partes (debido a que las horas trabajadas –base del cálculo de sus honorarios– se ven fuertemente reducidas). Al ser eliminados se produce un aumento importante en el costo de representación legal de la parte demandada, en los casos resueltos por medio de sentencia judicial.

Como nota final sobre los costos judiciales en los Estados Unidos, cabe acotar que el costo promedio del Poder Judicial por caso presentado estimado en 1985 fue de US\$ 523 (equivalente a sólo el 2,9% de los gastos totales). Visto desde otro punto de vista, sin embargo, y teniendo en cuenta que sólo el 11% de los casos no son resueltos por acuerdo entre las partes, el costo promedio de la Corte por caso resuelto con sentencia judicial fue de US\$ 4755, lo que representa un porcentaje de los gastos totales (por caso también resuelto por el juez) de entre el 13 y el 27%, dependiendo de los supuestos.<sup>81</sup>

#### II.4.2 La evidencia local (resultados de la encuesta de FIEL)

##### *Regulación de honorarios: porcentajes sobre demanda en los fueros civil y laboral*

Vale la pena analizar cómo han regulado honorarios los jueces en la Argentina. Al respecto, y de acuerdo con lo señalado en la sección anterior de este capítulo en lo referente a la inconsistencia entre lo establecido por la Ley 21.839 (regulación basada en la sentencia) y la jurisprudencia sentada en la materia (regulación sobre la base de la demanda), resulta relevante analizar los porcentajes regulados respecto de los montos demandados y respecto de las sentencias judiciales. Esa información se presenta a continuación en el cuadro 8 de acuerdo con las observaciones recogidas en la encuesta de FIEL.

Como puede verse en el cuadro 6, los honorarios profesionales regulados en el fuero laboral son mayores que en el fuero civil, tanto para abogados como para peritos, e independientemente de ser referidos al monto de la demanda o al de la sentencia.

Considerando los porcentajes regulados respecto del monto de la demanda, en el fuero laboral –en promedio– los honorarios están dentro de la banda regulatoria legislada (del 11 al 20% para los abogados de la parte vencedora, y del 7 al 17% para los abogados de la parte vencida), mientras que en el fuero civil los mismos coinciden con el límite inferior de la misma. En ese sentido, la aplicación de la jurisprudencia sentada

Cuadro 6  
HONORARIOS REGULADOS COMO PORCENTAJE  
DE LA DEMANDA Y DE LA SENTENCIA  
FUEROS CIVIL Y LABORAL DE LA CAPITAL FEDERAL

	% de la demanda en la senten.	Honor. abo- gado ganad. 1a. instan.		Honor. abo- gado perde- dor 1a. instan.		Honorarios de peritos	
		% dda.	% sen.	% dda.	% sen.	% dda.	% sen.
F. civil promedio	64,9	10,9	17,6	7,7	11,9	5,2	7,9
F. laboral promedio	63,7	13,3	15,7	10,0	12,6	6,7	7,7

Fuente: encuesta de FIEL.

en cuanto a la regulación de honorarios profesionales es en general respetada. Sin embargo, existen casos atípicos –en el fuero laboral, y en casos en los que la demanda fue rechazada– donde la regulación está por encima del rango señalado.<sup>82</sup>

##### *Gasto total en servicios legales: fuero civil y fuero laboral*

Las observaciones disponibles para los fueros civil y laboral permiten obtener la estimación sobre los costos promedio de representación legal en la Argentina.

Para elaborar el cuadro 7 (pág. 94) se agregó a los honorarios regulados por el juez, el pacto de cuota litis.

Puede verse en el cuadro 7 que el costo de representación legal resulta inferior en el fuero civil que en el fuero laboral, y en ambos casos los mismos son menores que los estimados en los Estados Unidos.<sup>83</sup>

Nótese que la muestra para la Argentina refleja el costo promedio local, pero no resulta inmediatamente comparable con los resultados de los Estados Unidos. Estos provienen de una composición de casos que no tiene por qué coincidir con la local. Como el objetivo de este ejercicio es evaluar las reglas alternativas de asignación de costas, con independencia de los costos efectivos de representación legal, se avanzó en la precisión de la comparación por varias vías.

Se adoptó para los costos locales la ponderación muestral de los Estados Unidos a la vez que se adaptaron los rangos de las demandas para reflejar las diferencias entre los Productos Bruto de ambos países.<sup>84</sup>

Los resultados alcanzados se muestran en el cuadro 8.

**Cuadro 7**  
ESTIMACION DE LOS GASTOS LEGALES EN LA ARGENTINA  
SIN PONDERAR POR MONTOS DE SENTENCIA

Promedios lineales de las observaciones disponibles	Fuero civil %	Fuero laboral %
Honorario ganador/Gasto Total	22,9	26,4
Honorario perdedor/Gasto Total	7,8	12,0
Honorario peritos/Gasto Total	5,3	9,7
Total honorarios/Gasto Total	36,0	51,9
Indemnizac. neta/Gasto Total	64,0	48,1

**Nota:** la muestra de casos laborales de FIEL incluye 62% de despidos, 14% de accidentes de trabajo, 10% de reclamos por diferencias salariales, 7% por enfermedad, 3% por indemnizaciones y el resto por falta de liquidación de haberes. Los casos civiles comprenden 53% de daños y perjuicios, 13% de desalojos, 13% de cobros de facturas impagas, 7% de sumarios, 7% de accidentes de tránsito y el resto, juicios ordinarios.

Fuente: encuesta de FIEL.

**Cuadro 8**  
ESTIMACION DE GASTOS LEGALES EN LA ARGENTINA  
PONDERANDO POR MONTOS DE SENTENCIA

Promedios ponderados por el tamaño de muestra de Rand correg.	Fuero civil %	Fuero laboral %
Honorario ganador/Gasto Total	24,8	29,7
Honorario perdedor/Gasto Total	10,7	13,8
Honorario peritos/Gasto Total	6,9	13,8
Total honorarios/Gasto Total	42,5	57,3
Indemnizac. neta/Gasto Total	57,5	42,7

Fuente: encuesta de FIEL

El resultado obtenido con esta corrección es un aumento en los costos de representación legal en ambos fueros. Esto se produce porque la ponderación de la muestra de acuerdo con los datos observados en los

Estados Unidos otorga una mayor participación a las demandas rechazadas y a las de bajos montos (con honorarios porcentuales mayores que en los casos con montos elevados) que el contenido en la muestra de FIEL sin ponderar, contribuyendo ambos efectos al cambio en la dirección indicada. No obstante esta modificación, se mantienen dos relaciones importantes: (i) los costos de representación profesional son mayores en el fuero laboral que en fuero civil, y (ii) el costo en el fuero civil es menor que el estimado en los Estados Unidos (aunque en este caso pasó de ser un 34% menor a ser sólo un 24% menor).

Un elemento final para considerar, en cuanto a la medición de los costos de litigar en la Argentina, surge de la información contenida en la encuesta realizada por FIEL a empresas (véase I.3.). En lo que respecta a los fueros civil y laboral, por ejemplo, los resultados de la encuesta son los del cuadro 9.

**Cuadro 9**  
COSTOS LEGALES DE LAS EMPRESAS ARGENTINAS  
EN LOS FUEROS CIVIL Y LABORAL  
(% de la sentencia)

	Fuero civil		Fuero laboral	
	Fallo favorable	Fallo desfavorable	Fallo favorable	Fallo desfavorable
Empresa es demandante	12,0	13,0	18,0	22,0
Empresa es demandada	16,0	28,0	22,0	40,0
Costo legal (CL)		34,5		51,0
CL como % del Gasto Total*		29,4		46,9

\* La definición de gasto total se ajusta a la utilizada en Kakalik y Pace (1986) y en cuadros anteriores.

Fuente: encuesta a empresas (FIEL).

El cuadro 8 (pág. 94) permite obtener las siguientes conclusiones:

- Los costos legales son mayores cuando el fallo es desfavorable. Es decir, la suma de honorarios regulados que recae sobre las empresas es superior a la suma correspondiente a los honorarios que libremente pactan con sus representantes legales como porcentaje de la sentencia en caso de ser favorable.

- Los costos legales son mayores en el fuero laboral que en el fuero civil.
- La diferencia de costos en función del signo del fallo cuando la empresa es demandante indica la utilización de pactos de cuota litis en esas circunstancias, ya que los mayores costos incurridos por soportar el pago de honorarios regulados de los abogados de ambas partes se ven parcialmente compensados por la no implementación del incentivo pactado con el abogado propio (contingente al éxito).
- La mayor diferencia de costos respecto del signo del fallo, cuando la empresa es demandada, indica que en estos casos no se produce un ahorro significativo en los costos no regulados de litigar, lo que a su vez sugiere que los pactos con los abogados no son contingentes en el éxito sino que se efectivizan independientemente del resultado obtenido.
- Comparando los costos legales de acuerdo a si la empresa es demandante o demandada, puede verse que éstos son mayores en este último caso independientemente del sentido del fallo, lo que sugiere que la complejidad de los casos contenidos es mayor.
- Los costos representados en el cuadro 9 pueden agregarse para obtener una estimación comparable con la de la encuesta realizada a los estudios jurídicos. Los resultados obtenidos son los señalados en la cuarta fila del cuadro, e indican que los costos de litigar en los fueros civil, comercial y laboral representan el 29,4 y el 46,9% del gasto total, respectivamente.<sup>85</sup> Como puede observarse, estos números son consistentes con los obtenidos en el cuadro 7.
- Por otro lado, debe notarse que en caso de que las empresas actúen como demandadas con mayor frecuencia que como demandantes, el costo de litigar para ellas es mayor que el expresado anteriormente (esto es particularmente así en el fuero laboral), y que en caso de que los fallos favorables para las empresas ocurran con una frecuencia inferior al 50%, la estimación presentada en base a la encuesta a las empresas subestima el costo de litigar.

#### *Evaluación de los costos comparados*

El cuadro 10 resume las estimaciones sobre los costos privados de acceso a la justicia en los Estados Unidos y en la Argentina.

Como puede verse en el cuadro 10, los costos privados de representación legal son mayores en los Estados Unidos que en la Argentina en lo que respecta al fuero civil. En cuanto al fuero laboral, el costo es mayor en la Argentina, aunque en este caso los sistemas de resolución de causas por accidentes laborales son claramente distintos. De todas maneras, los gastos legales que se incurren en el fuero laboral son demasiado elevados, máxime teniendo en cuenta la similitud que se observa entre muchos de los casos que atienden los letrados.

Hay tres elementos que afectan el costo privado de acceso a la justicia (o a la resolución de conflictos). Estos son: (i) las atribuciones y responsabilidades asignadas a los abogados, (ii) la eficiencia con que dichos

Cuadro 10  
GASTOS DE REPRESENTACION LEGAL  
EN LOS ESTADOS UNIDOS Y EN ARGENTINA  
(En %)

	EE.UU. Fuero civil	Argentina	
		F. civil	F. labor.
Honor. demandante/Gasto Total	17,6		
Honor. ganador/Gasto Total		23-24	26-30
Honor. demandado/Gasto Total	29,8		
Honor. perdedor/Gasto Total		8-10	12-14
Honor. peritos/Gasto Total	7,3 <sup>86</sup>	5-7	10-14
Total honorarios/Gasto Total	54,7	36-42	48-57
Indemnizac. neta/Gasto Total	45,3	58-64	43-52

Fuente: FIEL en base a encuestas y anexo 1 del estudio original, no incluido en esta publicación.

abogados litigan un determinado caso, y (iii) el grado de abuso en la utilización de la sede judicial como mecanismo de resolución de conflictos.

En lo que hace al fuero civil, a priori debería esperarse un menor gasto legal en la Argentina como consecuencia de las menores responsabilidades de los abogados, aunque este efecto podría ser compensado por los mayores gastos que alienta la elección de un sistema de asignación de costas que incentiva a los letrados a extender los juicios para obtener una regulación más cercana al tope de la banda de honorarios y a litigar casos que carecen de mérito suficiente para hacerlo (y que por lo tanto deberían ser resueltos por acuerdo entre las partes).

Debe notarse entonces que no es necesario que el porcentaje de honorarios sobre los montos sentenciados sea mayor en la Argentina para que el gasto global en Justicia sea mayor. En particular, si el número de casos resueltos judicialmente es excesivamente alto en la Argentina, gastos porcentualmente menores pueden ser compatibles con gastos globalmente mayores. Al respecto, vale la pena considerar las siguientes estimaciones.

Suponiendo que el porcentaje de arreglos en el fuero civil en la Argentina coincide con el porcentaje correspondiente al fuero laboral (70%) según opiniones de algunos letrados consultados, y puesto que el porcentaje correspondiente al fuero civil en los Estados Unidos no es inferior al 90%, el porcentaje de conflictos que son resueltos por medio de fallo ju-

dicial en la Argentina es un 200% superior en los Estados Unidos. Por otro lado, tomando el costo legal por caso litigado en el fuero civil en el cuadro 10, de acuerdo con la ponderación de la muestra de Rand, se observa que los mismos representan el 78% de los estimados para los Estados Unidos. De esta manera, aun dejando de lado la potencial ineficiencia en la utilización de recursos judiciales una vez comenzado el litigio,<sup>87</sup> si se supone que los costos legales de los arreglos son el 41% de los correspondientes a los casos resueltos con fallo judicial, en ambos sistemas (tal como surge del estudio de la Rand Corporation para el caso estadounidense), el costo global para la resolución de los conflictos civiles sería similar.

Finalmente, la comparación entre los costos en los Estados Unidos y en la Argentina obliga a tener sumo cuidado a la hora de las conclusiones, inclusive analizando la comparación de los costos porcentuales indicados en el cuadro 10. Esto es así debido a que las diferencias de costos pueden deberse a una multiplicidad de factores, tales como diferencias en los precios relativos (y absolutos) de los insumos necesarios en la provisión de servicios legales, diferentes responsabilidades de los jueces con respecto a los abogados representantes, diferentes requerimientos de calidad probatoria, etcétera.<sup>88</sup>

#### NOTAS

1. La organización legal es distinta por país o por grupo de países según su desarrollo histórico y político. Sin embargo, es posible reconocer dos grandes tradiciones jurídicas como las más influyentes y diferenciadas en el hemisferio occidental. Una de ellas es la llamada organización de derecho consuetudinario o del "common law" que rige en el Reino Unido, Canadá, los Estados Unidos, Nueva Zelanda y Australia entre otros. La otra corresponde a la organización de derecho estatutario, que caracteriza a los países de Europa Continental y por razones históricas a los países latinoamericanos. De las dos tradiciones, la más antigua corresponde al derecho estatutario que tiene sus raíces en el derecho romano, y que fue la adoptada por nuestro país bajo influencia hispánica.

En gran parte, como consecuencia de la diferencia de atribuciones citada, la profesión legal tiene un desarrollo dispar en países de tradición distinta. Bajo el derecho estatutario las actividades profesionales aparecen muy separadas y tempranamente se inicia la carrera legal elegida. Se es abogado, o abogado del Estado, o se ingresa en alguna carrera judicial para llegar a juez.

Mientras los jueces del "common law" practican la inmediatez, la oralidad y la examinación rápida de los testigos, el sistema estatutario confía más en procedimientos escritos y en la interpretación experta de la prueba que en los testigos. También la apelación tiene un carácter diferente. En el sistema del "common law" se la entiende como un método para corregir errores de derecho, en el sistema estatutario reconsidera también la interpretación de la prueba.

Ambas tradiciones han evolucionado para responder a las nuevas demandas de la sociedad aunque sin perder estas características diferenciales. Con respecto a las comparaciones que se establecen a lo largo del trabajo, en cada oportunidad

se ha buscado una metodología pertinente que haga factible una comparación insesgada o cuando ello no fue posible se han señalado las limitaciones de la comparación.

2. Posner (1992) ha sugerido que los jueces americanos tienden a resolver los conflictos de modo de maximizar la eficiencia económica porque ellos entienden que su papel no es distribuir ingresos sino ayudar a crear un marco adecuado para el crecimiento económico. Rubin (1977) sostiene que la tendencia hacia la eficiencia del sistema de "common law" se produce porque el sector privado litigará más las resoluciones ineficientes de los jueces. Esta interpretación vuelve a poner un peso mayor en los letrados en la resolución de los conflictos.

3. Véase Kobayashi y Parker (1993).

4. Tanto en la Argentina como en los Estados Unidos pueden existir fallos judiciales que no respetan la jurisprudencia, pero la revocación de estas decisiones es más frecuente en el caso americano porque los jueces deben respetar el precedente ("stare decisis").

5. En España también el magistrado nombra los expertos a su criterio. Este esquema podría criticarse porque fomentaría una eventual connivencia entre el juez y el perito. Sin embargo, el sistema alemán acota este problema al permitir que se aporte nueva evidencia (incluso la opinión de otros expertos) en el proceso de apelación. Sin embargo, es evidente que este sistema tiene costos adicionales, en relación con la alternativa más usual de limitar la revisión de los jueces de segunda instancia a leer el caso preparado por el de primera instancia y opinar sobre los fundamentos de la sentencia.

6. Véase, por ejemplo, Langbein (1985).

7. Un elemento adicional es que el perito de parte probablemente tenga mejores incentivos a investigar en forma completa el caso. En un mundo con información imperfecta a los peritos designados por los jueces, difícilmente obtendrán premios por su buen desempeño.

8. Véase Froeb y Kobayashi (1993). Para llegar a este resultado los autores suponen que cada parte nombra un perito; si no fuera así el juez recibiría una información sesgada.

9. Este podría ser el caso de los conflictos laborales que en la Argentina se llevan adelante bajo el beneficio de litigar sin gastos.

10. Para los bienes o servicios que se compran frecuentemente el problema de calidad es menos severo porque el proveedor enfrenta una pena potencial: que el consumidor repita su compra en un competidor.

11. En términos económicos para que la pena sea efectiva el oferente debe tener una cuasirrenta que perder si se lo detecta defraudando al usuario. El valor actual de estas cuasirrentas es su reputación y lo incentiva a ofrecer la calidad prometida en la medida en que la ganancia por violar lo pactado con el cliente que confió en él no supere el valor de su reputación. Para una discusión más extensa

véase Klein y Leffler (1981). En un mercado no competitivo las rentas extraordinarias juegan un papel similar. En el largo plazo, la entrada de nuevos oferentes y la necesidad de ofrecer calidad hará que las rentas se disipen a través de inversiones específicas que se recuperan sólo si se continúa prestando el mismo servicio. Esto da lugar al flujo de cuasirrentas citado.

12. Existen elementos, como la reputación, que atenúan esta afirmación, pero no siempre están presentes para todos los representantes.

13. Para una explicación económica sobre los motivos que llevan a las democracias europeas a descansar en soluciones burocráticas véase Spiller y Urbiztondo (1994).

14. Véase, por ejemplo, Cooter (1983) y Posner (1992 y 1993). Debe destacarse que es particularmente difícil medir la productividad de un juez porque se interrelacionan diversos elementos tales como agilidad en las decisiones, contracción al trabajo, calidad del fallo, y la ética profesional y ciudadana.

15. Aun cuando la mayoría de los jueces fuera altruista, no puede diseñarse un marco institucional del Poder Judicial que pueda ser fácilmente abusado por la minoría, porque ello deterioraría el prestigio de toda la Justicia.

16. El problema del "free rider" o del "oportunista" se presenta cuando el resultado de una acción depende del esfuerzo de un grupo de personas y es difícil detectar la contribución de cada uno al resultado global. En este contexto, cada integrante del grupo tiene un incentivo a trabajar menos, ya que ello no afectaría el resultado conjunto de manera perceptible. Como todos enfrentan la misma alternativa es probable que ninguno haga el esfuerzo necesario y se deteriore el producto final.

17. Véase Posner (1993) para un argumento de este tipo, corroborado en entrevistas con jueces argentinos.

18. Se retiran a los 65 años con 15 años de servicio y reciben el 100% de su sueldo en actividad. Además, los jueces del artículo III de la Constitución no sufren descuentos jubilatorios en sus haberes, a diferencia de los magistrados o jueces de quiebras que tienen un status inferior.

19. En la Argentina el régimen de retiros de los magistrados también es de "privilegio". La posibilidad de acceder al mismo se pierde si un magistrado es removido por juicio político, pero no si se retira para trabajar en el sector privado.

20. Véase Cooter (1983) y Langbein (1985). Cohen (1985) menciona que, en la Justicia Federal estadounidense, aproximadamente el 50% de los jueces de cámara nombrados en el período 1955-1980 fueron promovidos desde un juzgado de menor jerarquía, nacional o estadual.

21. Véase Langbein (1985) y National Commission on Judicial Discipline and Removal (1993).

22. Actualmente sólo se permite cobrar como docente o por derechos de autor.

23. Véase Barr y Willging (1993) y National Commission on Judicial Discipline and Removal (1993).

24. Véase Shaman (1988) quien menciona que sólo dos estados tienen legisladores que integran el consejo. También señala que inicialmente los magistrados se oponían a la existencia de estos consejos, aunque la experiencia muestra que se ha respetado la independencia al integrarlos con jueces y permitir la apelación del fallo. Es interesante destacar que uno de los argumentos de los magistrados en contra de la creación de estos entes era que los casos de mal desempeño eran raros y podían ser controlados por un sistema de autorregulación; según este autor, la experiencia muestra que había más problemas que los previstos por los jueces.

25. Wheeler (1992) menciona que los consejos judiciales federales (uno por circuito) también realizan otras tareas, tales como aprobar las solicitudes de ampliación del número de juzgados.

26. A nivel federal, entre 1980 y 1991 se recibieron 2405 quejas, aproximadamente la décima parte de las esperadas. Casi todas las quejas son rechazadas por el presidente de cada cámara de apelación; sólo 44 fueron elevadas al consejo judicial respectivo, y los resultaron fueron 5 reprimendas, 1 juicio político y 3 retiros. Véase Barr y Willging (1993).

27. Como se menciona en el Report de 1993, citado anteriormente, el juicio político en los Estados Unidos es un proceso político dirigido al puesto y no al individuo (distinto es el caso inglés donde se apunta a la persona). Por ello se prevén sanciones políticas (pérdida del puesto, descalificación para ejercer otros cargos públicos), pero los jueces enfrentan el mismo proceso penal que cualquier ciudadano. A diferencia de la Argentina, no existe en los Estados Unidos inmunidad penal para los jueces en ejercicio.

28. El caso del estado de Nueva Jersey, a fines de la década del '40, es señalado como un ejemplo de drástica reforma judicial. Antes de esa fecha la justicia era sospechosa de corrupción y politización. La reforma de 1948 se menciona como el factor decisivo que ha permitido que este Estado sea hoy respetado por la calidad de su Poder Judicial. Es interesante destacar que Nueva Jersey no tiene comisión de la magistratura para nombrar jueces sino un proceso similar al argentino (nombra el gobernador con acuerdo del Senado). Las claves del éxito de la reforma que se mencionan son: un presidente de la Corte Suprema de aquel momento con carácter de líder y con decisión de reformar el sistema, el establecimiento del Código de Ética Judicial más severo de todo el país, un sistema de información interno que sirve como control de los jueces, la creación de una oficina de administración de la justicia que depende del Presidente de la Corte Suprema y el nombramiento de jueces por un período, sujeto a dos confirmaciones al cabo de las cuales se le otorga la inamovilidad. Finalmente, en Nueva Jersey, como en cualquier otro estado americano, no existe autarquía presupuestaria sino que el Presidente de la Corte debe justificar anualmente sus demandas presupuestarias en el Congreso. Este es otro control externo sobre el Poder Judicial.

29. Véase Wheeler *et al.* (1994). En palabras de estos autores la independencia de decisión es esencial pero no lo es la autonomía de operación. El problema aparece porque es difícil establecer una línea clara entre ambas.

30. Posner (1992) sostiene que el Congreso valora la independencia del Poder Judicial porque de esa forma se asegura que las transferencias de recursos que se han concretado no serán fácilmente revertidas en el futuro. Esto aumenta el poder del Congreso para conceder estas distribuciones a favor de determinados grupos de presión. A nivel estadual, el potencial redistributivo está más acotado por la mayor movilidad de factores ya que quienes deben afrontar el costo de la decisión pueden migrar a otras regiones; por lo tanto, los Congresos locales valoran menos una justicia independiente.

31. En el trabajo de Toma se menciona que el Congreso ha utilizado otros métodos más costosos políticamente para influir en el Poder Judicial. Por ejemplo, en 33 ocasiones se han aprobado nuevas leyes que revierten un fallo reciente de la Corte, se ha modificado el número de miembros de la Corte, y una vez se recurrió al juicio político de un integrante del máximo tribunal.

32. Esto avala los argumentos de Posner, pero en alguna medida contradice el resultado encontrado por Toma (1991) a nivel federal. Debe recordarse que el propio Posner (1992) menciona que la independencia judicial es menos valorada a nivel estadual por la mayor movilidad de factores que afecta el grado de redistribución que puede hacer el Congreso.

33. El problema de la autarquía es que impide asignar los fondos presupuestarios disponibles para las distintas responsabilidades que ha asumido el Estado en función de las prioridades del momento. La ventaja es que puede asegurar al contribuyente que los fondos recaudados se destinen a usos que él valora, aunque este argumento cobra mayor validez cuando se trata de decisiones de gasto municipal, ya que allí los votantes tienen un mayor control sobre las decisiones de gasto porque sus tributos se asemejan a cargos por el uso de los servicios públicos.

34. Posner (1993) sostiene que un juez federal en los Estados Unidos puede ser haragán, carecer de un temperamento acorde a su responsabilidad, ser reprendido por fallas éticas, ser revocado por errores en sus sentencias, demorar en exceso sus fallos, filtrar información confidencial a la prensa, tener una clara agenda política y aún retener su cargo.

35. Este argumento es aportado por Posner (1993) quien también sostiene que si los sueldos de los jueces fueran muy altos se politizaría más el proceso de nombramiento, pero posiblemente podría atraerse a personas de mayor calificación.

36. A diferencia de su similar de la Argentina, la Corte Suprema de los Estados Unidos realiza pocas tareas administrativas. La Corte de ese país atiende unos 300 casos anuales. En contrapartida, la Corte Suprema argentina atendió 6000 casos en 1994. Más de la mitad fueron desestimados, lo que indica un acceso exagerado fomentado por las normas vigentes. A la vez, atiende por propia iniciativa por causas de arbitrariedad de las sentencias, que se originan en los fallos judiciales deficientes pero también en decisiones de la propia Corte. Especialistas del derecho indican la necesidad de una mayor capacitación de los abogados para presentarse ante la Corte.

37. Véase Page (1994), Cavagna Martínez *et al.* (1994) y la Ley y Reglamento para la Justicia Nacional. Debe notarse el contraste con los países europeos. En

Francia, por ejemplo, es posible suspender a un juez mientras dura la investigación.

38. Cavagna Martínez *et al.* (1994) mencionan algunos problemas con este sistema. Por ejemplo, el sistema asigna más puntos a quien tiene antecedentes en la docencia pero no se prevé un número mínimo de días como profesor para calificar.

39. Este Consejo debió implementarse en 1995 por ley en el marco de las leyes complementarias de la Constitución reformada. La sanción de la ley se demoró por desacuerdos entre las principales fuerzas políticas sobre su conformación. El Consejo constituye uno de los elementos de la reforma del Poder Judicial impulsada por el Ministerio de Justicia. Esta reforma también incluye la oralización de la justicia penal y modificaciones procesales de amplio alcance.

40. Es de destacar que el cómputo realizado no tiene en cuenta la licencia por afecciones de largo tratamiento que en el sector privado son, con goce de haberes, de 3 meses para trabajadores con menos de 5 años de antigüedad y 6 para quienes poseen mayor antigüedad, duplicándose los plazos si el trabajador tiene cargas de familia, mientras que en la Justicia y en la Administración Central alcanzan a 2 años con goce de haberes; un año adicional con el 50% de percepción de haberes y 6 meses adicionales sin goce de sueldo en la Justicia y 1 año sin goce de haberes en la Administración Central. Dentro de este tipo de licencias se incluyen las afecciones comunes en el sector privado. Tampoco se consideran en el sector judicial ni en la Administración Central las licencias por actividades científicas, culturales o deportivas de las cuales sólo existen en el sector privado las deportivas cuando sea en representación del país.

41. Las entrevistas en los juzgados indicaron que, en los hechos, los funcionarios y empleados de algunas dependencias trabajan más de 30 horas por semana. Con todo, la organización del sistema no puede estar expuesta a "abusos legales" por haberse diseñado un sistema que favorece al sobreempleo y debe preferirse una regla general que establezca claramente las obligaciones de contrato laboral por cada una de las partes.

42. A fines de 1994 el proyecto se convirtió en ley 24.432.

43. Un ejemplo de la divergencia de objetivos entre el abogado y el cliente es el siguiente. Un cliente se presenta a su abogado aduciendo que un tercero no respetó una cláusula de un contrato celebrado entre las partes. La redacción poco precisa del contrato, sin embargo, no permite interpretar el hecho como una violación del mismo. La probabilidad de obtener un fallo positivo es muy baja, casi nula. Si el abogado aconseja no litigar, el resultado para su cliente será el de ahorrar el costo legal de su representante y el de la otra parte. Pero, en este caso, su abogado obtendrá honorarios casi nulos, en particular, muchísimo menores a los regulados incluso en el caso de perder el juicio, sobre todo si el monto de la demanda es significativo.

44. En lo que respecta específicamente a la jurisdicción civil, sin embargo, se establece una tabla de porcentajes (fuertemente) decrecientes en función de la "cuantía de la materia litigiosa" (es decir, del monto de la demanda).

45. En el Presupuesto 1994 se computan 135 cargos para estos defensores en varios fueros.

46. Debe notarse que no es compatible el sistema de fijación libre de honorarios de representación con el sistema de asignación de costas inglés en lo que hace a la parte perdedora del juicio, ya que podría ocurrir que un demandante suficientemente seguro de su victoria en juicio celebre un contrato sumamente oneroso con su representante legal a sabiendas de que ese costo será incurrido por la parte demandada. Es decir, al menos las costas incurridas por la parte perdedora deben ser reguladas por el juez en el sistema inglés.

47. Las alternativas i) y iii) no serán discutidas aquí, por constituir arreglos más restrictivos que los otros dos.

48. Si consideramos la alternativa (i), surgen dos problemas adicionales: los honorarios de representación pueden ser muy elevados en demandas importantes (por efecto del límite inferior de la banda regulada), y se acentúa el incentivo de los abogados para encarecer el proceso de representación.

49. Debe notarse que existe una infinidad de posibilidades sobre la forma de dicho contrato contingente: puede constar de un cargo fijo y un porcentaje fijo sobre el monto de la sentencia, un cargo variable sobre el monto de la sentencia, un menú de contratos alternativos, etcétera. El representado elige el contrato que cree más conveniente entre los que le son ofrecidos. La posibilidad de equivocarse es la misma que la existente cuando elige (de acuerdo con su calidad) a quién delegar su representación legal.

50. Véase Thomason (1991).

51. Es decir, aquel representante que considere que la probabilidad de éxito es alta y/o que crea poder lograr una sentencia favorable con el menor costo será quien ofrecerá el menú de opciones más conveniente y quien será finalmente elegido.

52. Posner (1992) señala las ventajas del pacto de cuota litis en lo que hace al mayor incentivo para el esfuerzo en la representación legal, ya que se "alinean" los intereses de clientes y representantes legales (el representante legal internaliza los beneficios y los costos de litigar). Además, también hace mención a la reducción del riesgo soportado por el demandante como resultado de ese tipo de contratación. Por otro lado, nota que aun cuando el honorario es libre entre las partes, el potencial perjuicio del cliente por la información insuficiente de que podría disponer puede ser aliviado por la potestad que tienen los jueces de modificar dichos acuerdos si los consideran excesivamente onerosos para aquellas.

53. Esto es así de acuerdo con el siguiente razonamiento: supóngase que existe otro abogado más eficiente, quien ofrece representar el caso por un honorario (porcentual) mayor, y que la calidad del abogado está expresada en la probabilidad de obtener (con el mismo costo de esfuerzo y recursos asignados) una sentencia favorable (o bien, en términos esperados, una fracción mayor de la demanda en la sentencia). Esta situación no constituye un equilibrio porque este abogado podría ofrecer su representación a un precio menor y aun así obtener beneficios

positivos. Entonces, el abogado que ofrezca el menor honorario será aquél con mayores probabilidades de éxito.

La conclusión anterior no surgiría si el costo para cada abogado fuese diferente de acuerdo con su calidad. Si así fuese, un mayor honorario puede significar una compensación neta esperada mayor para el cliente, y el abogado eficiente no podría estar en condiciones de ser el más barato (porcentualmente). No obstante ello, surgiría con menor probabilidad si el sistema de asignación de costas fuese el inglés, ya que se eliminaría la competencia por precio entre los abogados (con la consiguiente información –aunque imperfecta– que ésta provee).

54. Esta cuestión es de suma importancia. En el caso norteamericano, las demandas frívolas son poco frecuentes porque un individuo que ha sido demandado sin mérito (al entender del juez) puede efectuar una contrademanda requiriendo la restitución de sus costas, siendo incluso posible que las mismas deban ser devueltas por el abogado representante del demandante.

55. También presenta ventajas cuando la probabilidad de error judicial es mayor.

56. Este argumento es más importante en los casos en que esos mayores costos son transferidos a los representantes legales, vía mayores honorarios profesionales, y no al Poder Judicial, vía tasas, el cual en principio podría utilizarlo para financiar el acceso a la justicia de algún grupo social con escasos recursos.

57. Salvo en casos previsionales, alimentarios y de familia.

58. Esta ley fue modificada en diciembre de 1994 por la promulgación de la ley 24.432. En esta sección se analiza la norma original y el contenido de la nueva ley según los lineamientos del proyecto del Ejecutivo.

59. En lo que hace a los honorarios de los abogados intervinientes en la Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el art. 21 de la Ley 8904 (1977) establece una banda regulatoria algo mayor (entre el 8 y el 25% del monto del juicio), incluyendo entre los elementos a considerar el resultado obtenido.

60. Este no fue siempre el caso, como lo demuestra el art. 8 del decreto 30.439 (1944) (ratificado por ley 12.997 [1947]): "Se considerará como monto del juicio la cantidad que resulte de la sentencia o transacción. Cuando ese monto sea inferior a la mitad del valor reclamado en la demanda, o en su caso, en la reconvencción, los profesionales de la parte vencedora en las costas podrán pedir que se fije honorario adicional a cargo del cliente, que se regulará teniendo en cuenta (énfasis propio) la diferencia entre el monto que resulte de la sentencia o transacción y la mitad del valor de la demanda o reconvencción deducidas. Para los profesionales de la parte vencida en las costas, cuando el monto del juicio resulte inferior a la mitad del valor reclamado en la demanda, o en su caso, en la reconvencción, sus honorarios se regularán teniendo en cuenta dicha mitad... Cuando el honorario deba regularse sin que se haya dictado sentencia ni sobrevenido transacción, se considerará a tal efecto como monto del juicio la mitad de la suma reclamada en la acción". Es decir, hasta 1978, el monto del juicio "efectivo" para la regulación de honorarios no podía, en ningún caso, ser inferior a la mitad de la suma de la demanda o reconvencción (al menos para el abogado de la parte vencida en costas).



Similarmente, la ley 8904 (1977) de honorarios profesionales de la provincia de Buenos Aires, establece (aproximadamente) que el monto de juicio estará representado por el valor (actualizado) de la demanda.

61. Por ejemplo, la Cámara Nacional en lo Contencioso, Sala B, dictaminó que “no existe diferencia alguna entre los valores en juego según que la pretensión deducida en la demanda prospere o se rechace, ya que, a los efectos de regular los honorarios de los profesionales intervinientes, tiene la misma trascendencia el reconocimiento de un derecho incorporado al patrimonio del interesado, como la admisión de que el supuesto derecho no existe” (12 de agosto de 1991), mientras que la Cámara Nacional en lo Civil, Sala B, dictaminó que “el monto del juicio está constituido por el total de la pretensión indemnizatoria, involucrando tanto el monto por el que prospera como aquel que se rechaza” (30 de abril de 1990).

62. Lo mismo ocurre en el caso de la provincia de Buenos Aires, donde el art. 8 de la ley 9804 establece que el abogado podrá pedir regulación de los trabajos efectuados en cualquier estado del proceso, quedando de esa forma anulado el pacto.

63. También aquí la legislación provincial es similar, ya que el art. 2 de la ley 8.904 establece que será nulo todo acuerdo que tienda a reducir las proporciones establecidas por esa ley, quedando las eventuales diferencias como un derecho a ser reclamado por el Colegio de Abogados.

64. Esto también ocurre en la Justicia de la provincia de Buenos Aires. La justificación generalmente ofrecida para este tipo de cláusulas es la dificultad encontrada por los abogados para efectivizar el cobro de honorarios pactados con sus clientes. Así, en el caso de la justicia provincial, la ley 8904 establece (art.17) que “el pago de honorarios regulados estará a cargo de la parte a quien el profesional peticionante representa o patrocina”. Debe notarse, sin embargo, lo inapropiado de la medida, ya que estas disposiciones van más allá de proteger a los abogados contra el no pago de sus clientes, llegando a transferir a éstos la mayor parte del riesgo de insolvencia de la parte vencida.

65. En ocasiones esta mala representación está penalizada. La ley 8904, por ejemplo, establece en su art. 30 que “los trabajos y escritos notoriamente inoficiosos no serán considerados a los efectos de la regulación de honorarios, y en su art. 52 que “no procederá la regulación de honorarios en favor de los profesionales apoderados o patrocinantes de la parte que hubiere incurrido en plus petición inexcusable, si además se calificare, por resolución fundada, de maliciosa o temeraria la conducta de aquéllos”. Se deduce que, en contraste, aquellas tareas que no sean “notoriamente” innecesarias sí serán consideradas para la regulación de honorarios.

66. Estas bandas decrecientes representan un compromiso entre el objetivo de incentivar un mayor esfuerzo de representación legal en los casos más valiosos y el objetivo de retribuir la tarea legal en función del costo del trabajo realizado.

67. La linearización de los porcentajes regulados impuesta por la ley 21.839 en la Justicia Nacional también se observa en la Justicia de la provincia de Buenos Aires, donde la ley 5177 (1955) que establecía porcentajes decrecientes en

función del juicio fue modificada por la ley 8904 en 1977 con el objetivo infundado declarado de evitar una supuesta depreciación monetaria de la retribución profesional.

68. En el caso de la provincia de Buenos Aires, el profesional tiene la opción de hacerse cargo de las costas causídicas del oponente, permitiéndose entonces celebrar pactos de cuota litis que signifiquen honorarios de hasta el 50% (en vez del 33%) del resultado líquido del juicio.

69. Las características detalladas en esta sección se refieren a los fueros civil y comercial, pero son en gran medida aplicables al fuero laboral. La legislación propia de este fuero está contenida en las leyes 18.345, 20.744 y 24.028.

70. Jurisprudencia reciente indica que aún debe avanzarse en el perfeccionamiento de la regulación de honorarios. Al respecto véase Anaya, Luis, “El Influjó del beneficio de litigar sin gastos sobre los honorarios y las costas”, *El Derecho*, 31-8-95.

71. Decreto ley 16.638/57, arancel para profesionales de ciencias económicas. Decreto ley 3771/57, arancel profesional para ingenieros agrónomos. Decreto ley 7887/55, arancel de honorarios de ingenieros, arquitectos y agrimensores. Ley 21.185, arancel de honorarios de ingenieros, arquitectos y agrimensores: actualización periódica. Ley 20.243, arancel de los calígrafos públicos de la Capital Federal.

72. Dichos artículos se refieren al alcance de la condena en costas a todos los gastos razonables (no desestimados o superfluos) del litigio y a la facultad de cualquiera de las partes no interesada en una determinada pericia (de la otra parte) para abstenerse de su pago (siempre que no la utilice a su favor).

73. La evidencia correponde al régimen de la ley 21.839.

74. Tipo de fuero en el que se desarrolló el juicio: laboral, civil, comercial, etc. De esta manera se clasificó a los casos de acuerdo con su jurisdicción, es decir, si pertenecían a la Justicia Federal, Ordinaria de Capital Federal o a la Justicia Provincial.

Fecha y monto de la demanda y sentencia. La fecha es una variable clave para establecer la voluntad compensatoria del juez debido a la distorsión en las variables nominales producto de los períodos de elevada inflación. En los casos en que la sentencia y la demanda están expresadas en moneda de la misma fecha, la voluntad compensatoria se determina en forma directa. Sin embargo, en los casos en que la fecha y monto de la sentencia y demanda difieren, es necesaria la actualización de los montos. La falta de un criterio único de actualización determinado por los jueces no permite brindar una confiabilidad del 100% en la relación sentencia/demanda, pues no queda claro cómo los jueces incorporan el concepto de costo de oportunidad en el momento de establecer la compensación monetaria.

Regulación de honorarios: se calculan sobre el monto de sentencia en el caso de aceptación de demanda o sobre monto de demanda en caso de rechazo de la misma. Los honorarios de segunda instancia se computaron como porcentaje de la sentencia y no como adicional al honorario de primera instancia.

75. Al existir un costo fijo inevitable en la demanda judicial, los reclamos menores muchas veces no son presentados por las partes damnificadas, a menos que puedan agruparse y presentar una demanda conjunta. Esta posibilidad existe en los Estados Unidos, donde un abogado puede presentar el caso ante el juez, y si éste cree que tiene suficiente mérito, lo designa como representante de la "clase" (o grupo) damnificada.

76. Ello es así por cuanto el representante legal y el demandado tienen la posibilidad de acordar indemnizaciones que, en apariencia, son elevadas (justificando altos honorarios), pero que, en la práctica, son casi inexistentes (véase Kahn y Urbiztondo [1991]).

77. Véase Thomason (1991). Esta alternativa no se encuentra abierta en el caso argentino, donde toda acción legal frente a Tribunales debe estar firmada por un abogado. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que los litigios laborales en los Estados Unidos se rigen de acuerdo con el "Workers Compensation System", consistente en una estandarización de los casos, logrando un menor costo de transacción (menor dificultad en la resolución del litigio) a costa de una menor flexibilidad para acomodar casos particulares.

78. Esto deja de lado potenciales problemas de "autoselección", donde los trabajadores que tienen más confianza (fundada) en el resultado de su demanda evitan incurrir en el costo de la representación legal, siendo éste (y no la ineficiencia del representante legal) el motivo de la diferencia de compensación observada.

79. Si bien en este último caso la regulación de honorarios se asemeja a la de un honorario contingente mientras que en los casos restantes también existe un componente de horas trabajadas en su determinación, este mayor costo no puede atribuirse a la comparación de los sistemas de retribución al representante legal, sino que seguramente está vinculado con la mayor dificultad de los casos contenidos.

80. Debe notarse que en los Estados Unidos existen penalidades severas y efectivas para los abogados que litiguen irresponsablemente, y a pesar de ello se presentaría un mayor número de demandas bajo el sistema inglés. En la Argentina, los problemas potenciales son mayores porque las penas no se aplican con frecuencia.

81. Esta última cifra, sin embargo, debe ser interpretada con cuidado, ya que los miembros del Poder Judicial también participan en la solución de aquellos casos finalmente acordados entre las partes, lo que lleva a que el costo promedio del Poder Judicial efectivamente incurrido en los casos resueltos sin acuerdo entre las partes se encuentre en un valor intermedio entre US\$ 523 y 4.755.

82. Esto es debido a la regulación de honorarios de varios abogados participantes (y a pesar de lo establecido por el artículo 10 de la ley 21.839 que establece que a los fines de la regulación de honorarios sólo se computará la participación de un solo representante legal si hubieren actuado conjuntamente).

83. Atento a que la incidencia en los porcentajes promedio presentados en el cuadro 7 de los casos de mayores montos es mayor, debe tenerse en cuenta el

sesgo potencial en la composición de la muestra en lo que respecta a la frecuencia real de casos con montos como los contabilizados aquí. Así, por ejemplo, la muestra disponible para el fuero civil no contiene ninguna demanda rechazada, lo que tiende a subestimar el costo de representación legal (ya que el costo de representación legal de dichos casos es positivo, pero la sentencia es cero).

84. En particular, se consideró la frecuencia de casos con diversos montos en el fuero civil presentada en la tabla A.16 de dicho trabajo. En esta tabla se indican rangos en dólares de 1985; los valores de los intervalos fueron corregidos teniendo en cuenta la inflación acumulada entre 1985 y 1994. Además, se tuvo en cuenta la relación PBI per cápita en ambos países (3,1 veces mayor en los Estados Unidos), corrigiendo hacia abajo los intervalos correspondientes. Como resultado, se supuso la siguiente frecuencia de juicios en los fueros civil y comercial de la Argentina:

Monto del caso	Frecuencia
+ de \$ 39.174	1%
\$ 19.587 - \$ 39.174	2%
\$ 7.835 - \$ 19.587	8%
\$ 3.917 - \$ 7.835	14%
\$ 1.959 - \$ 3.917	15%
\$ 392 - \$ 1.959	50%
\$ 0 - \$ 392	11%

Finalmente, puesto que la muestra de FIEL no contiene casos con demandas rechazadas en el fuero civil, se construyó un caso hipotético suponiendo que los costos legales del mismo coinciden con los costos legales promedio (ponderando por las frecuencias calculadas anteriormente) del resto de las demandas contabilizadas en la muestra.

85. Esta estimación corresponde a suponer que los costos legales incurridos por las empresas cuando éstas actúan como demandantes son iguales a los incurridos por otros individuos en ese rol, y que el porcentaje de fallos positivos es el 50%. Así, puesto que un fallo siempre es favorable para una parte y desfavorable para la otra, y que siempre que hay una parte demandante hay una parte demandada, los costos totales de litigar surgen de promediar los costos incurridos por las empresas en las primeras dos filas. El cálculo de estos valores, por otro lado, se realiza tomando como definición de gasto total a la sentencia neta de los costos legales ante fallos favorables al demandante (14% en el fuero civil y 20% en el fuero laboral, correspondientes al promedio de los honorarios pagados cuando el fallo es positivo) más los gastos legales totales (excepto la tasa de justicia, excluida en las tablas anteriores).

86. Este valor fue estimado con información de Rand (1980). Los gastos de expertos están incluidos en los gastos de representación legal en la muestra original.

87. Lo que constituye un costo adicional incurrido por el sistema judicial pero no reflejado en los costos privados de litigar.

88. Sin embargo, más allá de las dificultades referidas al intentar explicar la

causa de la diferencia de costos, la comparación es de por sí interesante e informativa. Más aún, suponiendo que los precios relativos de los distintos insumos son equivalentes en ambos países, considerar la participación de los distintos componentes del costo de acceso a la justicia entre sí elimina el problema de los niveles absolutos en los precios de los mismos. Además, si los precios de esos insumos son proporcionales a los montos compensatorios juzgados, la participación total de los mismos sobre la indemnización es un indicador del costo global del sistema.

# Capítulo III

## SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE DISPUTAS: SU APLICACION EN LA ARGENTINA

### III.1. INTRODUCCION

En el seno de la sociedad los conflictos son resueltos de una u otra manera, con menor o mayor grado de satisfacción, con menor o mayor efectividad. A su vez, el objetivo de la política pública se orienta a fomentar la utilización de mecanismos legal, cultural, ética y moralmente válidos de acuerdo con la concepción de justicia que prevalezca. La garantía de acceso a la justicia subyace en ese objetivo, su lógica elimina como deseables en nuestra sociedad, por ejemplo, la resolución de conflictos por medio de la venganza, la sumisión de una de las partes a la voluntad de la otra, o el abandono. En cambio, la política pública establece la conveniencia de recurrir a la utilización de los servicios del Poder Judicial, en cualquiera de sus formas, o a acuerdos resarcitorios entre las partes a partir de una relación de igualdad jurídica.

En ese sentido, facilitar el acceso a la justicia tiene un sentido más amplio que el implicado por facilitar el acceso al Poder Judicial. Efectivamente, la elección entre distintas formas ética y moralmente aceptadas de resolución de conflictos debe basarse en algún criterio de optimalidad que permita su comparación. Un criterio extremo es el de elegir la forma que sea más efectiva y eficaz, independientemente de su costo para los participantes directos e indirectos (por ejemplo, para el resto de la sociedad). Otro criterio extremo sería elegir aquella que fuese menos costosa independientemente de su eficacia. Una tercera posibilidad, más satisfactoria, es la de elegir la forma que minimiza el costo de resolver un conflicto con una efectividad determinada. El problema es, entonces, determinar el grado de calidad deseado para la resolución de los distintos tipos de conflictos, eligiendo en cada caso el método que lo logre al menor costo posible, y adecuando globalmente, a su vez, la calidad deseada de acuerdo con la restricción que significa la escasez de recursos.<sup>1</sup>

Este camino hacia métodos alternativos de acceso a la justicia ha comenzado a ser transitado durante las últimas décadas en distintos países,

destacándose entre ellos los Estados Unidos, donde ya existe una extensa literatura orientada a evaluar los resultados obtenidos. En la Argentina, se ha dado comienzo recientemente a este tipo de iniciativa.

El objetivo de este capítulo es discutir las ventajas y desventajas de los distintos mecanismos alternativos de resolución de disputas (RAD) dentro del marco de análisis que sugieren los párrafos precedentes, con énfasis particular en *la mediación y el arbitraje*. Estos dos mecanismos son de interés por distintas razones. Por un lado, al ser dos mecanismos con características bien diferenciadas resulta más fácil comparar las ventajas relativas. Por otro, la evidencia disponible sobre la experiencia norteamericana en ambos aspectos resulta de utilidad para juzgar la conveniencia de las propuestas legislativas que han aparecido en los últimos años en la Argentina. En ambos casos, se analizan con exclusividad los *programas públicos* en la materia.

### III.2. DESCRIPCION DE LAS DISTINTAS FORMAS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

Existen distintas formas, alternativas a la jurisdiccional, de resolver disputas desde una posición de igualdad entre las partes, entre las que pueden citarse la Evaluación Neutral Temprana (Early Neutral Evaluation), el Juicio Breve No Definitorio (non-binding Summary Jury, o Bench Mini Trial), la Mediación, el Arbitraje, etc. De acuerdo con Goldberg, Green y Sander (1985), estas distintas formas pueden agruparse de acuerdo con siete categorías dependiendo de: el grado de voluntariedad en el acceso, el grado de compromiso con el resultado, la identidad del tercero, el grado de formalidad, la naturaleza del proceso, la naturaleza del resultado, y la publicidad o no del mismo. En lo que sigue se hará referencia a la mediación y al arbitraje, que son las formas alternativas más difundidas en los hechos.

Como se señaló anteriormente, y aunque ello no implica que no existan diferencias dentro de cada uno de los grupos de sistemas alternativos mencionados en el párrafo anterior, las características principales de la mediación y el arbitraje son claramente diferenciables. La mediación es un método no-confrontativo, donde las partes intentan junto con el mediador –quien no necesariamente debe ser abogado– llegar a una solución que satisfaga a ambas. El rol del mediador es estimular a las partes para que éstas logren un acuerdo negociado, pero sin emitir una opinión sobre los méritos del asunto. El arbitraje, en cambio, sí es confrontativo, y requiere la conducción de un profesional de la justicia, pero la resolución privilegia la expeditividad e informalidad por sobre el reaseguro del debido procedimiento. Se provee un juicio neutral basado en el mérito del asunto en base a una audiencia semiformal.

Antes de profundizar sobre ellos, resulta conveniente plantear las siguientes cuestiones que hacen a la discusión sobre las características y

virtudes de los mismos. En primer lugar, debe definirse cuáles son los tipos de conflictos (relacionados con distintos derechos) admisibles de ser resueltos en base a estas formas y cuáles no lo son. En segundo lugar, la utilización de estos sistemas puede ser voluntaria (por elección de ambas partes) u obligatoria (en base a una decisión del juez), en sede judicial o fuera de ella, y terminal o con posibilidad de apelación para pasar a una instancia ulterior (superior).

En lo que se refiere al alcance de estos métodos, el criterio se asocia con el grado de interés que la sociedad en su conjunto demuestre sobre la forma en que dicho conflicto es resuelto (es decir, sobre las externalidades del mismo). Si, por ejemplo, se tratase de un caso criminal en el fuero penal, no sería admisible –una vez establecido el conflicto– que una persona fuese condenada sin un procedimiento que asegurase un grado de error mínimo en el veredicto. Tampoco sería admisible la compensación monetaria a la víctima directa, ya que la sociedad en su conjunto se ha visto atacada. Por otro lado, tratándose de un conflicto comercial, existiría un marcado menor interés por parte de la sociedad sobre la forma en que las partes resuelven los términos del arreglo.

Con referencia a la forma específica que tomará la resolución alternativa del conflicto una vez que el caso haya sido presentado a la justicia, una alternativa es que las partes elijan todas y cada una de las características del proceso al que se someten. En ese caso, sería una cuestión de definición absolutamente privada –sujeto a que exista acuerdo entre las partes– determinar quiénes serán los participantes (por ejemplo, árbitro, mediador, representantes, etc.), el lugar físico en el que se realizará la audiencia, las posibilidades que quedan abiertas en caso de no aceptar el resultado de esta instancia, etc.<sup>2</sup> Otra alternativa es que sea el juez, en base a su criterio, quien realice esa elección. Una tercera opción es que cada tipo de conflicto se encuentre tipificado para poder acceder a sólo un tipo de sistema de RAD, ya sea como opción o como obligación.

Como puede anticiparse fácilmente, cada una de estas alternativas tiene sus ventajas y desventajas, y en muchos casos las mismas obedecen a motivos vinculados a la característica retrospectiva o prospectiva del conflicto. En estos últimos las partes están destinadas a interactuar con posterioridad al fallo, presentándose como ventajosos los sistemas no confrontativos como la mediación. En otros, las ventajas y desventajas se vinculan con el deseo de asegurar los derechos de defensa en el juicio, brindando la posibilidad de apelación del fallo; y con la confianza en la capacidad de los individuos para determinar fehacientemente cuál curso de acción es el conveniente a sus intereses, siendo aconsejable la determinación por parte de juez (o en forma estatutaria), cuando la decisión involucre una tarea muy costosa en términos de tiempo y estudio.

Las formas alternativas mencionadas sólo son deseables si resultan superiores a la resolución jurisdiccional existente, ya sea en la calidad de la solución (por ejemplo, la mediación de conflictos familiares), en el costo de resolución (arbitraje en conflictos comerciales o contractuales),

o en ambos. La observación o no de estas ventajas, asimismo, no se ve garantizada si no se presta sumo cuidado a los incentivos de comportamiento de las distintas partes intervinientes. En ese sentido, debe cuidarse no sólo el incentivo que la legislación le otorgue a mediadores y árbitros, sino también a representantes legales (que son quienes mayor influencia tienen sobre las partes actoras para determinar los distintos cursos de acción en las diversas instancias abiertas). Ciertos elementos que hacen a una mayor calidad de la resolución por estos métodos alternativos, tales como la confidencialidad que tiene la mediación, en cuanto a privacidad por un lado, pero también en cuanto a brindar la posibilidad de evaluar con mayor objetividad (por parte del mediador) la posible evolución de una acción legal al tiempo que acota la posibilidad de que un representante legal aconseje cursos de acción contrarios a los intereses de su cliente; el mayor grado de acatamiento espontáneo de las partes; la preservación de relaciones entre partes destinadas a interactuar en el futuro, etc., junto con el costo de estas alternativas, deben estar en el centro del análisis para considerar una correcta política pública hacia el sector.

Finalmente, estas prácticas, lejos de ser entendidas como “sustitutas”, deben ser consideradas “complementarias” a la jurisdiccional, pues su conveniencia reside en ser el mecanismo más efectivo para la resolución de conflictos con características particulares, y su existencia no debe ser promovida con el fin de aliviar la carga de tareas del aparato judicial, ya que la demora resolutoria es sólo un aspecto del costo de la justicia.<sup>3</sup>

### III.3. DATOS DE LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Tanto la mediación como el arbitraje son formas de resolución de conflictos que provienen de larga data, y que adoptan formas muy variadas en distintos países y en distintos momentos de la historia en el desarrollo de las naciones. Así, existen antecedentes de la mediación en sociedades primitivas, típicamente encarnados por los “juzgados de paz” o “de causas menores”. En lo que hace al arbitraje, muy difundido en el comercio internacional y en la resolución de los conflictos limítrofes entre naciones, son cada vez más las empresas que incluyen cláusulas contractuales que prevén el sometimiento de sus potenciales diferencias a un árbitro.<sup>4</sup> El grado de extensión en el uso de los RAD está acotado por la existencia de “costos de transacción” –en este caso asociados con la prevención de los posibles conflictos e imprevistos en una relación, acordando de antemano la forma en que se los resolverá–, e incentivado por la carencia de una oferta judicial desde el Estado.

A continuación se hará referencia a la experiencia internacional de las políticas públicas dirigidas a brindar la posibilidad a las partes de sortear los costos de transacción aludidos para poder acceder a formas resolutorias más expeditivas y menos confrontativas, superiores en cierto tipo de

conflictos. En ese sentido, a continuación se comentan datos globales de la experiencia en los países latinoamericanos, y datos más específicos de la experiencia en los Estados Unidos.

#### *América latina*

Una encuesta contestada por 12 países latinoamericanos, que fue realizada en oportunidad del Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas (Buenos Aires, 7-10 de noviembre de 1993), indicó que, si bien el arbitraje y la conciliación están contemplados en la mayoría de esos países, su uso es mucho menos frecuente.

En el 80% de los países, los métodos legislados son la conciliación y el arbitraje, mientras que en el 20% restante también se incluye la mediación. Existe consenso en que su grado de aplicación es bajo, debido a la falta de difusión (60%), desconocimiento y desconfianza (30%), o a causas no conocidas (10%). El 20% de los países cuentan con algún tipo de programa destinado a difundir e implementar los métodos alternativos; hay un 40% que no tiene ninguno, otro 40% donde estos programas se encuentran en elaboración, y el 80% responde a iniciativas públicas.

En el ámbito gubernamental se recurre a los métodos alternativos en el 60% de los países (80% aplican la conciliación y 20% el arbitraje). En el 70% de los países los contratos suelen incluir alguna cláusula de Resolución Alternativa. El 60% de las respuestas considera que sería conveniente la creación de un Sistema de Resolución Alternativa de Disputas anexo al tribunal y a cargo de mediadores, árbitros, etcétera, aunque el 20% responde negativamente. Los beneficios principales asignados a la RAD son la disminución del tiempo de resolución, la descongestión de los tribunales, y la reducción de costos. Estos programas están apoyados por: (i) organismos internacionales (29%); (ii) agencias gubernamentales extranjeras (21%); (iii) Poder Ejecutivo (21%); (iv) Poder Judicial (14%); (v) organizaciones privadas (7,5%); y (vi) organizaciones no gubernamentales (7,5%).

#### *Estados Unidos*

La extensión de la mediación y el arbitraje en los Estados Unidos se destaca largamente por sobre el resto de los países del continente. Si bien reconoce sus orígenes en ese país en los años 1970, la actividad pública al respecto puede identificarse con la sanción del “Dispute Resolution Act” en el año 1980, donde se dispuso la elaboración de un programa de resolución de controversias en el Departamento de Justicia para su posterior implementación en los Distritos Federales. El Congreso reconoció el valor del arbitraje anexo a la Corte en 1988, cuando autorizó la continuación de diez programas piloto ya existentes y sugirió la instauración de diez programas adicionales, aunque voluntarios, en tantas otras cortes a selección del Judicial Conference of the United States (los casos que califi-

can para dichos programas son los de montos inferiores a US\$100.000), cuyos resultados deberían ser evaluados por el Federal Judicial Center. Esta autorización caducó en noviembre de 1993, pero fue extendida hasta diciembre de 1994, y su situación, al momento de escribir este trabajo, es indefinida.

En 1980, 18 estados tenían algún tipo de programa de resolución de disputas; en 1990, existían 1200 a lo largo de todo el país, conectados con tribunales estatales y federales. De las 175 Facultades de Derecho reconocidas, menos de 25 tenían clases sobre resolución de disputas hace 10 años; en los 90 más de 150 tienen esos cursos; en las Facultades de Negocios y Administración la cantidad asciende a 200. Las asociaciones profesionales de resolución de disputas han visto crecer la cantidad de sus asociados. La Asociación de Profesionales para la Resolución de Disputas (SPIDR) incrementó de 300 a 1700 el número de miembros durante la década del 80. De manera similar, la Asociación Americana de Arbitraje creció de 4700 en 1980 a 7000 miembros en 1990. Y de la misma manera, la Academia de Mediadores de Familia, creada en 1981, creció de 348 miembros a más de 1100 al finalizar la década. En 1980 no había ningún comité de resolución de disputas en los colegios de abogados; en 1990 había por lo menos 157. Los Centros de Justicia Vecinal crecieron de 80 que había en 1980 a 400 en 1990, sin contar los Centros de atención al Consumidor, o los que atienden problemas de alquileres y otros servicios específicos, lo que superaría con creces esa cantidad. En los últimos 10 años más de 600 empresas y sociedades han firmado compromisos de usar los servicios de resolución alternativa de disputas que se ofrecen, por ejemplo, desde el Center for Public Resources (C.P.R.) con sede en Nueva York. Más de 250 casos han sido resueltos a través del foro de arbitraje.<sup>5</sup>

Una evaluación de esta expansión,<sup>6</sup> con respecto al arbitraje anexado a los tribunales, indica que este tipo de arbitraje se distingue del tradicional (practicado en disputas comerciales y laborales) en el hecho de que las partes, ante un fallo arbitral que no sea satisfactorio desde su punto de vista, tienen el derecho de apelarlo y obtener un nuevo juicio (un juicio *de novo*), independientemente de si el paso por esta instancia es voluntario u obligatorio. En la práctica el derecho de solicitar un juicio *de novo* es ejercitado con distinta frecuencia, con tasas de rechazos entre un mínimo del 10% y un máximo del 75%, aproximadamente. Los casos que son remitidos a arbitraje por el juez son eminentemente casos civiles, muchos de los cuales no se hubiesen presentado para un litigio en la Corte, y de complejidad creciente. La eficiencia del arbitraje anexado a la Corte está más asociada con la reducción de la proporción de casos que son resueltos por fallo judicial que en la mejora en el procesamiento del caso (se registran sólo modestas reducciones en el tiempo de resolución de casos).<sup>7</sup> La justicia del arbitraje es entendida de acuerdo con lo que el árbitro hace y decide, y no necesariamente se basa en las reglas y procedimientos. Además, la experiencia del árbitro es la variable explicativa de mayor sig-

nificancia respecto de la justicia de su accionar. No existe evidencia de que los participantes o sus abogados perciban al arbitraje como una justicia de segunda clase, sino todo lo contrario. El arbitraje obligatorio significa una oportunidad adicional para las partes con el fin de recibir un consejo sobre la adjudicación en base a méritos, en forma temprana y con un costo relativamente bajo, cuando de otra manera sus opciones sólo hubiesen sido llegar a un acuerdo o ir a juicio. Incluso, cuando el fallo es apelado y se solicita un juicio *de novo*, más de la mitad de los participantes y abogados no consideran al arbitraje como una pérdida de tiempo. Aproximadamente el 70% de los abogados estima que el arbitraje logra abaratar los costos incurridos en la resolución del conflicto. Sólo algunas veces se logra una reducción en el tiempo de resolución de casos; por otro lado, el arbitraje parece no generar una mayor demora (ni tampoco una reducción) en la resolución de los casos con demandas *de novo*. Algunos programas de arbitraje de hecho aumentan el tiempo de resolución judicial, porque inducen un retraso en la decisión de lograr acuerdos entre las partes hasta después de que el conflicto haya sido arbitrado, ya que de esta forma las partes tienen la oportunidad de "hacer oír su caso". Los programas anexados a la Corte tienden a reducir la carga de trabajo de los jueces, de acuerdo con la opinión generalizada de ellos mismos.

Con respecto a la comparación entre los programas obligatorios y voluntarios se ha difundido la idea de que resulta preferible que el arbitraje sea voluntario y no obligatorio, ya que en caso contrario se correría el peligro de que las partes sientan resentidos sus derechos de obtener un juicio pleno. Sin embargo, bajo arbitraje obligatorio los participantes tienen la posibilidad, si tuviesen una causa fundada, de evitarlo si éste fuese ineficiente o inapropiado para el caso. Además, tienen la posibilidad de solicitar un juicio *de novo* luego del arbitraje, y retienen el derecho de ir a juicio.<sup>8</sup> Nótese que casos con montos inferiores a US\$ 100.000 difícilmente hubiesen justificado su resolución con un juicio convencional, y por lo tanto el arbitraje constituye una nueva oportunidad (económicamente viable) y no una barrera. La experiencia muestra que los problemas que enfrentan los programas voluntarios para atraer y retener casos son mayores cuanto más recaiga en las partes la iniciativa de acceder a los mismos. Una de las explicaciones de la baja utilización de los programas voluntarios es que los litigantes (y sus abogados) están acostumbrados al proceso de litigio convencional, y no quieren señalar a sus adversarios el deseo de lograr un compromiso. Una última ventaja de los programas obligatorios es que ayudan a lograr una masa crítica de casos para costear los requerimientos de infraestructura y soporte administrativo necesarios para su funcionamiento en forma razonable.

Por su parte, la *mediación* anexada a los tribunales ha surgido como una extensión de los tribunales de menor cuantía. Se caracteriza por ser de carácter voluntario, y aunque se ha encontrado evidencia de que con su utilización se obtiene un mayor grado de aceptación del acuerdo y que, posteriormente, las relaciones entre las partes son mejores, la posibilidad

de que la elección sea voluntaria introduce un potencial sesgo en esas estadísticas, ya que los casos más factibles de ser resueltos amigablemente aparecen como los que de hecho son mediados (autoselección). También se le atribuyen ventajas para la solución de conflictos entre individuos que interactúan en el tiempo. Por ejemplo, un estudio realizado en las cortes de menor cuantía del estado de Maine (Estados Unidos) registra que la mediación recibe una alta calificación especialmente entre litigantes que tuvieron una relación previa a la disputa. Otro estudio observó que la elección de las partes respecto de ir a mediación y no a otro sistema más adjudicativo depende positivamente de si los litigantes tuvieron relaciones previas al conflicto. También vale la pena remarcar que los procedimientos orientados a obtener resultados de compromiso (“repartir la diferencia”) no necesariamente son vistos como más justos. MacCoun, Lind y Tyler (1992) señalan que en el momento de llevar el conflicto a la justicia los demandantes han aprendido a ver su caso como una cuestión de principios por la que requieren justicia plena (no un compromiso) razón por la cual demandan sistemas menos flexibles. Por último, un estudio de O’Barr y Conley (1988) señala que la orientación legal estricta de los jueces hace que éstos no siempre consideren los asuntos que son de mayor interés para los litigantes.

En síntesis, la experiencia norteamericana con el arbitraje y la mediación anexados a la Corte indica un alto grado de satisfacción de las partes intervinientes, tanto porque proveen un mecanismo más barato como porque el tipo de solución se ajusta mejor a las características del conflicto y porque ofrecen una oportunidad adicional para resolver conflictos de menor cuantía, aunque no necesariamente se verifica una reducción en el tiempo de su resolución (contabilizando aquellos que no resultan en un acuerdo entre las partes y que solicitan juicios *de novo*). Asimismo, la experiencia indica la posibilidad de que estos mecanismos sean coercitivos (aunque con válvulas de escape), puesto que de esa forma quedan de lado las consideraciones estratégicas de las partes tendientes a no demostrar una voluntad negociadora para no debilitar sus posturas.

#### III.4. ARGENTINA: LEGISLACION ACTUAL Y PROPUESTAS DE MODIFICACION<sup>9</sup>

La legislación argentina contempla la aplicación de la conciliación, la mediación y el arbitraje como formas de resolución de conflictos alternativas a la jurisdiccional, aunque en muchos casos son consideradas formas “anormales” de conclusión de un litigio.

##### *Conciliación y mediación*

En lo que se refiere a la conciliación, los acuerdos conciliatorios celebrados entre las partes ante el juez<sup>10</sup> y homologados por éste tienen auto-

ridad de cosa juzgada, y los jueces tienen la potestad de convocar a las partes para intentar una conciliación en base a fórmulas que no supondrán prejuzgamiento.<sup>11</sup> En los juicios de divorcio, de nulidad de matrimonio, y de alimentos y litisexpensas, la convocatoria a conciliación por parte del juez es obligatoria.<sup>12</sup> En los hechos, sin embargo, dicha práctica es sólo parcial, en gran medida debido a que la conducción de los procesos es generalmente delegada en los secretarios u otros funcionarios subalternos.<sup>13</sup>

La incorporación de la mediación dentro de la normativa argentina, por otro lado, es mucho más reciente. En 1992 se declaró a la mediación “de interés nacional”, creándose un cuerpo de mediadores en el ámbito del Ministerio de Justicia.<sup>14</sup> Se establecen como principios rectores la voluntariedad de las partes, la informalidad del procedimiento, su confidencialidad, su alcance (procesos judiciales y extrajudiciales) y el carácter propositivo y no resolutivo de la tarea del mediador, y se excluyen del ámbito de la mediación todas las cuestiones penales.<sup>15</sup> Asimismo, el Ministerio de Justicia puede iniciar experiencias piloto en Tribunales de Primera Instancia de cada fuero (especialmente en el civil).

El Ministerio de Justicia de la Nación implementó diversos programas (como el Programa Social de Servicio Jurídico y Formación Jurídica Comunitaria, con la creación de Centros Barriales de Consulta, Conciliación y Arbitraje en varios puntos de la Capital Federal) dirigidos a divulgar la conciliación como forma de resolución de conflictos, con el fin de lograr una descongestión del sistema de justicia ordinaria y desalentar la litigiosidad.

Durante 1993 y 1994, en el Poder Legislativo se consideraron proyectos que introducen la RAD explícitamente, entre ellos el llamado “Proyecto Barra”.<sup>16</sup> Este proyecto introdujo la mediación anexada al Tribunal en forma obligatoria para todas las causas –excepto las penales, aspectos no patrimoniales de las acciones de divorcio y familiares, procesos de incapacidad e inhabilitación, causas donde participe el Estado, recursos de amparo, medidas cautelares, concursos preventivos y quiebras, causas del fuero laboral, etc., y todas aquellas que el juez decidiese en contrario–, asignándose mediadores por medio de un sorteo entre aquellos abogados que sean habilitados a tal efecto por el Ministerio de Justicia, los que deberán actuar al sólo efecto de facilitar la comunicación entre las partes, sin forzar un acuerdo entre las mismas y guardando la confidencialidad de su actuación, mientras que su remuneración –reglamentada– integrará las costas del juicio.<sup>17</sup>

La evaluación de esta iniciativa indica, en primer lugar, que al establecer la obligatoriedad de la mediación, implícitamente se entiende que la ineficiencia que significa remitir a la mediación casos que no son mediables es menor que la que resulta cuando es el juez quien deja de remitir casos que sí lo son, o menor que la ineficiencia resultante por la no comparecencia espontánea de las partes en caso de dejarles abierta la posibilidad de esta alternativa a su voluntad. En segundo lugar, la parte de-



mandada toma conocimiento de la acción en su contra al ser llamada a la audiencia de mediación, y cuenta con menos de dos meses para preparar su defensa (ya que la gestión no puede extenderse por más de 2 meses a partir de que las partes establezcan contacto con el mediador, por lo que se encuentra en una situación de desventaja que también la induce a rechazar una posible solución en la mediación. En tercer lugar, restringir a la profesión legal la posibilidad de actuar como mediador –tal como se establece en la ley– no parece razonable, ya que otros profesionales pueden tener ventajas para tratar algunos conflictos (industriales, familiares, etc.), quienes al menos deberían poder desempeñarse como comediadores.<sup>18</sup> En cuarto lugar, en contraposición con el requerimiento de confidencialidad que debe cumplir el mediador –por el cual no puede utilizar en contra de alguna de las partes la información que le fue confiada en las audiencias–, el proyecto sólo lo limita a no asesorar o patrocinar a cualquiera de las partes por el término de un año luego de terminada la gestión.

Por último, el aspecto de los honorarios generó ásperas polémicas. Según el proyecto, los honorarios del mediador se reducían en un 50% cuando la gestión no prosperara, así como también se prevenía la posibilidad de que el Ministerio de Justicia premiara a los mediadores en función de la cantidad de acuerdos que hubiesen alcanzado, y los incentivaba, en base a un indicador parcial sobre la calidad y eficacia de su gestión, a forzar la aceptación de las partes de su propio criterio, desvirtuando la esencia misma de la mediación. Esto, a su vez, se traduciría en menores tasas de respeto de los acuerdos, y en un menor grado de satisfacción y de resolución de la relación posterior entre las partes. Aunque se rescata el interés por premiar el buen desempeño de los mediadores, la variable elegida parece inapropiada, y podría obedecer al objetivo de descongestionar los tribunales, sin percibir que ello no necesariamente se logra si el mayor número de acuerdos no es luego respetado. Una alternativa para resolver este problema de “agencia” se ofrece en la sección final de este trabajo.

Finalmente, prosperó la idea de una retribución fija (art. 21 de la ley 24.573) abonada por las partes. En caso de fracaso los honorarios serán abonados por un fondo de financiamiento con cargo a los gastos por costas del litigio.

### Arbitraje

En el derecho argentino el arbitraje se considera una institución de naturaleza jurisdiccional, donde los fallos dictados por el árbitro son equivalentes a las sentencias de fondo judiciales, pero carecen de poder coercitivo para hacer cumplir sus decisiones.

El Código Procesal y Civil de la Nación contempla distintas formas de “juicio arbitral”: a) *arbitraje juris*, sujeto a normas formales y resolución fundada en derecho; b) *arbitraje de amigables componedores*, procedimiento informal donde priman consideraciones de equidad; y c) *pericia ar-*

*bitral*, donde los peritos actúan como árbitros, especialmente en cuestiones fácticas, siempre que la ley remita a este procedimiento.

Como regla, toda cuestión entre partes (excepto los asuntos de estado civil o derechos no patrimoniales indisponibles) puede ser sometida a un arbitraje, antes o después de ser deducida en juicio, tanto en base a un convenio contractual (compromiso) como mediante una demanda formal al juez para que se constituya un tribunal arbitral, entendiéndose, en caso de no haberse especificado otra cosa, que las partes se someten a un juicio de amigables componedores. El arbitraje institucional (realizado por instituciones y no por personas físicas), aunque no está prohibido, tampoco está contemplado en el Código vigente.

Los árbitros deben ser letrados sólo cuando se trate de arbitrajes *juris*, y les está prohibido aceptar nombramientos de amigables componedores a los jueces y funcionarios del Poder Judicial; las partes pueden designar uno o tres árbitros y convenir el procedimiento a seguir y sólo se da por terminado el compromiso si mediara acuerdo entre las partes o si hubiera caducidad de la instancia por no haberse emitido un fallo en el tiempo previsto por las partes (o por el juez, quien podrá prorrogarlo si la demora respondiese a causas fuera del control arbitral).<sup>19</sup>

En cuanto a los juicios de amigables componedores, la esencia de los mismos es que el laudo obedecerá al “leal saber y entender” de aquéllos, dentro del plazo acordado (como máximo tres meses desde su constitución). El laudo no es recurrible, pero las partes podrán demandar su nulidad dentro de los cinco días, si se hubiese pronunciado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos.

Si bien es cierto que los árbitros y amigables componedores tienen facultades para pronunciarse acerca de la imposición de las costas dentro del régimen común de atribución en el ordenamiento procesal, como también sobre la aplicación de multas previstas en el compromiso, tanto sus honorarios como los del secretario del tribunal, abogados y demás profesionales que hayan intervenido serán regulados por el juez competente.

Cabe señalar que, a pesar del renovado interés que hoy existe sobre el arbitraje, su utilización en la Argentina es muy limitada. En ese sentido, la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, primera institución con tribunales arbitrales en el país, tramita anualmente sólo una decena de casos, mientras que la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires es la más exitosa con un caudal de 70 causas tramitadas por año. Por ese motivo, existen varios proyectos de modificación de la legislación de fondo, que favorecen la utilización generalizada de las soluciones arbitrales, fundamentalmente institucionales, e introducen disposiciones novedosas referidas al arbitraje laboral (se prevé que en el convenio colectivo de trabajo las partes podrán optar por la constitución de un tribunal arbitral laboral, competente para la resolución de conflictos colectivos de trabajo, cuyos laudos serán finales e inapelables).

### III.5. ALGUNOS DATOS SOBRE LA EXPERIENCIA ARGENTINA

La experiencia argentina se ha recopilado en estadísticas preliminares del Centro de Mediación del Ministerio de Justicia, en funcionamiento en la Capital Federal desde 1994. Estas estadísticas contienen un primer relevamiento de los casos tratados por los mediadores del Centro durante el período 01-06-94 al 08-02-95.<sup>20</sup>

El cuadro 1 presenta las estadísticas de los casos ingresados al Centro de Mediación que son derivados por los jueces de la justicia ordinaria. El 67% de las causas ingresadas en un período de 8 meses fueron resueltas en la mediación y en las que continuaron pendientes luego de ese plazo, la demora se explicaba, en gran medida, porque alguna de las partes no había concurrido a las audiencias convocadas.

Si se analiza la forma en que finalizaron los casos enviados por los jueces, el cuadro 2 indica que en la mitad de ellos, aproximadamente, se logró un acuerdo entre las partes, el porcentaje es algo mayor cuando se trató de conflictos familiares.

En lo que respecta a las causas que fueron ingresadas espontáneamente por las partes, es decir, sin que una de las partes haya entablado previamente una demanda judicial, las estadísticas relevantes se presentan en los cuadros 3 y 4, a continuación. Como puede verse allí, la concurrencia de las partes es significativamente menor cuando una de ellas

Cuadro 1  
MEDIACION: EXPERIENCIA PILOTO<sup>1</sup>  
Estado de los casos al 8-2-95

	Juzgado de familia		Juzgado patrimonial		Totales	
Ingresadas	31	100,0%	83	100,0%	114	100,0%
Finalizadas	21	67,7%	55	66,3%	76	66,7%
En proceso	3	9,7%	10	12,0%	13	11,4%
Suspendidas	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
No mediables	1	3,2%	4	4,8%	5	4,4%
No concurrió a primera audiencia	5	16,1%	9	10,8%	14	12,3%
No concurrió a segunda audiencia	1	3,2%	5	6,0%	6	5,3%

1. Correspondiente al Centro de Mediación del Ministerio de Justicia, casos remitidos por jueces.

Cuadro 2  
MEDIACION: EXPERIENCIA PILOTO  
Acuerdos logrados

	Juzgado de familia		Juzgado patrimonial		Totales	
Finalizadas	21	100,0%	55	100,0%	76	100,0%
Con acuerdo	12	57,1%	27	49,1%	39	51,3%
Sin acuerdo	9	42,9%	28	50,9%	37	48,7%

solicitó la audiencia que cuando es el juez quien lo hace (cuadro 3 vs. cuadro 1). En contraste, el grado de acuerdos logrados en las causas que finalizaron es significativamente mayor que en los casos de la experiencia piloto (el 77% vs. el 51%), sugiriendo que cuando existe la certeza de que al menos una de las partes está previamente dispuesta a participar en un proceso de mediación, la posibilidad de que se logre un acuerdo es mayor, siempre que la otra parte acceda a concurrir a la audiencia, lo que ocurre con menor frecuencia en estos casos que en los que convoca el juez.

Si se considera la totalidad de los casos finalizados en el Centro de Mediación, el cuadro 5 indica que el porcentaje de acuerdos logrados en los conflictos familiares es algo mayor que el obtenido cuando los conflictos son patrimoniales, ubicándose el promedio alrededor del 60%.

Aun suponiendo que todas las causas que no fueron resueltas durante el período de 8 meses considerado tampoco lo serán luego –supuesto por demás pesimista–, las estadísticas preliminares indican que 72 de 221 conflictos (el 33%) son resueltos en esta instancia y, por ende, no implican gastos adicionales al Poder Judicial, con lo que la conveniencia, desde el punto de vista de la reducción de los costos soportados por el Estado, quedaría asegurada si el insumo de recursos públicos por caso mediado fuese inferior al 33% del costo respectivo de un juicio ordinario. Por otro lado, el 33% de los participantes pudieron aprovechar la posibilidad de resolver sus conflictos en un plazo muchísimo menor que el correspondiente a un juicio ordinario. La mejora en términos de confidencialidad y de restauración de relaciones entre las partes indica, también, ventajas de la calidad. Nótese que el efecto final sobre la congestión judicial producto de la introducción de la mediación en los conflictos de familia y patrimonial podría no significar una reducción de las demandas presentadas, ya que es posible que al contar con esta alternativa más ágil y eficiente más individuos decidan presentarse a la justicia.

En síntesis, los datos disponibles sugieren una mejora en la calidad de justicia disponible una vez que estos mecanismos alternativos estén en pleno funcionamiento.

**Cuadro 3**  
**MEDIACION: CASOS DE PRESENTACION VOLUNTARIA**  
**Estado de los casos al 8-2-95**

	Juzgado de familia		Juzgado patrimonial		Totales	
Ingresadas	58	100,0%	49	100,0%	107	100,0%
Finalizadas	26	44,8%	17	34,7%	43	40,2%
En proceso	3	5,2%	3	6,1%	6	5,6%
Suspendidas	3	5,2%	3	6,1%	6	5,6%
No mediabiles	2	3,4%	1	2,0%	3	2,8%
No concurrió a primera audiencia	19	32,8%	22	44,9%	41	38,3%
No concurrió a segunda audiencia	5	8,6%	3	6,1%	8	7,5%

**Cuadro 4**  
**MEDIACION: CASOS DE PRESENTACION VOLUNTARIA**  
**Acuerdos logrados**

	Juzgado de familia		Juzgado patrimonial		Totales	
Finalizadas	26	100,0%	17	100,0%	43	100,0%
Con acuerdo	18	69,2%	15	88,2%	33	76,7%
Sin acuerdo	8	30,8%	2	11,8%	10	23,3%

**Cuadro 5**  
**TOTALES DE ACUERDOS DEL CENTRO DE MEDIACION**

	Juzgado de familia		Juzgado patrimonial		Totales	
Finalizadas	47	100,0%	72	100,0%	119	100,0%
Con acuerdo	30	63,8%	42	58,3%	72	60,5%
Sin acuerdo	17	36,2%	30	41,7%	47	39,5%

### III.6. CONCLUSION Y PROPUESTA

El objetivo central de este capítulo ha sido presentar, dentro del contexto del razonamiento económico, las distintas formas de resolución de disputas alternativas a la jurisdiccional, entendiendo que cada una de ellas ofrece una combinación de costo, celeridad, confidencialidad y direccionamiento temporal que le asignan ventajas relativas en distintas circunstancias. Si bien es cierto que esto es entendido por muchos científicos sociales, vale la pena enfatizarlo una vez más, y desde otra perspectiva, con el fin de evitar que los mismos se utilicen con fines equivocados, tales como la reducción de la carga de los tribunales, la que en todo caso será una consecuencia secundaria de una mayor disponibilidad de alternativas que se ajusten mejor a los distintos tipos de conflictos existentes.

Esta línea general de razonamiento ha sido avalada al revisar los resultados observados en la experiencia internacional, los que indican un alto grado de satisfacción de las partes en la mediación y arbitraje anexo a la Corte, pero también un alto grado de reticencia a la utilización voluntaria de estos sistemas alternativos, dando lugar a que sea el sistema público quien organice y derive las causas a los mismos. La forma en que ello ocurra, sin lugar a dudas, enfrenta como riesgos la utilización excesiva de estos métodos (si todas las causas son automáticamente derivadas a la mediación o al arbitraje) o el costo de selección y la discrecionalidad por parte de juez (si es él quien determina caso por caso cuáles son las causas que deberán someterse primero a esos sistemas alternativos), siendo seguramente deseable –al menos mientras no se cuente con una infraestructura y personal suficiente– soportar este último.

Por otro lado, al revisar la legislación argentina al respecto, puede verse que tanto la conciliación (mediación practicada por el juez) como el arbitraje se encuentran contemplados en la misma desde larga data –si bien como formas “anormales” de conclusión de un litigio–, aunque sólo recientemente se ha comenzado una tarea legislativa importante tendiente a extender su uso, incorporando a la mediación, dentro del Poder Judicial.

En defensa de la obligatoriedad de estos sistemas alternativos, aunque sólo para algunos tipos de conflictos –asuntos de familia, cuestiones de vecindad, arrendaticios, mercantiles, y en general relaciones duraderas–, se encuentran no sólo los resultados de la experiencia norteamericana sobre el tema, sino también el reconocimiento de que existe una inercia al cambio entre los participantes. Así por ejemplo, los abogados, con un nuevo rol más compositivo que confrontativo, podrían requerir un período de aprendizaje, que la práctica obligatoria de la mediación favorecería.

Finalmente, hay algunos aspectos importantes –especialmente desde el punto de vista del análisis económico– que no deben ser descuidados al implementar la mediación y el arbitraje en la Argentina y que están vinculados al contexto competitivo que se establezca en el “mercado de la mediación”.

En primer lugar, es necesario prestar atención a la forma en que se

determinan los honorarios de los mediadores y árbitros, y al financiamiento de las instituciones que prestan estos servicios. Al respecto, resulta natural que, de la misma forma que la resolución jurisdiccional de conflictos se financia parcialmente vía rentas generales en función de las externalidades generadas y que al igual que los jueces que no son premiados por el tipo de fallo que emiten, también ocurra otro tanto con la mediación y el arbitraje.

En segundo lugar, las ventajas en menores costos que se le asignan a la mediación podrían diluirse si únicamente fuesen los centros públicos los que recibiesen causas derivadas desde los juzgados –ya que en ese caso no existen motivos para esperar una burocratización de los mismos menor que la del resto del sistema público– o si el financiamiento de los centros de mediación privados estuviese vinculado con sus tamaños relativos.<sup>21</sup>

En tercer lugar, hay un aspecto que está íntimamente relacionado con los dos anteriores y se centra en diseñar un mecanismo para que, en la búsqueda de maximizar beneficios, los centros de mediación habilitados no tiendan a ofrecer soluciones ineficientes. En ese sentido, una alternativa correcta para transmitir incentivos a los mediadores es que su accionar contribuya a crear una buena reputación entre los clientes, lo que seguramente sea factible –dada la baja frecuencia con que cada individuo toma parte en conflictos judiciales– en la mediación institucional (la institución se prestigia por la opinión –consultada en forma anónima– de quienes han tenido experiencia como partes con la misma, y es la institución –en forma descentralizada– la que se encarga de diseñar el esquema de incentivos para sus mediadores). De esta manera, sujeto a la confidencialidad que deben mantener sobre cada caso tratado en particular, los centros de mediación habilitados recibirían clientes que, debido a la disposición del juez, deben elegir entre alguno de ellos –si existiese acuerdo entre las partes, o por sorteo en caso contrario– de acuerdo con los antecedentes de su accionar. En ese sentido, un buen “récord” sobre porcentaje de arreglos, aceptación posterior de los mismos por parte de los clientes, tiempo de resolución, características principales de los acuerdos, etc., diferenciando los distintos tipos de conflictos tratados, constituiría el indicador de calidad de los centros, los que a su vez podrían competir en cuanto a los costos de sus servicios (posiblemente por debajo de cierto techo fijado por la autoridad pública, como un requerimiento adicional para ser habilitados y sumarse a la oferta “pública” de justicia).<sup>22</sup> El rol público en ese caso contendría la importante tarea de verificar que la información brindada sea correcta y que no viole la confidencialidad de los acuerdos individuales. De este modo, entonces, el problema de “agencia” sería resuelto de la mejor forma posible (aunque no pueda ser eliminado) y se evitaría el riesgo de burocratización de los centros de mediación públicos.

## NOTAS

1. En la evaluación de estas soluciones debe tenerse en cuenta cómo se afecta a terceras partes, no necesariamente presentes al momento de entablar la demanda. Así, puede considerarse totalmente lícito que dos individuos elijan libremente (dentro de los procedimientos legales) cómo dirimir sus diferencias sólo si esa solución no es lesiva para algún otro miembro de la sociedad (si no genera externalidades). En caso contrario la tarea del Estado consiste en asesorar a los individuos sobre la forma conveniente de resolución del conflicto y, eventualmente, establecer cualquiera de ellas como la única admisible. El Estado, es en último término el representante de los intereses de esos terceros ausentes, y debe por ello imponer un ámbito y mecanismo de resolución de conflictos que impida obviar los mismos.

2. Así enunciada, esta alternativa es sólo tal en términos abstractos, ya que supone la inexistencia de costos de transacción emergentes al acordar la definición de cada una de las variables relevantes (que son precisamente los que conducen a la radicación de la demanda en primera instancia). Por ello, en la práctica, cuando se permite la determinación voluntaria, debe acotarse el menú de opciones abiertas a los individuos (en caso de elegir el arbitraje, se establece el grado de compromiso a respetar lo resuelto por el fallo, el número de árbitros, etcétera).

3. Como ya se mencionara, la demora judicial no es necesariamente un signo de ineficiencia.

4. Ver Freyer (1990). La existencia espontánea de estos métodos es un indicador de que constituyen mecanismos en alguna medida superiores al jurisdiccional.

5. Estas cifras corresponden a la presentación de la doctora Gladys Stella Alvarez (jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil), en el Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas, realizado en Buenos Aires en el año 1993.

6. Véase Hanson, Keilitz y Daley (1991); Schawarzer (1993), y MacCoun, Lind y Tyler (1992).

7. En el Condado de Fulton (Georgia), el porcentaje de litigios resueltos con un fallo judicial es del 7% para los casos sometidos a arbitraje y 19% para un conjunto comparable de casos iniciados antes de la puesta en marcha del programa de arbitraje, mientras que en el Condado de Hillsborough (New Hampshire), estas tasas son del 7% y del 11%, respectivamente. Estas reducciones no fueron observadas en otros condados adyacentes sin programas de arbitraje.

8. Si bien algunos programas imponen una pequeña penalidad –igual a los honorarios del árbitro, que son de alrededor de US\$ 250 por audiencia–, a quienes apelen la decisión del árbitro y no logren mejorar su posición en un juicio de novo, no se ha encontrado evidencia de que constituya una barrera significativa para acceder a un juicio luego del arbitraje, fundamentalmente debido a su insignificancia respecto de los costos a incurrir en el nuevo juicio.

9. Esta sección hace uso extensivo de la discusión provista en Jassán y Bielsa (1994).

10. Art. 309 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

11. Art. 36 (apart. 2, a).

12. Art. 34, inc. 1 y art. 639.

13. Además de la conciliación intraprocesal, el Ministerio de Trabajo tiene atribuciones en la composición de los conflictos laborales, alcanzándose (según algunas estadísticas parciales reportadas por Jassán y Bielsa [1994]) un 40% de soluciones conciliadas. Recientemente (Ley 11.453 de 1993) se ha creado, aunque aún no está en funcionamiento, la figura del Consejero de Familia, funcionario letrado del Poder Judicial que asume el rol de conciliador en la etapa previa del proceso contencioso.

14. Decreto 1480/92. Resolución Ministerial N° 1183/92. Resolución M.J. 535/94.

15. Como señalan Alvarez y Gaibrois (1991), la mediación tiene una ventaja importante por sobre la conciliación en el hecho de que no es el juez quien intenta un acercamiento entre las partes (como sí ocurre en la conciliación), debido a que –si bien la proposición de fórmulas conciliatorias no implica prejuzgamiento–, su accionar se ve limitado en su rol de componedor, para no dar lugar a una mala interpretación de las partes sobre su opinión personal respecto del caso.

16. Lleva el nombre del Ministerio de Justicia.

17. Aprobado por ley 24.573.

18. Esta posibilidad se contempla en la Resolución Ministerial M.J. 535/94.

19. Además, las partes pueden interponer recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces (pagando una multa) salvo que hubiesen sido renunciados en el compromiso. La renuncia no se aplica para los recursos de aclaratoria y de nulidad si se fundase en “falta esencial del procedimiento”, haber fallado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, o autocontradictoriamente. Si el proceso se hubiese sustanciado regularmente y la nulidad fuese únicamente del laudo, el juez pronunciará (a petición de parte) sentencia, que será recurrible por aplicación de las normas comunes.

20. La experiencia en las justicias provinciales es aún más reciente, siendo la más avanzada la de la provincia de Santa Fe. En ninguna de ellas, a principios de 1995, se había superado aún la etapa de capacitación de los jueces, abogados y otros oficiales del Poder Judicial.

21. Una posibilidad que surge al diseñar el esquema de financiamiento de los centros de mediación –pero ausente entre las alternativas de remuneración a los jueces por la intangibilidad constitucional de sus haberes– es asignar a los mediadores que los conforman un presupuesto fijo (revisado periódicamente, por ejemplo, en función del número de casos tratados, aunque no fuesen resueltos), a partir del cual se pagarían todos los gastos operativos, de personal, etc. de los mismos. De esta manera, serían los propios mediadores quienes evitarían la burocratización

de los centros públicos, ya que sus ingresos netos surgirían de la diferencia entre el presupuesto del centro y los gastos antes mencionados (por ejemplo, los mediadores pasarían a ser los “reclamantes residuales” del funcionamiento de cada centro). En definitiva, esto no es otra cosa que intentar replicar en este nuevo –y por ello aún flexible– ámbito público un elemento esencial de la operatoria de las organizaciones privadas.

22. El hecho de que exista una dificultad –como ocurre con cualquier costo de transacción– para que las partes acuerden en la elección del mediador, como ya se comentó anteriormente, no implica que la legislación no les otorgue la posibilidad de hacerlo. Por otra parte, si la reputación de los centros de mediación fuese la de favorecer especialmente a alguna de las partes (por ejemplo, a los hombres en los divorcios), éstas no podrán lograr un acuerdo en la elección, y el centro sólo recibirá causas por sorteo, reduciéndose así la rentabilidad de su operatoria.

**PARTE 2**  
**ANALISIS ECONOMICO**  
**DEL CONTENIDO**  
**DE LA LEGISLACION**

## Capítulo IV

### LA LEY DE QUIEBRAS

#### IV.1. INTRODUCCION

En julio de 1994 la Argentina se aprestaba a modificar la Ley de Quiebras.

Este hecho provee un material de invaluable utilidad a los fines de estudiar, en el marco del análisis de la economía de la regulación, los efectos generados por la reforma de una legislación de amplia relevancia económica.

La economía de la regulación analiza al gobierno desde la perspectiva de la teoría de precios y la economía positiva; el centro de interés de la misma lo constituyen el estudio de los efectos económicos inducidos por las diversas leyes y regulaciones, y el análisis de los factores que llevan a la sanción de una legislación, los cuales usualmente no se encuentran asociados a la corrección de imperfecciones del mercado sino a la redistribución de riqueza.

La economía de la regulación se origina a principios de la década del setenta en la Universidad de Chicago, donde algunos economistas (por ejemplo, George Stigler, 1971; Richard Posner, 1974 y Sam Peltzman, 1976) iniciaron la desafiante tarea de construir una teoría general capaz de proveer condiciones que favorezcan la existencia de grupos de presión exitosos, y explicaciones de las tácticas empleadas por los diversos grupos de interés frente a las distintas políticas susceptibles de ser adoptadas por el gobierno. Desde entonces, el *Journal of Law and Economics* ha publicado los hallazgos empíricos, las explicaciones de la adopción y el funcionamiento, y el análisis de los efectos generados por un increíble número de legislaciones.

El presente capítulo se encuentra inspirado en ese espíritu. La próxima sección se dedicará a justificar, desde un punto de vista de la eficiencia económica, la existencia de una Ley de Quiebras; se analizarán los objetivos que la misma debería cumplimentar y los efectos indeseados que es susceptible de generar. La tercera sección evaluará las modificaciones

introducidas por la reforma oficial. Finalmente, la cuarta sección propondrá una legislación alternativa de una sola fase<sup>1</sup> que privilegia el rol jugado por el mercado, y estudiará la economía política del problema con el objetivo de explicar por qué no es usual la implementación de una legislación como la propuesta.

### *La regulación sobre quiebras: motivación y objetivos*

#### *¿Por qué debe existir una Ley de Quiebras?*

Esta pregunta, ingenua a primera vista, constituye el centro de interés de la primera parte de la presente sección. Supóngase qué sucedería en una economía en la que no rigiera una Ley de Quiebras y donde una empresa enfrentara un horizonte desalentador porque la aparición de un producto competidor del que comercializa provoca que el precio baje y que sus costos variables superen al precio a cualquier nivel de producción. En este escenario, en el que los ingresos no cubren los costos, resulta claro que la empresa debe cerrar y vender la totalidad de sus activos; de esta forma se eliminará una empresa económicamente ineficiente y, por ende, sus recursos podrán ser utilizados con mayor productividad en alguna otra actividad. Si la empresa tuviese sólo un dueño ésta sería la solución que se observaría y no existirían incentivos para generar costos sociales de ningún tipo, dado que una empresa económicamente inviable sería liquidada tal como lo enseña la teoría microeconómica.

Si por el contrario, la empresa descripta posee distintas categorías de propietarios –accionistas y varias clases de acreedores– se establece la posibilidad de generar diversas ineficiencias. En primer lugar, se consideran las ineficiencias asociadas a las posibles conductas adoptadas por el deudor y los acreedores frente a la liquidación de la empresa; estas conductas generan dos tipos de conflictos:

- Conflictos de interés entre el deudor y los acreedores.
- Conflictos de interés entre los diversos acreedores.

A los fines de tipificar dichos conflictos se analizan algunos ejemplos ilustrativos.

#### *Conflictos de interés entre el deudor y los acreedores*

Supóngase que la empresa económicamente inviable decide cerrar y liquidar sus activos en beneficio de los accionistas, no respetando las obligaciones contraídas con los acreedores. Resulta claro que los acreedores podrían intentar prevenir este tipo de conducta mediante cláusulas contractuales que los protejan; por ejemplo, requerir garantías reales sobre los préstamos otorgados, representadas por los activos de la empresa. Sin embargo, esta estrategia generará costos al obligar a los acreedores a mo-

nitorear el accionar de la empresa durante el proceso de liquidación, para iniciar una acción legal en caso de verificarse una conducta incompatible con dichas cláusulas. Obviamente, existirán también costos procesales representados por los honorarios profesionales y los costos asociados al uso de los servicios provistos por el Poder Judicial. En síntesis, el riesgo de este tipo de escenario generará costos de transacción que se verán reflejados en el encarecimiento del crédito.

La Ley de Quiebras contempla este tipo de conflicto al sustraer al deudor el control de la empresa durante el proceso de liquidación, mediante la designación de un encargado del enajenamiento de sus activos. Por lo tanto, la ley genera beneficios sociales por la reducción de costos de transacción, y al permitir el uso de los recursos empleados por las distintas partes involucradas en actividades productivas.

#### *Conflictos de interés entre los diversos acreedores*

La distribución de los activos entre los acreedores. El problema de los recursos de propiedad común (“common pool”).

Otras razones que explican la existencia de este tipo de legislación pueden hallarse en el accionar potencial de los diversos acreedores deseados de hacer respetar sus derechos frente a la expectativa de que el valor resultante de la liquidación de la empresa no resulte suficiente para responder plenamente a la totalidad de las obligaciones.

Una ilustración extrema de este hecho es la posibilidad de un acuerdo fraudulento entre el acreedor y el deudor. Por ejemplo, en el caso de que la deuda de la empresa sea de US\$ 1.000.000, y la deuda con el mencionado acreedor de US\$ 200.000, si el valor de los activos de la empresa es de US\$ 500.000, el acreedor podría ofrecer comprar los activos por un monto de hasta US\$ 300.000, dado que podría luego revenderlos y cobrar su deuda. De igual forma, los accionistas favorecerían este tipo de acuerdo puesto que recuperarían parte de su inversión. Este tipo de escenario incrementaría el riesgo que enfrentan los acreedores y les generaría gastos directos para iniciar acciones legales si se detecta este tipo de acuerdo, y, por ende, nuevamente se incrementaría el costo del crédito.

Es posible ilustrar casos menos extremos, en los que no se verifiquen conductas fraudulentas. Por ejemplo, de no existir la Ley de Quiebras los acreedores deberán tomar precauciones por un eventual caso de insolvencia. Este hecho generará conflictos entre los acreedores, que multiplicarán los gastos de monitoreo de la empresa, dado que cada acreedor deberá evitar ser aventajado por el resto; también se verificará la iniciación de numerosas demandas judiciales independientes al conformarse el escenario de insolvencia. En la carrera por hacer respetar sus derechos, los acreedores provocarán el rápido desmantelamiento de la empresa, reduciéndose el valor total obtenido, y, en consecuencia, el monto a distribuir. Esta característica de una liquidación rápida y asistemática se conoce como el problema de los recursos de propiedad común (“common pool”).

Como fue mencionado en el punto anterior, la Ley de Quiebras separa



al deudor del control de la empresa durante el proceso de liquidación, con lo que se impiden conductas fraudulentas, y establece un mecanismo de liquidación de la empresa que protege su valor frente a los reclamos de los acreedores, y estipula por anticipado las reglas que regirán la distribución de activos en caso de insolvencia. La ley elimina, en consecuencia, los incentivos de los acreedores para ser los primeros en hacer valer sus derechos en el caso en que se produzca el cierre de la empresa y reduce los costos sociales emergentes de esa posibilidad.

#### *Los problemas del oportunista*

En un escenario en el que el valor de los activos de la empresa económicamente inviable es inferior al total de las obligaciones contraídas por ésta, una conducta racional, por parte de los accionistas, es abandonar la empresa dado que no obtendrán resarcimiento alguno mediante el proceso de liquidación. Por su parte, los acreedores tendrán interés en llevar a cabo un plan de liquidación que maximice el monto a cobrar. Esta estrategia como se verá enfrentará problemas, que serán mayores cuanto mayor sea el número de acreedores. Por ejemplo, considérese que durante el proceso de liquidación resulta indispensable el pago de un alquiler. De no efectivizarse el mismo, los bienes de la empresa deberán ser trasladados a un gran costo, lo que disminuirá el monto a ser percibido por los acreedores. El grupo de acreedores, con el interés en común de obtener el mayor retorno posible en el proceso de liquidación, debería coordinar sus esfuerzos para el pago del alquiler, aportando cada uno de ellos parte del efectivo necesario. Si los acreedores conforman un grupo homogéneo y numeroso, cada acreedor especulará que al ser su aporte a la solución del problema del alquiler muy pequeño, éste se solucionará aun en el caso en que él decida desistir del mismo y que, por lo tanto, con su contribución o sin ella, obtendrá el beneficio de maximizar el monto de la liquidación.

Así, en un grupo de acreedores homogéneo y numeroso, ninguno de ellos tendrá incentivos para abonar parte del alquiler, esperando que otro lo haga. Esta conducta, conocida como “el problema del oportunista” (“free rider”) generará costos por la reducción del monto resultante del proceso de liquidación percibido por los acreedores.

La Ley de Quiebras toma en cuenta este tipo de problema, al otorgar preferencia a los créditos ocasionados en la conservación, administración y liquidación de los bienes del concursado.

#### *Protección contra el riesgo ético (moral hazard)*

Si el valor de los activos de la empresa económicamente inviable es inferior al total de las obligaciones contraídas por la misma, los accionistas podrían abandonar la empresa dado que no obtendrán resarcimiento alguno mediante el proceso de liquidación.

Otra estrategia factible podría ser continuar con la actividad de la empresa mediante financiamiento adicional. Los accionistas cuentan con fuertes incentivos para elegir esta vía de acción, escogiendo políticas de

gestión sumamente riesgosas; al fin y al cabo, de producirse la liquidación de la empresa no percibirían retorno alguno, mientras que de continuar con la explotación existe la posibilidad (remota) de recuperar parte de su inversión. En todo caso, cualquier pérdida adicional será soportada solamente por los acreedores.

La Ley de Quiebras contempla este tipo de conflictos, usualmente denominados “problemas de riesgo ético (*moral hazard*)”, dado que una vez que la quiebra es sancionada el deudor no puede tomar ninguna decisión adicional que vaya en perjuicio de los acreedores, los que quedan resguardados, así, de este tipo de conducta. Pero esta protección no es completa, pues se vuelve operativa tan sólo cuando comienza el proceso de quiebra.

En una empresa con una alta proporción de deuda existen importantes incentivos para que se produzcan problemas de riesgo ético mucho antes de que la quiebra se vuelva inevitable; este caso será analizado más adelante.

En síntesis, podría argumentarse que la Ley de Quiebras no es imprescindible, dado que efectos similares a los inducidos por esta ley pueden generarse a través de cláusulas incorporadas en los contratos llevados a cabo entre deudores y acreedores. La Ley de Quiebras puede ser interpretada como un contrato estándar, que reduce considerablemente los costos de transacción al evitar que deudores y acreedores deban negociar sobre un evento altamente improbable al momento de cada contrato. Por otra parte, evita que los acreedores incurran en gastos asociados a la posibilidad de que se verifique dicho evento, incluyendo la demanda de los servicios de la administración judicial. Dado que los recursos ahorrados pueden utilizarse en fines productivos alternativos, se concluye que la existencia de una Ley de Quiebras resulta económicamente eficiente y, por ende, socialmente deseable.

## IV.2. OBJETIVOS DE LA LEY DE QUIEBRAS

Como se ha visto, una adecuada Ley de Quiebras debe sustraer al deudor el control de la empresa durante el proceso de liquidación; debe establecer un mecanismo de liquidación de la empresa que proteja el valor de la misma frente a los reclamos de los acreedores; y debe explicitar por anticipado las reglas que regirán la distribución de activos en caso de quiebra.

Sin embargo, éstos no son los únicos objetivos que debería satisfacer la Ley de Quiebras. Un objetivo de primer orden, en cuanto a la eficiencia de esta legislación, es generar las condiciones para que empresas económicamente viables pero financieramente insolventes permanezcan en actividad; y, simétricamente, las condiciones para que aquellas empresas económicamente inviables cierren y sean liquidadas.

Desde el punto de vista de la eficiencia económica, una empresa debe ser liquidada, es decir, debe cerrar y vender sus activos, si el valor espe-

rado de sus ingresos netos, de continuar en actividad, es inferior al valor esperado del ingreso neto, de liquidar sus activos a destajo en forma inmediata. Esta regla debería ser seguida por los responsables de la empresa fuera del proceso de quiebra, o por quien tome las decisiones durante ese proceso.

A su vez, la Ley de Quiebras establece que el proceso debe comenzar cuando se cumplan ciertos requisitos, usualmente sintetizados por la caracterización de la insolvencia (entendida como una situación en la cual el deudor no es capaz de cumplir con sus obligaciones). Un criterio operativo, aunque no legal, consiste en asumir que la empresa se vuelve insolvente cuando su valor es inferior al valor de su deuda, pues de lo contrario podría obtener financiamiento adicional.

Por lo tanto, resulta posible establecer dos criterios no necesariamente coincidentes:

- Criterio de viabilidad económica; utilizado para determinar la conveniencia del eventual cierre y liquidación de la empresa.
- Criterio de solvencia financiera; utilizado para determinar si la empresa debe ingresar en el proceso de quiebra.

El siguiente cuadro sintetiza las posibilidades que se generan al aplicar estos criterios:

Cuadro 1  
CRITERIOS PARA DETERMINAR LA INSOLVENCIA  
Y/O INVIABILIDAD DE UNA EMPRESA

	R > L	R < L
D < V	La empresa no se encuentra en quiebra y debería continuar en operaciones.	La empresa no se encuentra en quiebra pero debería ser liquidada.
D > V	La empresa se encuentra en quiebra pero debería continuar en operaciones.	La empresa se encuentra en quiebra y debería ser liquidada.

Donde:

R = Valor esperado de los ingresos netos de la empresa si la misma continúa en actividad.

L = Valor esperado del ingreso neto resultante de vender los activos de la empresa a destajo en forma inmediata.

V = Max {R, L} = Valor de la empresa.

D = Valor de la deuda de la empresa.

Fuente: Herbert Hax, 1985.

Si se lee el cuadro horizontalmente se comprueba que es posible que una empresa no se encuentre en una situación de insolvencia ( $D < V$ ), pero que simultáneamente resulte económicamente inviable, puesto que el valor de la misma en funcionamiento es menor que el eventual valor resultante de su liquidación ( $R < L$ ). Ante este escenario, desde el punto de vista de la eficiencia económica, sería conveniente el cierre de la empresa y la reasignación de sus recursos productivos.

Similarmente, es posible que una empresa que se encuentra en quiebra ( $D > V$ ) no sea económicamente viable ( $R < L$ ) y, por ende, resulte eficiente su cierre e inmediata liquidación; pero también es factible que la empresa sea insolvente pero económicamente viable ( $R > L$ ), resultando económicamente eficiente su continuación en actividad. En este caso, la quiebra debería ser interpretada tan sólo como una transferencia de derechos de propiedad y no como una decisión de liquidar la empresa como unidad operativa. Nótese que la liquidación es una forma de transferir los derechos de propiedad, pero no la única.<sup>2</sup>

Este último escenario no implica necesariamente que la empresa sea económicamente viable en el largo plazo; por ejemplo, puede darse el caso de una empresa que posea capital específico que no tiene un uso alternativo en otra actividad, entonces a la empresa le convendrá continuar en operación (siempre que el precio que recibe supere a sus costos de producción) hasta la obsolescencia de su capital específico. Bajo este escenario aun si la empresa se encuentra en estado de insolvencia ( $D > V$ ), y por lo tanto ha dado comienzo el proceso de quiebra, no resultará eficiente su cierre e inmediata liquidación pues es económicamente viable en el corto plazo ( $R > L$ ).

¿Por qué es necesario que la Ley de Quiebras induzca la permanencia en operaciones de empresas insolventes pero económicamente viables? ¿Por qué el deudor y los acreedores usualmente no llegan a un acuerdo antes de verificarse la cesación de pagos? La respuesta una vez más se vincula al problema del oportunista.

Retomando el ejemplo inicial en el que en el sistema económico no existe una Ley de Quiebras, una empresa que enfrenta mayor competencia observa una reducción en su demanda tal que sus costos de producción promedio, que incluyen los costos (fijos) generados por la deuda, son mayores que el precio de su producto. Sin embargo, este precio cubre el costo promedio de producción directos.

Desde un punto de vista económico, resulta claro que la alternativa óptima a seguir consiste en continuar produciendo en el corto plazo, dado que  $R > L$ , y en el largo plazo evaluar la posibilidad de reestructurar la empresa, tal que si como resultado de dicha reestructuración es posible obtener beneficios se permanezca en el mercado o de lo contrario se cierre.

A primera vista no existe razón alguna para que el deudor y los acreedores no acuerden voluntariamente una solución que permita evitar la liquidación de la empresa, por ejemplo, la capitalización de la deuda. Esta

permitiría que ambas partes obtuvieran un mayor retorno que el resultante de la liquidación inmediata. Sin embargo, no se puede descartar la aparición de incentivos al oportunismo que diluyan las posibilidades de llegar a un acuerdo. Por ejemplo, si dicho acuerdo es convalidado por todos menos un acreedor, este último obtendrá el beneficio de cobrar la totalidad de sus derechos sin pagar el costo de acceder a una reducción de los mismos. Dado este hecho existe un incentivo para que cada acreedor desee imponer costos al resto, y por lo tanto es probable que jamás se lleve al acuerdo.

Una Ley de Quiebras económicamente eficiente debe contemplar este tipo de problemas, generando las condiciones para que una empresa pueda reorganizarse si la misma es económicamente viable, a pesar de ser financieramente insolvente.

La relevancia de este criterio de eficiencia queda reflejada en el escenario usual provisto por los países en vías de desarrollo. Ese escenario se caracteriza por una insuficiente distinción entre empresas y dueños; una empresa puede llegar a ser insolvente, a pesar de ser económicamente viable, por la ineficiente administración de sus propietarios. En este caso sería socialmente óptimo que la empresa evite ser liquidada mediante el reemplazo de su cuerpo gerencial.

#### *La existencia de efectos indeseados*

Sin embargo, la ley debe ser muy cuidadosa pues puede generar condiciones que permitan la continuación en actividad no sólo de empresas insolventes pero económicamente viables, sino también de empresas insolventes e inviables.

¿Por qué razones podría presentarse este escenario?

A los fines de responder esta pregunta imagínese ahora una sociedad en la cual existe una Ley de Quiebras y donde una empresa enfrenta un horizonte desalentador dado que la aparición de un bien sustituto ha generado una reducción en su demanda tal que los costos medios superan al precio a cualquier nivel de producción (se asume por simplicidad que no existe capital específico). La teoría económica sugiere que la empresa debería cerrar y ser liquidada, dado que resulta económicamente ineficiente.

Sin embargo, los incentivos privados pueden diferir de los sociales a la hora de decidir el futuro de esta empresa; este hecho surge con claridad del análisis de dos escenarios extremos:

- El control del proceso de quiebra se encuentra en manos de los gerentes y del deudor.
- El control del proceso de quiebra se encuentra en manos de los acreedores.

El primer escenario, aunque extremo, resulta relativamente común. En muchos casos la Ley de Quiebras otorga implícitamente el control del

proceso a los gerentes y a los accionistas. Un ejemplo típico lo constituye una legislación en la que tan sólo el deudor puede presentar propuestas de reorganización de la empresa; si los acreedores no las aceptan la empresa es declarada en quiebra y debe ser liquidada. En numerosas ocasiones dicha posibilidad implica que los acreedores quirografarios no privilegiados no percibirán retorno alguno por sus derechos luego del largo proceso de liquidación, al ser insuficiente el valor remanente de los activos de la empresa para satisfacer los gastos del proceso de quiebra y la deuda privilegiada. Así, los acreedores quirografarios podrían encontrarse dispuestos a aceptar cualquier propuesta del deudor que permita que la empresa siga en operaciones.

El segundo escenario, aunque menos común, también resulta factible. Se originaría con una legislación de quiebras que permitiese realizar propuestas no sólo al deudor sino también a los acreedores. En esos casos se otorga al deudor un corto período en el que tiene el derecho exclusivo de realizar propuestas. Los acreedores tienen la opción de no aceptar ninguna de ellas y proponer otras (o aun éstas) fuera del período de exclusividad. En este escenario los acreedores podrían ejercer el control del proceso de quiebra, dado que el deudor podría estar dispuesto a aceptar cualquier propuesta para evitar que la empresa sea liquidada y el valor del paquete accionario se torne nulo. Con todo, este escenario es altamente improbable dado que el problema del “oportunista” atenta contra el accionar conjunto de los acreedores.

En general se puede esperar que las diversas legislaciones de quiebras se encontrarán más cerca de uno u otro de estos escenarios externos. Resulta por lo tanto interesante examinar los efectos indeseados que esos escenarios pueden originar y los costos sociales asociados.

El primer escenario otorga el control del proceso de quiebra a los gerentes y/o al deudor. ¿Cuál es la relación existente entre ambos? En las empresas pequeñas la respuesta es simple, dado que las funciones gerenciales son usualmente ejercidas por los mismos propietarios; en consecuencia, se centrará la atención en empresas para las cuales estas funciones no se verifican.

El cuerpo gerencial de una empresa no considera plenamente los intereses de los accionistas al tomar sus decisiones, sino sus propios objetivos. Este hecho conocido como el “problema del principal-agente” implica que los gerentes serán reacios a recomendar la liquidación de la empresa aun cuando a los accionistas les convenga, pues de concretarse la misma perderían sus trabajos y se generaría un mal antecedente en sus carreras profesionales. Por lo tanto, si la decisión respecto del futuro de la empresa fuese tomada exclusivamente por el cuerpo gerencial es altamente improbable que se verifique una liquidación en forma inmediata.

Supóngase que la empresa enfrenta el escenario usual en el cual, de cerrar y ser liquidada en forma inmediata, el valor del paquete accionario es nulo; en este caso, si la empresa es liquidada los accionistas no percibirán ninguna compensación por su inversión. Por lo tanto, tendrán in-

centivos para reorganizar la empresa aun cuando el valor esperado de la misma, si es liquidada, supere el valor esperado de continuar en operaciones. En ese caso, los únicos perdedores serán los acreedores ya que los accionistas y el cuerpo gerencial coinciden en sus objetivos, y de estar en sus manos la decisión del futuro de la empresa seguramente elegirán no liquidarla en forma inmediata. Este hecho podría provocar costos sociales, pues sería factible que continúen en actividad empresas económicamente inviables.

Se analizarán con más detalle las motivaciones que enfrentan los accionistas a la hora de tomar la decisión. Supóngase primero que no existe deuda alguna, ni la posibilidad de contraerla. En este caso los accionistas tomarán la decisión económicamente eficiente, dado que decidirán continuar en actividad si el valor de la empresa como unidad productiva (R) es superior al monto neto resultante de la liquidación de sus activos (L). De lo contrario decidirán cerrar.

En el caso en que la empresa tiene deuda, no tiene la posibilidad de atraer a nuevos acreedores (financiadores) y se encuentra en estado de insolvencia ( $D > V$ ), los accionistas, quienes controlan el proceso de quiebra, deben decidir si acuerdan con los acreedores o liquidan la empresa en forma inmediata. Si la empresa continúa en actividad se generarán transferencias entre los acreedores y los accionistas. En particular, las siguientes:

#### *De los acreedores a los accionistas*

- La reducción de la deuda llevada a cabo en el proceso de reorganización. Por ejemplo, las quitas otorgadas constituyen una transferencia cierta de los acreedores al deudor.
- El valor esperado de la deuda impaga en caso de que la empresa sea incapaz de satisfacer las obligaciones estipuladas en el futuro. Por ejemplo, si la empresa no puede cumplir con sus nuevas obligaciones el proceso de reorganización culminará con su liquidación; de verificarse este hecho se producirá una nueva transferencia ya que el deudor no abonará la totalidad de la deuda reestructurada.

#### *De los accionistas a los acreedores*

- En el caso usual en que el valor del paquete accionario en el escenario de quiebra inmediata es nulo, de no liquidarse la empresa, se producirá una transferencia de los accionistas a los acreedores. Esta transferencia es motivada porque si se liquidara la empresa en forma inmediata los acreedores no percibirían la totalidad de sus derechos.

Resulta sencillo demostrar que las transferencias generadas por los dos primeros conceptos dominan a la generada por el último, y que, por lo tanto, los accionistas cuentan con un incentivo adicional, independientemente de cualquier consideración de viabilidad económica, en favor de no

solicitar la quiebra de la empresa, ya sea que el valor del paquete accionario en el escenario de quiebra inmediata sea positivo, o bien nulo.<sup>3</sup>

Dado este hecho resulta claro que si los accionistas, aun tomando en cuenta esa transferencia, deciden liquidar la empresa en forma inmediata esta decisión será económicamente eficiente, pues la empresa será necesariamente inviable; pero puede suceder que los accionistas decidan continuar en actividad a pesar de que la decisión eficiente consista en cerrar inmediatamente.

Se analizará ahora el segundo escenario, en el que el control del proceso de quiebra lo tienen los acreedores. Estos acordarán que la empresa continúe en actividad si el valor esperado de sus derechos bajo esta alternativa es mayor que el retorno que esperan obtener de una liquidación inmediata, independientemente de la eventual viabilidad económica de la empresa. Por lo tanto, bajo este escenario el curso de acción a seguir tampoco se encontrará unívocamente asociado al criterio de viabilidad.

Como se ha visto al analizar la posibilidad de que sean los accionistas quienes controlen el proceso de quiebra, si la empresa continúa en actividad se generará una transferencia de los acreedores hacia los accionistas; por lo tanto, esa transferencia provee a los acreedores de un incentivo adicional para solicitar la quiebra inmediata de la empresa, respecto de las motivaciones de viabilidad económica.

Por lo tanto, si los acreedores acuerdan con el deudor la continuación de la empresa como unidad operativa esa decisión será socialmente eficiente, dado que la empresa se juzga económicamente viable; pero si deciden liquidarla en forma inmediata no se puede descartar que la decisión sea económicamente ineficiente.

En síntesis, según quién ejerza el control del proceso de quiebra puede darse el caso de que empresas insolventes pero económicamente viables sean liquidadas; o bien, que empresas insolventes e inviables difieran su liquidación a pesar de lo que indicaría el criterio de eficiencia económica. Este hecho es ilustrado por el cuadro 2, que muestra diversas características propias de los procesos de quiebra en los Estados Unidos y en Gran Bretaña.

Cuadro 2  
CARACTERISTICAS DEL PROCESO DE REORGANIZACION

Estados Unidos	Gran Bretaña
Proceso dominado por el deudor	Proceso dominado por los acreedores
Larga duración del proceso	Corta duración del proceso
La liquidación se dilata demasiado	La liquidación es prematura

Fuente: elaboración propia.

En la legislación de los Estados Unidos el deudor ejerce el control del proceso de quiebra al encontrarse en una posición aventajada para la negociación. Durante los primeros seis meses luego de presentarse en quiebra sólo puede ser adoptado un plan presentado por él. Adicionalmente, en numerosas ocasiones cuenta con un importante elemento de presión como lo es la amenaza de transformar el proceso de reorganización (Chapter 11) en un proceso de liquidación (Chapter 7) si los acreedores no aceptan sus propuestas; amenaza efectiva dado que de procederse a la liquidación inmediata de la empresa diversas categorías de acreedores probablemente no habrían de recibir compensación alguna por sus derechos. Aun fuera del período de exclusividad el deudor queda usualmente en una fuerte posición de negociación pues los acreedores se encuentran fragmentados y mal representados, por las razones expuestas al analizarse el problema del “oportunist”.

En síntesis, una adecuada Ley de Quiebras debería evitar esta clase de efectos indeseados, los que son atenuados, por ejemplo, si se distribuye el control del proceso de quiebra entre el deudor y los acreedores.

Por otra parte, esta clase de efectos indeseados puede ser eliminada si se adopta una Ley de Quiebras de una sola fase que privilegie el rol jugado por el mercado, como se verá más adelante. Este tipo de legislación se caracteriza por generar una sola categoría de propietarios, cuyo criterio de decisión coincidirá, en consecuencia, con el de eficiencia económica.

#### *La minimización de costos sociales*

Una Ley de Quiebras ideal debería minimizar los costos sociales que puede generar; éstos pueden clasificarse en costos directos, costos indirectos y costos ex-ante.

Los costos directos de la quiebra incluyen el costo de oportunidad de la totalidad de los recursos productivos empleados durante los procesos de concurso y de liquidación; por ejemplo, el costo de oportunidad del tiempo consumido de abogados, consultores y expertos, del uso de los servicios provistos por el Poder Judicial, y de cualquier otro gasto en el cual deban incurrir los acreedores para hacer valer sus derechos. Una legislación que minimice esta clase de costos permitiría utilizar los recursos así ahorrados en la generación de bienes y/o servicios.

Los costos indirectos se hallan asociados a la pérdida de reputación de la empresa debido a que se encuentra bajo un proceso de quiebra. Este hecho puede inducir a los consumidores a satisfacer sus demandas con bienes producidos por empresas competidoras; a que los proveedores pierdan interés en una relación comercial que podría estar llegando a su final; a que los empleados inicien la búsqueda de nuevos empleos desatendiendo sus tareas, etc. En síntesis, los costos indirectos se originan en el deterioro del valor de la empresa por hallarse inmersa en un proceso de concurso-quiebra. Este deterioro puede provocar que una empresa insolvente pero económicamente viable se transforme en no viable.

Finalmente, los costos ex-ante de la quiebra se originan en las decisiones de los actores en control del proceso de quiebra. Si se decide que empresas insolventes y económicamente inviables sean reorganizadas y continúen en actividad se producirán costos sociales al dilatarse la reasignación de recursos productivos hacia fines alternativos; similarmente, de resolverse la liquidación de empresas insolventes pero económicamente viables se generarán costos sociales dada la inadecuada o prematura (en el caso de existir capital específico) reasignación de recursos productivos.

Una adecuada legislación de quiebras debe tomar en cuenta todos estos factores. En general la tendencia que se observa es alentadora, ya que distintos países han modificado sus legislaciones en esa dirección:

- acortando los plazos de las diversas fases del proceso, lo cual reduce sus costos directos e indirectos;
- atenuando el poder de los deudores, quienes usualmente controlaban el proceso, al permitir que los acreedores presenten planes competitivos; se equilibra de esta forma el control del proceso de quiebras y se reducen sus costos ex-ante.

#### *La reforma de la legislación de los Estados Unidos*

Un claro ejemplo de este hecho lo provee la reforma de la legislación en la materia llevada a cabo en los Estados Unidos durante 1979, la que

Cuadro 3  
ESTADOS UNIDOS.  
CARACTERISTICAS DE LA REFORMA DE 1979

Bankruptcy Act (previo a 1979)	Bankruptcy Code (desde 1979)
El deudor es el único que puede presentar un plan.	Los acreedores también pueden proponer planes.
El plan tiene que ser aprobado por la mayoría de los acreedores en todas las clases no aseguradas. <sup>4</sup>	El plan tiene que ser aprobado por 2/3 de los acreedores en todas las clases no aseguradas.
Los acreedores asegurados no pueden exigir los activos, y se les paga cierta renta aunque no necesariamente la acordada con la empresa originalmente.	Los acreedores asegurados también tienen derecho a votar si sus intereses son afectados.

Fuente: elaboración propia en base a Michelle White, 1984.

reemplazó el Bankruptcy Act, vigente hasta ese entonces, por el Bankruptcy Code. El cuadro 3 sintetiza las principales características de ambas legislaciones.

Bajo el Bankruptcy Act el deudor ejercía claramente el control del proceso de quiebra; este hecho llevaba a que se reorganizaran demasiadas empresas y a que se produjeran importantes costos ex-ante, al continuar en operaciones numerosas empresas económicamente inviables.

El Bankruptcy Code de 1979 tendió a nivelar el poder del deudor y los acreedores durante el proceso de quiebra al permitir a estos últimos la presentación de planes de reorganización alternativos; por otra parte, dificultó la aprobación de cualquier plan al requerir mayorías más importantes, y el consentimiento de los acreedores asegurados cuando sus intereses fueran afectados.

Por lo tanto, en términos del marco conceptual propuesto, es de esperar que la sanción del Bankruptcy Code haya reducido la cantidad de reorganizaciones llevadas a cabo. Esta hipótesis resulta sustentada por la evidencia provista en el cuadro 4.

Ese cuadro indica una tasa de pago de la deuda no asegurada claramente superior en reorganizaciones que en liquidaciones; este hecho otorgaba bajo la antigua legislación el control del proceso al deudor, pues el costo que enfrentaban los acreedores de no aceptar su propuesta era considerable. Bajo la nueva legislación, al equilibrarse el control del proceso, las liquidaciones se vuelven más frecuentes; tal como lo refleja la disminución en 13 puntos del porcentaje del total de la deuda de empresas involucradas en reorganizaciones respecto de la de aquellas empresas involucradas en ambos tipos de procesos. Esto es respaldado por el importante incremento verificado en la proporción de deuda asegurada.

En general, tal como lo refleja la información de los cuadros, empresas en liquidación tienen una mayor proporción de deuda asegurada respecto del total de activos que empresas que se reorganizan; esta característica se debe a que si el cuerpo gerencial y los propietarios de una empresa consideran que ésta será liquidada tendrán mayores incentivos para contraer deuda asegurada a los fines de continuar en operaciones fuera del proceso de quiebras.

Luego de la reforma de 1979 el porcentaje de deuda asegurada respecto de la deuda total y del total de activos, se incrementó; de ello es posible inferir que el cuerpo gerencial y/o los accionistas de las empresas perciben una mayor probabilidad de liquidación si se entra en el proceso de reorganización, o bien, si se pierde el control de la empresa durante dicho proceso, por lo que intentan continuar en operaciones fuera del mismo.

Dado que la reforma tiende a disminuir el poder del deudor y a dificultar las reorganizaciones, un menor número de empresas insolventes y económicamente inviables evitan ser liquidadas, y de ese modo se reducen los costos ex-ante de la quiebra como se muestra en el cuadro 6.

Cuadro 4  
ESTADOS UNIDOS.  
EFECTOS DE LA SANCION DEL BANKRUPTCY CODE DE 1979

Items	Bankruptcy Act (en porcentaje)		Bankruptcy Code (en porcentaje)	
	Liquidación	Reorganización	Liquidación	Reorganización <sup>5</sup>
(A)	2	36	3	32
(B)	-	48	-	35
(C)	34	18	55	36
(D)	77	20	89	48

Donde:

(A) = Tasa de pago de la deuda no asegurada.

(B) = Deuda total de las empresas en proceso de reorganización como porcentaje de la deuda total de las empresas en proceso de quiebra.

(C) = Deuda asegurada como porcentaje de la deuda total.

(D) = Deuda asegurada como porcentaje del total de activos.

Fuente: Michelle White, 1983.

Cuadro 5  
ESTADOS UNIDOS.  
CARACTERISTICAS DE EMPRESAS EN PROCESO DE QUIEBRA

Items	Liquidación	Reorganización
(A)	7,3	1,4
(B)	1,0	0,6

Donde:

(A) = Proporción de deuda total en el total de activos.

(B) = Proporción de deuda asegurada en el total de activos.

Fuente: Nancy Ames, 1983.

La tendencia a nivelar el poder de los deudores así como a acatar la duración del proceso para disminuir sus costos directos e indirectos, se evidencia en la mayoría de las reformas llevadas a cabo a partir de los '80. Las reformas de la legislación húngara de 1991 y de la legislación colombiana de 1989 son ejemplos estas tendencias.

Cuadro 6  
ESTADOS UNIDOS. COSTOS ESTIMADOS DE LA QUIEBRA  
(En miles de millones de dólares)

Item	Bankruptcy Act	Bankruptcy Code
Costos ex-post de la quiebra <sup>6</sup>	0,85	0,83
Costos ex-ante de la quiebra	14,90	9,00

Fuente: Michelle White, 1983.

### La reforma de la legislación húngara

En septiembre de 1991 fue sancionada por el Parlamento húngaro una nueva Ley de Quiebras, cuyas principales características son las siguientes:

- i) Establece dos procedimientos: reorganización, no contemplado por la antigua legislación, dado el carácter socialista del sistema económico, y liquidación.
- ii) Durante el proceso de reorganización el cuerpo gerencial de la empresa continúa controlándola.
- iii) Establece límites a las distintas fases del proceso. A su inicio, el deudor cuenta con 90 días durante los cuales sus acreedores no pueden reclamar sus derechos. Dentro de los 60 días el deudor debe presentar una propuesta que debe ser aprobada por la totalidad de los acreedores presentes en la asamblea convocada al efecto. Concluido el plazo de 90 días, el proceso, cuya duración puede ser de dos años como máximo, se transforma automáticamente en un procedimiento de liquidación.
- iv) La liquidación puede ser solicitada por el deudor o los acreedores; no existe la posibilidad de convertir el pedido de liquidación en reorganización. Sin embargo, si durante el proceso de liquidación se llega a un acuerdo entre el deudor y los acreedores, el proceso es suspendido. Para la adopción de ese acuerdo es necesario el voto del 50% de los acreedores pertenecientes a cada una de las clases, que deben representar al menos 2/3 del total de la deuda.
- v) Establece un criterio objetivo para la selección de liquidadores e incrementa considerablemente la lista de los mismos.

En síntesis, las principales modificaciones introducidas por la nueva legislación consisten en acelerar considerablemente la duración del proceso al establecer límites a las diversas fases que presenta, lo que disminuye los costos directos e indirectos de la quiebra; por otra parte, se distri-

buye el control del proceso entre el deudor y los acreedores. Por un lado, los gerentes de la empresa mantienen el control durante el proceso de reorganización y poseen un significativo poder de negociación; sin embargo, este poder es balanceado por la automática transformación del proceso de reorganización en liquidación de no llegarse a un acuerdo en 90 días. La distribución del control del proceso entre el deudor y los acreedores reduce los costos ex-ante originados por la quiebra.

### La reforma de la legislación colombiana

En mayo de 1989 se llevó a cabo la reforma de la legislación colombiana en la materia. La antigua legislación generaba un proceso de quiebra demasiado largo y costoso, lo que daba lugar a que fuese manipulado por los deudores, quienes intentaban producir retrasos y extraer concesiones de los acreedores. La reforma de mayo de 1989 acota el excesivo poder de negociación de los deudores e impone límites a las diferentes etapas del proceso. Sus resultados se ven reflejados en el cuadro 7, que indica el significativo acortamiento de los procesos iniciados luego de la reforma.

Cuadro 7  
PROCESO DE QUIEBRA EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Duración	Procesos iniciados antes de la reforma (en %) (mayo 1989 - dic. 1992)	Procesos iniciados después de la reforma (en %)
3/4 ≤ 12 meses	18	32
13-24 meses	34	28
25-48 meses	29	8
3/4 ≥ 49 meses	11	0
Inconclusos	8	32

Fuente: elaboración propia en base a datos de la Superintendencia de Sociedades.

El abaratamiento y el acortamiento del proceso de quiebra disminuyó sus costos directos e indirectos. Similarmente, la reducción del poder del deudor limita los costos ex-ante, ya que al perder el deudor el control absoluto del proceso disminuye el número de empresas económicamente no viables que logran acceder a una reorganización.

### IV.3. UN ANALISIS ECONOMICO DE LA REFORMA DE LA LEY DE QUIEBRAS<sup>7</sup>

El Poder Ejecutivo envió al Congreso un Proyecto de Ley de Quiebras destinado a reemplazar la Ley 19.551. Según las autoridades, el objetivo de la legislación propuesta es facilitar la reconversión empresarial mediante la adecuación de las empresas y de sus condiciones operativas al estado y rumbo actual de la economía. Con ese fin se privilegiaría la reconversión de empresas que quedaron descolocadas con el cambio de escenario económico que significó el plan de convertibilidad; no se intenta un salvataje indiscriminado, sino mantener las fuentes de trabajo solamente cuando las características y el estado de las empresas en crisis permita su permanencia en el mercado, y acelerar la liquidación de aquellas que no sean económicamente viables.

La presente sección se encuentra dedicada a evaluar si la nueva ley domina a la legislación en vigencia en términos de los costos directos, indirectos y ex-ante que genera. Este análisis resulta de singular importancia dado que la actual coyuntura tarde o temprano habrá de pasar, pero los costos inducidos por la ley se verificarán durante su vigencia. En dirección a dicho objetivo se analizarán, a la luz del marco de análisis desarrollado, los efectos económicos inducidos por diversas modificaciones propuestas en la nueva Ley.<sup>8</sup>

#### *Cambios generados en los costos directos*

Los costos directos de la quiebra se originan por el uso de recursos productivos durante el proceso de concurso y liquidación; como ya se indicó, esos costos incluyen el costo de oportunidad del tiempo de abogados, consultores y expertos, el uso de los servicios provistos por el Poder Judicial, y cualquier otro gasto en el cual deban incurrir los acreedores a los fines de hacer valer sus derechos.

La nueva legislación reduce los costos directos de la quiebra mediante:

- La agilización de los trámites de concurso y liquidación.
- La facilitación del uso de soluciones previas a la fase concursal.
- El establecimiento de la posibilidad de desistir del pedido de concurso.

#### *Se agilizan los trámites de concurso y liquidación*

La nueva legislación se alinea con la experiencia internacional en cuanto a activar los trámites de concurso y liquidación, mediante el acortamiento y la delimitación de la duración de las diversas etapas del proceso.

La ley anterior no preveía una duración perentoria para la realización de una empresa en quiebra, y de hecho demora considerablemente. La nueva legislación limita la duración completa del proceso de concurso y

liquidación a ocho meses hábiles. El proceso es iniciado por el deudor quien debe presentar un legajo de cada uno de sus acreedores; desde ese momento cuenta con un período de exclusividad de 30 días hábiles para ofrecer propuestas a los acreedores. Si ninguna es aceptada, los acreedores y aun terceros pueden presentar sus propias propuestas. De no encontrarse una solución se procede a la liquidación de la empresa que en principio no debe durar más de cuatro meses hábiles, luego de los cuales se habilitan dos meses para que el juez resuelva impugnaciones. De no ser ajenados la totalidad de los bienes en los cuatro meses estipulados, el síndico es pasible de ser removido.

Al acortarse significativamente la duración del proceso de concurso y liquidación se producirá un importante ahorro de recursos productivos.

#### *Se facilita el uso de soluciones previas a la fase concursal*

La nueva legislación tiende a promover el uso de soluciones a los problemas de las empresas en una fase previa a la concursal, al facilitar la utilización de acuerdos extrajudiciales con respecto al régimen vigente en el que su concreción es muy dificultosa. Para alcanzar esos acuerdos será necesario contar con la mayoría absoluta de los acreedores que representen por lo menos las dos terceras partes del total del pasivo.

Así, según la nueva ley los actos que surjan como consecuencia de un acuerdo homologado serán oponibles a la totalidad de los acreedores, incluso a los que no participaron del mismo, aunque posteriormente se decretase la quiebra del deudor. Este hecho reduce el riesgo que contraen los acreedores participantes, y tiende a facilitar la concreción de acuerdos, lo cual permitirá el ahorro de recursos productivos al evitar que las empresas ingresen innecesariamente en la fase concursal.

#### *Se establece la posibilidad de desistir del pedido de concurso*

En la legislación anterior el deudor no podía desistir de su pedido de concurso luego de la publicación de los edictos. La nueva ley, en cambio, lo permite hasta la apertura del período de exclusividad para la presentación de propuestas por parte del deudor. Para ello es necesario contar con la aprobación de la mayoría de los acreedores quirografarios, cuyos créditos deben representar al menos el 75% de dicho capital.

Esta modificación flexibiliza el desarrollo de planes informales, ahorra tiempo y dinero en los casos en que se ha llegado a un acuerdo o han variado las circunstancias que motivaron el concurso y se produce, en consecuencia, una reducción en los costos directos de la quiebra.

#### *Cambios generados en los costos indirectos*

Los costos indirectos de la quiebra se originan cuando empresas insolventes pero económicamente viables fuera del proceso de quiebra se transforman en no viables por el sólo hecho de encontrarse bajo dicho



proceso. Ello puede originar su liquidación y generar costos sociales asociados a una inadecuada reasignación de recursos productivos.

La caída en el valor de la empresa, cuando se halla en un proceso de quiebra, está asociada a la eventual pérdida de reputación, situación que se acentuará conforme se alargue el proceso, o el proceso de concurso se transforme en uno de liquidación. La reducción en el valor de la empresa puede ser tal que caiga por debajo del monto susceptible de ser obtenido en caso de procederse a su liquidación inmediata, pudiendo ocasionar que una empresa insolvente pero económicamente viable se convierta en inviable por transitar un proceso de quiebra.

La nueva legislación disminuye los costos indirectos de la quiebra mediante diversas modificaciones:

- La agilización de los trámites de concurso y liquidación.
- La facilitación del uso de soluciones previas a la fase concursal.
- El establecimiento de la posibilidad de desistir del pedido de concurso.
- El establecimiento de la posibilidad de conversión del pedido de quiebra a concurso por parte del deudor.
- La eliminación del requisito de acreditar el pago de deudas previsionales a los fines de presentarse a concurso.

Las tres primeras modificaciones ya han sido analizadas a través de sus efectos sobre los costos directos. La aceleración de los trámites de quiebra, motivada por la reducción de los plazos de las distintas fases del proceso, reduce el deterioro eventualmente sufrido por la reputación de las empresas al permanecer las mismas un menor período bajo dicho proceso.

Similarmente, al facilitarse el uso de soluciones previas a la fase concursal, y al establecerse la posibilidad de desistir al pedido de concurso, se evita que empresas insolventes pero económicamente viables entren en dicha fase; esto reduce el eventual deterioro de su reputación y, por lo tanto, el riesgo de que la empresa se transforme en no viable por el solo hecho de haber caído en cesación de pagos.

Se establece la posibilidad de conversión del pedido de quiebra a concurso por parte del deudor:

En la nueva legislación prevalece la idea de que la reestructuración de la empresa debe ser realizada en la etapa de concurso, y debe limitarse la etapa de quiebra a su rápida liquidación. Con ese fin se establece la posibilidad de conversión del pedido de quiebra a concurso por parte del deudor y se elimina el acuerdo resolutorio.

Como ya se indicó, el deudor cuenta con mayores incentivos que los sugeridos por un criterio de eficiencia económica para evitar la liquidación. Con ello se asegura que siempre que una empresa sea económicamente viable, el deudor contará con incentivos para solicitar la conversión.

La posibilidad de conversión podría reducir los costos indirectos de la

quiebra al permitir que empresas económicamente viables busquen alternativas de solución dentro de la fase concursal; esto atenuaría el deterioro en su valor por pérdidas de reputación asociadas y, por lo tanto, reduciría los costos indirectos de la quiebra.

Resulta interesante preguntarse si los costos indirectos de la quiebra podrían haber sido reducidos:

- Estableciendo que sean los acreedores quienes soliciten el concurso.
- Introduciendo la posibilidad de conversión del pedido de quiebra a concurso a solicitud de los acreedores.

En la nueva legislación, al igual que en la Ley 19.551, es sólo el deudor quien puede solicitar el concurso preventivo de acreedores. Por lo tanto, de no solicitar el deudor dicho concurso la única alternativa con que cuentan los acreedores es solicitar la quiebra.

Por otra parte, la legislación en vigencia no contempla la posibilidad de convertir un pedido de quiebra a concurso. Si bien la nueva legislación establece dicha posibilidad, no lo hace a pedido de los acreedores; es decir, si el deudor se presenta voluntariamente en quiebra los acreedores no cuentan con la posibilidad de solicitar la conversión de ese pedido a concurso.

Dado que la nueva legislación otorga al deudor la posibilidad de solicitar la conversión, quien además cuenta con incentivos para evitar la liquidación aunque la empresa sea económicamente inviable, es posible concluir que de otorgarse a los acreedores la posibilidad de solicitar el concurso o de convertir el pedido de quiebra a concurso, no se producirá una reducción adicional de los costos indirectos de la quiebra. Esta conclusión se basa en el hecho de que si la empresa es económicamente viable el deudor solicitará la conversión y, simétricamente, si el deudor solicita la quiebra, la empresa será económicamente inviable aun fuera de dicho proceso.

Se elimina el requisito de acreditar el pago de remuneraciones y deudas previsionales a los fines de presentarse a concurso, el que, por otra parte, ya había sido removido por la jurisprudencia.

La eliminación de este requisito podría reducir los costos indirectos de la quiebra al permitir, de igual forma que al establecerse la posibilidad de conversión, que empresas económicamente viables busquen alternativas de solución dentro de la fase concursal, atenuándose de esta forma el deterioro de su reputación.

### *Cambios generados en los costos ex-ante*

Se dedicará el resto de la sección a analizar los cambios generados en los costos ex-ante, los que se originan en las decisiones de aquellos actores en control del proceso de quiebra. Si el control del proceso se en-

cuentra en manos del deudor, las empresas insolventes y económicamente no viables lograrán continuar en actividad y por lo tanto se generarán costos sociales al dilatarse la reasignación de recursos productivos. Similarmente, si el control del proceso está en manos de los acreedores, las empresas insolventes pero económicamente viables podrían ser liquidadas, lo cual también habrá de generar costos sociales dada la inadecuada o, eventualmente, en el caso de existir capital específico, prematura reasignación de los factores productivos.

La legislación argentina antes de la reforma se encuadraba bajo el primer escenario, al permitir tan sólo al deudor presentar un plan para reorganizar la empresa; si los acreedores no lo aceptaban la empresa era declarada en quiebra y debía ser liquidada. Como se señaló antes, los acreedores quirografarios ante el temor de no percibir retorno alguno por sus derechos estaban dispuestos a aceptar cualquier propuesta del deudor que permitiera que la empresa siguiera en operaciones.

La nueva legislación propone diversas modificaciones tendientes a nivelar el control del proceso de quiebra entre el deudor y los acreedores, reduciéndose de esta forma los costos ex-ante que se generaban.

#### *Modificaciones que indirectamente disminuyen el control del proceso por parte del deudor*

- Se reducen los honorarios profesionales.
- Se agilizan los trámites de concurso y liquidación.
- Se limita la posibilidad de continuación de la empresa en liquidación.
- Se establece la novación de deudas.
- Se limita el uso del proceso.

#### *Modificaciones que explícitamente incrementan el control del proceso por parte de los acreedores*

- Se les permite a los acreedores la presentación de planes alternativos.
- Se permite la participación de terceros.
- Se permite prescindir de la votación de los accionistas.
- Se acorta el periodo de verificación de créditos tardíos.
- Se incorpora la figura del comité de acreedores.
- Se limita el rol del juez.

#### *Modificaciones que indirectamente disminuyen el control del proceso por parte del deudor*

- La legislación anterior a la reforma regulaba, en el caso de los concursos, los honorarios profesionales entre el 2 y 8% de los activos, no pudiendo exceder el 8% del pasivo; la nueva ley los acota entre el 1 y el 4% del activo, no pudiendo superar el 4% del pasivo ni ser inferiores a dos sueldos de secretario de primera instancia.

- En el caso de las quiebras, los honorarios profesionales se encontraban regulados entre el 8 y el 25% de los activos realizados. La nueva legislación los limita entre el 4 y 12% de esos activos, no pudiendo ser inferiores a tres sueldos de secretario de primera instancia ni superiores al 12% del activo realizado.
- Por otra parte, se autoriza al juez a prescindir, en la regulación de los honorarios, de los mínimos mencionados si de la naturaleza, calidad, o resultado, de la labor profesional, o del valor de los bienes involucrados, se infiere que la directa aplicación de los mismos conduce a una desproporción entre la importancia del trabajo realizado y la retribución resultante. La reducción de los honorarios profesionales incrementa el monto neto remanente de la liquidación y reduce los incentivos que enfrentan los acreedores quirografarios a aceptar cualquier propuesta para evitar que la empresa no sea liquidada.
- Un efecto similar es producido por la agilización de los trámites de concurso y liquidación, al fijarse límites a las distintas etapas del proceso; el acortamiento del proceso limita los gastos de la quiebra y se incrementa el monto remanente de la liquidación. Este incremento, también puede aparecer por haberse establecido la imposibilidad de que la empresa continúe en actividad una vez que ha sido declarada su quiebra, a menos que la continuidad resulte imprescindible para maximizar el valor resultante de su liquidación. De esta forma se tiende a evitar el vaciamiento de empresas muchas veces observado y nuevamente se reducirán los incentivos que enfrentan los acreedores quirografarios a aceptar cualquier propuesta del deudor.
- La nueva legislación también disminuye indirectamente el poder del deudor al establecer la novación de sus obligaciones con origen o causa anterior al concurso y al eliminar la posibilidad de volver a acogerse a un proceso concursal hasta tanto haya transcurrido un año desde el cumplimiento de un acuerdo anterior. Estas modificaciones operan como un estímulo, para que los acreedores analicen con mayor cuidado la viabilidad del plan por el que están arriesgando sus créditos, promoviéndose la seriedad de los planes de reconversión al eliminarse el seguro implícito en la inexistencia de la novación de deudas y en la posibilidad de acogerse a un nuevo proceso tan pronto haya sido cumplimentado el anterior.

#### *Modificaciones que explícitamente incrementan el control del proceso por parte de los acreedores*

- La nueva ley otorga un mayor poder a los acreedores al permitirles no sólo proponer planes de reorganización alternativos, sino también que acepten planes propuestos por terceros sin la necesidad de obtener el consentimiento de los accionistas.
- Luego del plazo de 30 días hábiles que se le otorga al deudor para formular propuestas, si éstas no son aceptadas, la iniciativa pasa a los

acreedores por un período similar, quienes junto con terceros interesados podrán comprar la empresa pagando un precio real y asumiendo el riesgo empresario.

- En esta fase se podrá prescindir de la votación de los socios cuando se les reconozca el valor de su participación en la empresa según el valor de libros reducido en la misma proporción que lo fuese el crédito de los acreedores como resultado del acuerdo, y restando el 2,5% como estimación de gastos y costas. Esta posibilidad es similar en espíritu al *cramdown*<sup>9</sup> de la legislación de los Estados Unidos.
- Por otra parte, la nueva ley reduce el riesgo que asumirán los eventuales “compradores” de la empresa al margen del riesgo empresario, al no permitir que la verificación de créditos tardíos se realice más allá de dos años de iniciado el proceso (la legislación en vigencia permite verificar dichos créditos hasta tanto no hayan prescrito, aunque el plan de reorganización hubiese sido homologado).

Todas estas modificaciones incrementan el control de los acreedores, al ampliar las alternativas para la formulación del plan de reorganización con respecto a la legislación en vigencia en la que sólo el deudor puede evitar la declaración de la empresa en quiebra. Bajo la nueva legislación los acreedores podrán rechazar el plan del deudor y proponer otros alternativos, aun con la participación de terceros, y con la menor incertidumbre generada por la reducción del período de verificación de créditos tardíos.

Adicionalmente, resulta interesante señalar que la nueva legislación otorga a los acreedores explícitamente un mayor control del proceso de quiebra al incorporar la figura del comité de acreedores. Este se encuentra dotado de amplios poderes de investigación, presentación de propuestas y control sobre el cumplimiento de los acuerdos homologados y, simétricamente, se limita el rol del juez, no confiándole, a diferencia de la legislación en vigencia, potestad alguna para evaluar la factibilidad de un acuerdo alcanzado.

En síntesis, resulta claro que la nueva ley ha balanceado el poder del deudor y de los acreedores en el proceso de quiebra y, en consecuencia, ha reducido los costos ex-ante provocados por la continuación en actividad de empresas económicamente no viables.

La nueva ley domina a la legislación en vigencia no sólo desde un punto de vista coyuntural, sino también estructural. Desde una óptica de corto plazo, facilita la reconversión empresarial requerida bajo el Plan de Convertibilidad. Con ese fin, por ejemplo:

- Contempla la reorganización de la empresa, es decir, la posibilidad de que los acreedores conviertan su deuda en acciones, y que tomen el control de la empresa, o bien que la empresa sea adquirida por terceros; en ambos escenarios se procedería al reemplazo del cuerpo gerencial en caso de que esa decisión sea la económicamente eficiente.

- Establece la suspensión transitoria de los convenios colectivos vigentes y la posibilidad de renegociación de los contratos laborales bajo la figura de un convenio colectivo de crisis con vigencia máxima por tres años. La legislación anterior limitaba el concurso a la renegociación de los pasivos; la nueva legislación también permite a los trabajadores renunciar a sus privilegios.<sup>10</sup>
- Facilita la aceptación de planes de reorganización al eliminar el requerimiento existente de la ley en vigencia, de agrupar a los acreedores quirografarios en una sola categoría. Todos los acreedores debían votar por una única propuesta presentada por el deudor. La nueva legislación divide a los acreedores en clases y establece la posibilidad de subdividirlas de acuerdo con la naturaleza de sus créditos, montos verificados, etcétera; dentro de cada subclase la propuesta puede incluir un amplio menú de opciones.

En cuanto a la conveniencia de la nueva Ley de Quiebras para regir situaciones en el largo plazo, su contenido se alinea con la tendencia internacional prevaleciente en la materia, al:

- Acortar los plazos de las diversas fases del proceso, lo cual reduce explícitamente sus costos directos e indirectos, e indirectamente disminuye los costos ex-ante al incrementar el eventual monto resultante de procederse a la liquidación de la empresa.
- Atenuar el poder de los deudores, quienes usualmente controlaban el proceso, balanceándose de esta forma el control del proceso de quiebras y reduciéndose, por ende, los costos ex-ante que se generen,
- Más aún, la nueva legislación reduce significativamente el costo del crédito al mejorar las condiciones que enfrentan los acreedores en el escenario de insolvencia, disminuyendo de esta forma el riesgo de esos créditos.

Pese a sus ventajas, la nueva ley mantiene un proceso de quiebras de dos fases (concurso y liquidación) que da lugar a que se produzcan costos sociales susceptibles de ser evitados. La próxima sección propondrá una legislación alternativa que atenúa esos costos mediante un proceso de una sola fase.

#### IV.4. A LA PUERTA DE UNA SOLUCION DE MERCADO

Si bien la nueva ley es claramente preferible a la regulación anterior tanto desde un punto de vista coyuntural como estructural, sea en sus efectos estáticos como en su influencia sobre el costo del crédito, resulta interesante preguntarse si es perfectible. En la primera parte de esta sección se propondrá una legislación alternativa que privilegia aún más el rol jugado por el mercado, capaz de reducir los costos ex-ante e indirectos.

tos de la quiebra, así como también el costo del crédito. Este tipo de legislación, caracterizada por ser de una sola fase, no es usualmente implementada. Por ello, el resto de la sección se dedicará a analizar la economía política de la sanción de una Ley de Quiebras, identificando las razones que bloquean la implementación de una legislación como la propuesta.

### *La utilización voluntaria de la valuación del mercado*

La nueva ley es un claro ejemplo de una legislación de dos fases que otorga un cierto rol al mercado, al permitir la participación de terceros para solucionar los problemas de las empresas en estado de insolvencia.

La nueva legislación establece que luego del plazo de exclusividad que se le otorga al deudor para formular propuestas, si éstas no son aceptadas, los acreedores y también terceros interesados podrán comprar la empresa pagando un precio real y asumiendo el riesgo empresario. Más aún, de no alcanzarse una solución en la fase concursal, en la fase de liquidación la nueva legislación privilegia la venta de la empresa en marcha. Con ese fin se libera al adquirente de las obligaciones laborales anteriores a la adquisición; es decir que en la nueva ley el comprador deja de ser considerado sucesor de los contratos laborales y de los importes adeudados existentes a la fecha de la transferencia.

La entrada de terceros transforma el sistema de reestructuración al permitir explícitamente la participación del mercado, pero esa participación es de carácter voluntario. Este carácter voluntario de la utilización de la valuación provista por el mercado es propia de un proceso de quiebras de dos fases. En este tipo de proceso la valuación de la empresa realizada por los terceros, por ejemplo durante la fase concursal, puede no ser aceptada por las diversas categorías de propietarios de derechos, quienes pueden llegar a una solución de negociación distinta. Esta característica genera costos ex-ante al permitir continuar en actividad a empresas que jamás hubieran sido adquiridas por terceros como una unidad operativa.

Similarmente, la utilización de un proceso de quiebra de dos fases que permite el uso voluntario de la valuación del mercado genera costos indirectos susceptibles de ser evitados y un costo del crédito mayor que el mínimo factible.

### *Un proceso de quiebra de dos fases: el problema del oportunista*

Por ejemplo, el deudor, o diversas clases de acreedores pueden no aceptar la solución propuesta por un tercero dispuesto a adquirir la empresa por pretender obtener una compensación excesiva; por lo tanto, la negociación podría estar condenada al fracaso por no querer los participantes pagar los costos representados en la reducción de sus derechos. Este hecho refleja una vez más el problema del oportunista. Este proble-

ma puede bloquear el logro de una solución en la fase concursal, y empujar a la empresa a la fase de liquidación. Dado que la nueva legislación explícitamente indica que la empresa debe ser vendida a la mejor oferta, ya sea en marcha o no, de ser la empresa económicamente viable la valuación del mercado, en esta fase, podría permitir que la empresa continúe en actividad.

Sin embargo, al caer la empresa en quiebra puede llegar a deteriorarse su valor por la pérdida de reputación y la empresa podría transformarse en económicamente no viable. Por lo tanto, como consecuencia del proceso de quiebra de dos fases, que no utiliza en forma mandatoria la valuación del mercado, la empresa sería inadecuadamente liquidada.

### *Un proceso de quiebra de dos fases: el problema de la información asimétrica*

La existencia de un proceso de quiebra de dos fases, en el que la utilización de la valuación del mercado es voluntaria, genera la posibilidad de que una empresa económicamente viable no encuentre una solución dentro de la fase concursal por el hecho de que los terceros eventualmente interesados en adquirir la empresa cuentan con un menor caudal de información sobre la misma que los propietarios o el cuerpo gerencial.

La incapacidad de los que venden buenas empresas de diferenciarse de los que venden malas dificulta la utilización voluntaria de la valuación del mercado, ya que la subvaluación que eventualmente se generará podría ocasionar que algunas clases de acreedores no privilegiadas, o los mismos accionistas, no encuentren conveniente realizar una operación que, en el caso de existir información completa, sería llevada a cabo.

### *Un proceso de quiebra de dos fases: su efecto sobre el costo del crédito*

En teoría resulta posible que una solución propuesta en la fase concursal sea aceptable para todas las partes involucradas; pero aunque todos los grupos interesados sepan que la nueva propuesta es mejor que el statu quo, siempre pueden existir grupos que la rechacen pues otra alternativa podría ser para ellos superior. Si la empresa es muy grande existirá una multiplicidad de planes posibles lo que incrementará la dificultad de la negociación y disminuirá la exactitud de la valuación.

Cuanto más inexacta sea la valuación de la empresa, y mayor la discrecionalidad en el tratamiento de los derechos de los acreedores, mayor será el riesgo que éstos enfrentan y, por ende, mayor será el costo del crédito. Desde este punto de vista un proceso de una sola fase, como el que será sugerido a continuación, disminuirá el costo del crédito al incrementar la exactitud de la valuación de la empresa y eliminar la discrecionalidad en el tratamiento de los derechos de los acreedores.

### *Un proceso de quiebra de una sola fase*

Los procesos de quiebra de una sola fase se caracterizan por determinar la valuación de la empresa a través de mecanismos de mercado, a di-

ferencia de los procesos de dos fases en los que ese valor puede surgir implícitamente del proceso de negociación entre el deudor y los acreedores, propio de la fase concursal. La mayor exactitud de la valuación de la empresa reduce el riesgo que enfrentan las distintas clases de acreedores y, con ello, el costo del crédito.

Por otra parte, como resultado de este tipo de proceso de quiebra la empresa emerge con una estructura de capital 100% accionaria, por lo que la nueva clase de propietarios no cuenta con incentivos distintos de los de viabilidad económica para decidir la continuación de las operaciones de la empresa o su eventual liquidación, eliminándose de tal forma los costos ex-ante de la quiebra. Finalmente, la mayor rapidez de este tipo de proceso reduce la permanencia de las empresas en condición concursal, con lo que se limitan los costos indirectos que esto probablemente generaría; un efecto similar es provocado por la desaparición del problema del oportunista, dada la supresión de la negociación propia de la fase concursal.

Existen diversas propuestas de procesos de quiebra de una sola fase. Todas ellas se encuadran dentro de la filosofía de dejar al mercado solucionar el problema de la empresa en lugar de generar una negociación entre las partes (Meckling, 1977; Roe, 1983; Bebchuk, 1986; Baird, 1986; Jackson, 1986), proponiendo vender parte, o la totalidad, del nuevo paquete accionario. Algunas de ellas permiten, dentro de la fase única, la reorganización de la empresa; otras (Baird, 1986 y Jackson, 1986) eliminan por completo la posibilidad de reorganización. La propuesta de este trabajo se encuentra dentro de este último marco conceptual.

#### *Un proceso de quiebra de una sola fase con participación limitada del mercado*

Los procesos de una sola fase que contemplan la posibilidad de reorganización de la empresa utilizan el mecanismo de mercado a los fines de valorar la empresa, pero como veremos al examinar las propuestas de Bebchuk y Roe, la participación del mercado es en cierto sentido limitada.

Un ejemplo de este tipo de legislación es propuesto por Bebchuk (1986), quien sugiere un mecanismo mediante el cual son las propias partes quienes buscan la eficaz defensa de sus intereses. Simultáneamente con la declaración de quiebra pasa la totalidad del patrimonio de la empresa a disponibilidad de los acreedores; es decir que pasa no sólo la disposición de los bienes sino también la capacidad de administrarlos. Dentro de los 90 días el deudor tiene la opción de readquirir la empresa mediante el pago del valor de los pasivos; vencido este plazo los acreedores pasan a tener libre disposición de los mismos. Este mecanismo permite establecer un índice objetivo de la insolvencia, sometiendo a la empresa a la prueba de que el deudor o alguna persona a quien éste interese está dispuesta a adquirir el patrimonio del fallido contra el pago integral de los pasivos comunes. Si la empresa es económicamente viable

continuará en operaciones ya sea en manos del deudor, de algún tercero interesado por éste, o en manos de los acreedores; de ser económicamente inviable será liquidada.

La desaparición de los costos ex-ante se debe a que la empresa emergerá del proceso de quiebras con una sola categoría de propietarios, cuyo criterio de decisión coincidirá con el de eficiencia económica.

Si bien este tipo de mecanismo elimina los costos ex-ante generados por el proceso de quiebra no logra, dado que permite la reorganización, separar la disputa de los acreedores por sus derechos de la toma de decisiones de la empresa. Por ejemplo, dado que los acreedores adquieren la plena disponibilidad de los bienes del deudor, resulta razonable que ese patrimonio sea regido por algún administrador designado por la mayoría de los acreedores. El problema consiste en que es necesario concluir el proceso de distribución de derechos antes que pueda ser designado el administrador y que, la empresa pueda volver a funcionar normalmente independientemente de la intervención judicial, o bien ser liquidada. Esta demora produce costos sociales, dada la inadecuada utilización de recursos productivos hasta tanto haya finalizado la disputa por la distribución de derechos.

Las ventajas y los problemas asociados a un mecanismo de una sola fase resultan claramente ilustrados por la propuesta de Roe (1983) de un plan de reorganización para grandes empresas que coticen en bolsa. El mecanismo se inicia con la venta de un 10% del nuevo capital accionario en el mercado; del monto resultante se extrapola el valor de la empresa. Una vez que éste ha sido determinado se entregan acciones a las distintas clases de propietarios según el orden de prioridades.

La propuesta de Roe se basa en que si la empresa reorganizada puede comercializar sus acciones eficientemente no existe razón alguna para que un acuerdo entre las partes reemplace al mercado a los fines de proceder a su valuación. Supóngase, por ejemplo, que la empresa tiene la siguiente estructura de capital: \$ 5.000.000 de deuda privilegiada, \$ 5.000.000 de deuda quirografaria y el paquete accionario. Los acreedores privilegiados argumentan que la compañía vale \$ 5.000.000 por lo que el total del nuevo paquete accionario les debería ser entregado; los quirografarios argumentan que la compañía vale \$ 10.000.000 y, los accionistas, que la compañía vale \$ 20.000.000. Si se reestructura la empresa a través de una negociación se llegará a un valor que no necesariamente será el correcto, dado que estará asociado al poder de negociación de las partes. Supóngase ahora que se decide remplazar la estructura de capital de la empresa por 1.000.000 de nuevas acciones. Se decide vender 100.000 de ellas en el mercado y de esta operación se extrapola el valor de la empresa. Imagínese que el colocador obtiene \$ 10 por acción, es decir que se estima que la empresa vale \$ 10.000.000. Las 900.000 acciones remanentes serán repartidas entre los acreedores privilegiados, quienes reciben 500.000 acciones por el valor de la totalidad de sus derechos, y los acreedores quirografarios reciben 400.000 acciones por un

valor de \$ 4.000.000, no recibiendo compensación alguna el paquete accionario.

Este tipo de mecanismo separa la valuación de la empresa de la distribución de derechos y genera una sola categoría de propietarios, eliminando de esta forma la posibilidad de que se generen costos ex-ante. Sin embargo, al igual que la propuesta de Benchuck, al contemplar la posibilidad de reorganización de la empresa, no separa la disputa de los derechos de los acreedores de la toma de decisiones de la empresa, dado que resulta necesario concluir con el proceso de distribución de derechos antes que la empresa pueda volver a funcionar independientemente del control judicial, o bien que pueda ser liquidada.

#### *Viabilidad de la empresa en el largo plazo*

Una ventaja de este tipo de mecanismos consiste en que la empresa saldrá del proceso de quiebra con una estructura de capital 100% accionaria, en contraste con la alta proporción de deuda con que muchas veces emergen las empresas de los procesos de reorganización, por ejemplo, en los Estados Unidos; esta característica es de gran importancia en el caso de empresas económicamente viables.

En primer lugar, maximiza la posibilidad de que la empresa no recaiga en una situación de insolvencia. A los acreedores no les importa la viabilidad de la empresa sino la posibilidad de cobrar sus créditos; por lo tanto, acordarán invertir para dar viabilidad a la empresa únicamente si de esta forma incrementan el valor esperado de sus derechos. Por ejemplo, un acreedor privilegiado puede preferir mantener sus derechos concediendo una cierta espera que capitalizarlos, incrementando la viabilidad del plan de reorganización pero reduciendo la viabilidad financiera de la empresa en el largo plazo. Este hecho podría atentar contra la continuidad, en el largo plazo, de empresas económicamente viables debido a que podrían volver a alcanzar un estado de insolvencia.

Con respecto a esta posibilidad, la nueva ley limita el acceso a un nuevo proceso concursal hasta tanto haya transcurrido un año desde el cumplimiento de un acuerdo anterior. Por lo tanto, de emerger una empresa del proceso de reorganización con una alta proporción de deuda, existirá el riesgo de que la empresa caiga en quiebra en un futuro, sólo por ingresar nuevamente en un estado de insolvencia; posibilidad que se contrapone con el espíritu de la reforma de la legislación que privilegia la reconversión de empresas financieramente insolventes pero económicamente viables.

Otro costo de emerger del proceso de quiebra con una alta proporción de deuda es que esto dificultará a la empresa en su acceso al capital de trabajo por el alto riesgo de incobrabilidad que enfrentarán los nuevos acreedores, que se traducirá en un alto costo del crédito.

Por otra parte, si se mantiene luego de la reorganización una estructura de alta deuda se preservan los incentivos a tomar proyectos riesgosos que no necesariamente maximizarán el valor esperado de la empresa sino el del nuevo paquete accionario.

Por lo tanto, bajo una solución de mercado que genere una estructura de capital 100% accionaria la nueva empresa podrá elegir, con posterioridad a su valuación, la estructura de capital que prefiera; la estructura que hubiese resultado del proceso de negociación, de así desearlo.

#### *Una clase distinta de costos ex-ante*

Bajo este tipo de mecanismos los deudores obtendrán un muy bajo rendimiento de sus inversiones, generándose incentivos a que intenten que la empresa permanezca fuera del proceso de quiebra todo el tiempo que sea posible. Este hecho producirá costos ex-ante al incentivar que continúen en actividad empresas que deberían ser liquidadas, o bien reorganizadas.

Muchas veces se considera que una empresa se presentará en concurso cuando el valor de sus activos iguale el de sus deudas, dado que en esa situación no podrá obtener créditos adicionales; sin embargo, si la deuda está clasificada de tal forma que los últimos acreedores tienen prioridad de cobro ("last-lender-first-rule") es posible que la empresa logre continuar en operaciones a pesar de que la relación de pasivos a activos supere la unidad. Esta característica se debe a que un potencial acreedor estará dispuesto a prestar dinero toda vez que se asegure que habrá de recobrarlo.

Una aplicación de la "last-lender-first-rule" consiste en convertir deuda de corto plazo no asegurada en deuda de largo plazo asegurada cuando la situación de una empresa se vuelve precaria. El hecho de que las empresas realicen este tipo de conversión otorga implícitamente a los últimos acreedores prioridad para cobrar; este mecanismo es exactamente el opuesto al sugerido por la "me-first-rule", que indica que la prioridad de los créditos debe ser determinada cronológicamente, y genera costos ex-ante pues permite prolongar las operaciones de empresas que en muchos casos deberían ser liquidadas por ser económicamente inviables.

Sin embargo, este tipo de costo ex-ante no es propio de un régimen de quiebras de una sola fase sino que también se origina en toda legislación en la que los propietarios de la empresa enfrentan la posibilidad de obtener muy bajos retornos en caso de entrar en un proceso de quiebra, o bien de perder el control de la empresa porque será reorganizada o liquidada como resultado de ese proceso.

Esta hipótesis es respaldada por la evidencia provista por la reforma de la legislación de los Estados Unidos sintetizada en los cuadros 4 y 5, según la cual el Bankruptcy Code, al facilitar el traspaso del control de la empresa del deudor a los acreedores y volver más frecuentes las liquidaciones, incrementó considerablemente la proporción de deuda asegurada respecto de la deuda total o del total de activos, dados los mayores incentivos recibidos por las empresas para permanecer fuera del proceso de quiebra.

Por otra parte, la reforma de la ley argentina también genera incentivos para que se origine este tipo de costos. En primer lugar, porque la re-

forma reduce el control del deudor del proceso de quiebra y lo impulsa a permanecer fuera del mismo. Un claro ejemplo de esta situación lo refleja la posibilidad de prescindir, fuera del período de exclusividad, de la votación del deudor cuando se le reconozca el valor de su participación en la empresa según el valor de libros reducido en la misma proporción que lo fuese el crédito de los acreedores como resultado del acuerdo, y restando el 2,5% como estimación de gastos y costas. Esta posibilidad implica que en muchas ocasiones el deudor percibirá una compensación prácticamente nula por su inversión. En segundo lugar, la propuesta establece que para la revocación de los actos durante el período de sospecha, realizados con conocimiento de la cesación de pagos, es requisito que los mismos resulten perjudiciales para los acreedores. Este hecho otorga mayor estabilidad a los actos otorgados con el fin de sanear a la empresa con anterioridad a la apertura del proceso, pero facilita el funcionamiento de las empresas fuera del mismo.

#### *Un proceso de quiebra de una sola fase con participación irrestricta del mercado*

Los procesos de quiebra de una sola fase como los descriptos son preferibles a aquellos de dos fases en términos de los costos sociales generados. Sin embargo, son perfectibles ya que no logran separar la disputa por los derechos de los acreedores de la toma de decisiones de la empresa. Es por ello que se centrará ahora la atención en un mecanismo de una sola fase que elimina este tipo de problemas, al no establecer la posibilidad de que la empresa sea reorganizada; este mecanismo no es otro que el uso pleno del mercado a los fines de valorar la empresa.

Imagínese un proceso de una sola fase consistente en la subasta de la empresa, la que se habrá de vender en funcionamiento o a destajo según el monto de las distintas ofertas. Los recursos así producidos serán utilizados para pagar a los acreedores y a los accionistas de acuerdo con el orden de prioridades. En este caso, dado que se genera una única categoría de propietarios, no existen incentivos para adoptar una decisión económicamente ineficiente; es decir, que la empresa únicamente será vendida en funcionamiento, de ser económicamente viable, y sólo será liquidada, de no serlo.

Este tipo de proceso no elimina la posibilidad de que existan múltiples presentaciones ante la justicia de acreedores con derechos ambiguos. Sin embargo, separa por completo ambos problemas pues los nuevos dueños de la empresa pueden ponerla en funcionamiento fuera del control judicial mientras se discute cómo repartir lo obtenido. Por ejemplo, supóngase que las ofertas recibidas para comprar la empresa en funcionamiento exceden lo que se obtendría de venderla a destajo, queda, entonces, por determinar cómo se les paga a los acreedores asegurados. Por su parte, ellos van a argüir una valuación alta de los activos sobre los cuales se encuentran asegurados y el resto de los acreedores, una

valuación baja. Este problema se resolverá a través de un proceso de negociación, o de lo contrario se llegará a la justicia, pero nada tendrá que ver con el normal funcionamiento de la nueva empresa; será sólo una disputa por derechos.

Esta clase de mecanismo maximizará, en un mercado eficiente, el producido por la venta de la empresa, lo que garantizará la compensación más alta a las distintas categorías de propietarios; hecho que, a su vez, disminuirá el costo del crédito al reducir la incertidumbre que enfrentan los acreedores frente al escenario de la quiebra.

#### *El rol de la eficiencia del mercado*

Un mercado de capitales es eficiente si los agentes participantes utilizan correctamente en su proceso de toma de decisiones la totalidad de la información disponible. Cuanto mayor sea el número de participantes, y cuanto mayor la magnitud de los beneficios en juego, más eficiente será el mercado.

Esta característica induce a conjeturar que la valuación de las empresas en quiebra, obtenida mediante subastas, será más exacta en el caso de grandes empresas, donde los beneficios en juego son importantes, que en el caso de empresas pequeñas. Más aún, es probable que surjan empresas intermediarias especializadas que arbitrarán el mercado contribuyendo a que los precios de las empresas con dificultades reflejen correctamente la totalidad de la información disponible.

Las empresas pequeñas probablemente serán liquidadas a destajo, por no existir incentivos para que terceros investiguen la posibilidad de hacer beneficios de adquirirlas en actividad. Esto producirá beneficios y costos sociales. Por un lado, al incentivarse la liquidación de empresas económicamente inviables se generarán beneficios sociales por agilizarse la reasignación de recursos productivos; pero por el otro, de liquidarse a destajo empresas económicamente viables aparecerán costos sociales por la inadecuada reasignación de recursos. Sin embargo, estos costos se originan en una característica de las empresas, su tamaño, y no en el proceso de quiebra de una sola fase propuesto, dado que similares problemas se manifiestan bajo un proceso de quiebras de dos fases.<sup>11</sup>

No existe razón alguna para afirmar que el mercado de empresas en quiebra será eficiente; es decir, que valorará correctamente a las empresas utilizando la totalidad de la información disponible. Pero la pregunta relevante no es si la valuación de mercado es exacta, sino si es de una mayor exactitud que la proveniente de una negociación bilateral, o en general multilateral, resultante de la fase concursal. Dadas las características propias de todo proceso de negociación, con sus amenazas y acuerdos, este resultado es muy probable.

#### *Ventajas adicionales de la participación irrestricta del mercado*

La conveniencia de una legislación como la propuesta puede medirse adicionalmente comparando sus resultados con los problemas generados

por un proceso de fase única que utilice en forma restringida la valuación del mercado.

Una desventaja de valorar una empresa extrapolando su valor del precio resultante de la venta de, por ejemplo, un 10% del nuevo paquete accionario es que acreedores con grandes derechos podrían quedar con grandes paquetes accionarios (bloques de control) lo que puede reducir el precio obtenido por las acciones que salieron al mercado, aunque la valuación de la empresa haya sido correcta. En ese caso, el precio de venta y la compensación provista a los acreedores puede verse distorsionada.

Una segunda desventaja de este tipo de mecanismo consiste en que al venderse sólo el 10% de las acciones, éstas podrían resultar sobrevaloradas por el mercado, ya que se tomaría la "punta" del mismo (los demandantes dispuestos a pagar el mayor precio). Esto no se producirá necesariamente si existen inversiones sustitutas atractivas. Por otra parte, este efecto también se atenuará porque algunos de los acreedores estarán dispuestos a vender sus posiciones. Pero de todas formas hay incentivos para que se produzca una valuación distinta de la empresa que en el caso en que se venda el 100% de la misma.

Otro problema de vender sólo el 10% de las acciones en el mercado es la posibilidad de que se verifiquen intentos de manipulación del precio por parte de los acreedores de las categorías más bajas, o por parte de los accionistas. Por lo cual, de utilizarse este tipo de mecanismo, deberían existir restricciones a este accionar, por ejemplo, similares a las impuestas al accionar de los "insiders" por la legislación de los Estados Unidos. Este problema, obviamente, desaparece si se procede a la subasta de la empresa.

En síntesis, la participación irrestricta del mercado cuenta con ventajas significativas; la principal es que separa dos hechos. Por ejemplo, las propuestas de una sola fase que utilizan en forma restringida los mecanismos de mercado necesitan contar con la información de cuáles son los derechos de cada una de las clases y cuáles las prioridades de cada una de ellas. Por lo tanto, no se pueden separar las decisiones sobre el accionar futuro de la empresa de las disputas sobre los derechos de las distintas clases de propietarios. Una subasta pública no requiere la resolución de ninguna de estas disputas; la subasta fija precio, produce nuevos dueños que decidirán el futuro de la empresa, y los dueños originales, luego pueden disputarse los fondos resultantes; es decir, que son dos procesos por completo independientes.

#### *La economía política de la reforma de una Ley de Quiebras*

Una hipótesis tradicionalmente aceptada por la profesión consiste en asumir que los gobernantes intentan maximizar el bienestar de la sociedad; desde este punto de vista un país escogerá una Ley de Quiebras acorde con ese criterio, minimizando, por ejemplo, los costos sociales que ésta puede originar.

Al minimizarse los costos directos de la quiebra se ahorraría el costo de oportunidad de los recursos productivos innecesariamente empleados durante el proceso de concurso y liquidación, pues los mismos podrían ser utilizados en actividades productivas alternativas. Por otra parte, de evitarse que empresas insolventes pero económicamente viables fuera del proceso de quiebra se transformen en no viables por transitar dicho proceso se evitaría una inadecuada reasignación de recursos productivos, la que, de verificarse, habría de generar costos sociales representados por la reducción de los bienes y/o servicios factibles de ser consumidos por la sociedad. Similarmente, de atenuarse los costos ex-ante de la quiebra, ya sea mediante la reducción de la probabilidad de que empresas insolventes y económicamente inviables sean reorganizadas, o bien que empresas insolventes pero económicamente viables sean liquidadas, se reducirían los costos sociales generados; en el primer caso, por permitirse la correcta reasignación de factores productivos hacia fines alternativos, en el segundo, por evitarse esta reasignación cuando resulta inadecuada, o bien prematura en el caso de existir capital específico. Finalmente, de obtenerse la mayor exactitud posible en la valuación de la empresa, y la menor discrecionalidad en el tratamiento de los derechos de los acreedores, se reduciría el riesgo que enfrentan y, por lo tanto, el costo del crédito.

Una Ley de Quiebras de una sola fase con participación irrestricta del mercado satisface este criterio de bienestar; sin embargo, este tipo de legislación no es usualmente adoptada. El resto de la sección se encuentra dedicado a estudiar la economía política del problema, con el objeto de hallar las razones que bloquean la implementación de una legislación como la propuesta.

En dirección a ese objetivo se utilizará una hipótesis alternativa generadora de la conducta del gobierno, que consiste en describir al Estado como un mecanismo utilizado por agentes racionales a los fines de obtener redistribución de ingresos; es en dicha redistribución en la que se encuentra la esencia misma del comportamiento del gobierno y no en la corrección de las imperfecciones del mercado.

Desde este punto de vista no existe razón alguna para suponer que la Ley de Quiebras escogida será aquella que maximice el bienestar de la sociedad; más aún, la legislación propuesta no puede ser juzgada en términos de su optimalidad social, sino que debe ser considerada como un equilibrio dado que sintetiza el resultado de la presión ejercida por los diversos grupos de interés afectados.

Un grupo de interés puede ser definido como una cierta porción de la sociedad caracterizada por tener un interés en común, definición que no impide a un miembro de un grupo tomar parte en muchos otros. Cualquier persona no tiene uno sino múltiples intereses, cuanto más compleja es su cultura mayor es el número de intereses que posee; en estos términos, un grupo y la actividad que realice son equivalentes. No existe un grupo sin su interés; un interés es el único motivo que justifica la



existencia de un grupo. Cuando el interés común de los miembros de un grupo declina, el grupo se vuelve débil y hasta puede desaparecer. Los grupos de interés son el material básico para la comprensión del comportamiento del gobierno por ser los protagonistas del proceso de gobernar.

Este proceso es definido como la interrelación entre los grupos de interés. En estos términos, ningún grupo tiene algún significado excepto en su relación con otros. Los grupos de interés están en constante actividad y formación presionando los unos a los otros, cooperando, compitiendo, configurando alianzas ofensivas y defensivas, desintegrándose y desapareciendo. Grupos políticamente poderosos dominan y delinear el estado existente de la sociedad; estado que bajo este marco conceptual debe ser considerado un “equilibrio”, porque representa el resultado final de la presión ejercida por una multiplicidad de grupos de interés.

¿Cuáles son los grupos de interés relevantes a los fines de evaluar la factibilidad política de la sanción de una legislación de quiebras de una sola fase como la propuesta? ¿Cuáles de ellos podrían beneficiarse de una legislación de dos fases que no privilegie el rol jugado por el mercado y cuáles de la propuesta alternativa sugerida? ¿Cuáles son las características de los distintos grupos que afectarían el éxito de su accionar?

Resulta posible imaginarse distintos grupos de interés eventualmente afectados por una reforma de la legislación como la sugerida; ejemplos de ellos los constituyen los acreedores, los deudores, el cuerpo gerencial de las empresas y los abogados especializados en el tipo de evento bajo estudio.

Los acreedores, en su rol de inversionistas, tienden a conformar portafolios de inversión diversificados; por lo tanto, el riesgo de que una inversión específica ocasione pérdidas no presenta gran relevancia. En un momento dado la mayoría de las empresas son solventes; en consecuencia, existe una probabilidad muy baja de que un número significativo de empresas que se encuentren en el portafolio de un determinado inversor caigan en insolvencia. Es decir que, a pesar de que los inversores desearían disminuir los costos que les impone la Ley de Quiebras, cada inversor en particular no enfrenta gran riesgo y por lo tanto no se justifica que invierta tiempo y/o dinero en transformar el sistema.

Asimétricamente, algunos de los grupos de interés beneficiados por una legislación de dos fases cuentan con intereses altamente concentrados y se hallarían dispuestos a producir presión política a los fines de evitar un cambio en la dirección propuesta. Claro ejemplo de estos grupos los constituyen el cuerpo gerencial de las empresas y los abogados especializados en este tipo de evento.

El cuerpo gerencial de las empresas cuenta con intereses muy poco diversificados, ya que de sancionarse un tipo de legislación inconveniente su carrera profesional podría sufrir un daño irreparable. La evidencia de los Estados Unidos muestra que los gerentes constituyen un grupo de interés organizado y efectivo cuando sus utilidades se hallan en juego;

por ejemplo, nótese sus esfuerzos a favor de la sanción de distintas legislaciones a nivel estatal contra *takeovers*, los que de producirse podrían poner en riesgo su estabilidad laboral. La sanción de una legislación como la sugerida diluiría el poder de negociación del cuerpo gerencial en mayor o menor grado, dependiendo del tratamiento que reciben bajo la legislación en vigencia. Por esta razón se justifica que realicen importantes esfuerzos para evitar un cambio de sistema que claramente les perjudicaría. La intensidad de sus intereses ayuda a explicar la supervivencia del régimen de dos fases.

Por su parte, los abogados especializados en el proceso de quiebras cuentan con gran cantidad de capital humano invertido en el actual sistema y se benefician necesariamente de la complejidad de dicho proceso. Por lo tanto, resulta razonable asumir que se habrán de oponer a cualquier cambio en el sistema que lo facilite y/o acelere, pues se vería afectado notablemente su dotación de capital humano, generándose importantes “costos hundidos”.

Esta clase de análisis permite racionalizar la perseverancia de un tipo de legislación ineficiente, a pesar de las ventajas desde un punto de vista social de su reforma. Cuanto más dispersos son los costos generados por una legislación y cuanto más concentrados se encuentran sus beneficios, resulta más probable que la legislación sea sancionada. Este hecho se basa en que los grupos de interés beneficiados contarán con fuertes incentivos para ejercer presión a los fines de obtener la sanción de dicha legislación y los perjudicados, si bien preferirían que la legislación no fuese sancionada, no encuentran incentivos suficientes para participar en su oposición, dado que los costos ocasionados por su participación superan los beneficios que habrían de obtener de no ser sancionada la misma.

Puesto que los costos provocados por la legislación de dos fases son muy dispersos, y los intereses de aquellos grupos beneficiados por evitarse un cambio como el aquí propuesto, muy concentrados, es natural que la Ley de Quiebras subsista tal cual está.

¿Es posible alterar este equilibrio? ¿Resulta posible que una legislación como la sugerida se convierta en políticamente factible?

Cuanto mayor sea la difusión pública de los efectos económicos provocados por las legislaciones mayor será el costo en que deban incurrir los grupos de interés favorecidos por legislaciones socialmente ineficientes para lograr su sanción; esto podría ocasionar que estas legislaciones no sean adoptadas o que una legislación como la sugerida sea considerada. Debe quedar en claro que este resultado, de ser alcanzado, surgiría como un equilibrio en el mercado político, donde la mayor difusión pública de los potenciales efectos de la legislación incrementaría el costo político de satisfacer la demanda por una legislación ineficiente.

## NOTAS

1. Un proceso de quiebra puede comprender dos fases, el concurso y la liquidación; o bien una fase única, la cual puede, eventualmente, contemplar la posibilidad de reorganización de la empresa. Ejemplos de una legislación de dos fases los constituyen la legislación argentina en vigencia y la propuesta de ley enviada al Congreso.

2. Por ejemplo, la propuesta de reforma de la legislación argentina tiene como uno de sus objetivos crear las condiciones que permitan a empresas insolventes ( $D > V$ ), pero económicamente viables ( $R > L$ ), reorganizarse y continuar en operaciones.

3. Los resultados presentados se demuestran en un apéndice matemático a disposición del lector interesado.

4. La definición de acreedor asegurado de la legislación de los Estados Unidos puede asociarse a la de acreedor con privilegio especial de la legislación argentina; es decir que cuenta con prioridad de pago sobre el producido del bien sobre el cual se basa su privilegio.

5. La muestra estuvo compuesta de 90 empresas en proceso de liquidación y 96 en proceso de reorganización bajo el Bankruptcy Act; y de 88 empresas en proceso de liquidación y 33 en proceso de reorganización bajo el Bankruptcy Code. Las primeras correspondían a casos cerrados entre 1978 y 1979 en el Distrito Sur de New York y las segundas, a casos iniciados durante 1980 en el mismo distrito.

6. Los costos ex-post de la quiebra son estimados como un porcentaje del valor de los activos realizados, en el caso de liquidación; o del monto percibido por los acreedores, en el caso de reorganización.

7. La fuente bibliográfica de esta sección es la matriz distribuida por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos al presentar el proyecto de Ley de Quiebras.

8. El proyecto fue convertido en ley 24.522 en agosto de 1995.

9. Si un plan de reorganización es votado y al menos recibe la aprobación de una clase (puede el resto de las clases oponerse, o tener que eliminarse el paquete accionario dado que la empresa es por completo insolvente), la Corte puede confirmar el plan si cada clase que disienta es tratada "justa y equitativamente", lo cual implica que cada clase debe recibir el valor nominal de sus derechos durante la duración del plan o, de lo contrario, ninguna clase ordenada por debajo puede recibir compensación alguna.

10. El proyecto del Ejecutivo avanzaba sobre estos puntos, permitiendo la renegociación de los contratos laborales. El Congreso prefirió ligar este avance al futuro de la flexibilización laboral.

11. Las empresas pequeñas (menos de US\$ 500.000 de activos) representan en los Estados Unidos la mayoría (2/3) de las empresas que se presentan a con-

curso (Chapter 11). Sin embargo, sólo un 10% de ellas continúa en actividad una vez que el proceso ha terminado; para la mayoría de ellas el Chapter 11 es únicamente una etapa intermedia a la liquidación (Chapter 7). Los costos o beneficios sociales inducidos por la liquidación a destajo de empresas pequeñas no serían de gran relevancia, debido a que el total de activos y pasivos de estas empresas representa el 5% del total del de las empresas que se presentan en el capítulo 11.

## Capítulo V

### REGULACION DE PAGOS: INCUMPLIMIENTO Y RECUPERACION DE CREDITOS

#### V.1. INTRODUCCION

El propósito de este estudio es evaluar los efectos económicos del marco legal para las relaciones entre acreedores y deudores en el caso de incumplimiento en los pagos. Más específicamente, se trata, por un lado, de evaluar los beneficios y costos económicos de distintas restricciones a los contratos entre éstas y, por otro, de analizar las acciones de las partes en caso de incumplimiento de las cláusulas contractuales. ¿Cuál es el impacto de estas restricciones en los términos (por ejemplo, costo) y disponibilidad del crédito? ¿Quiénes se benefician y quiénes se perjudican?

En la primera sección se considera lo que la teoría económica indica sobre las regulaciones de incobrabilidad de deudas, más precisamente, qué dice la teoría económica sobre las relaciones entre acreedores y deudores; qué dice la teoría sobre los efectos económicos de las restricciones en la relación entre deudores y acreedores que tienen como objetivo limitar el fenómeno de la incobrabilidad. En la segunda sección se considera la experiencia regulatoria de los Estados Unidos, para compararla con el caso de la Argentina. Se presenta una breve enumeración de los cambios en el marco legal que regula el crédito a las familias desde la década del setenta y luego se revisan los estudios empíricos sobre su impacto en el costo y la disponibilidad del crédito. Finalmente, se resumen los arreglos institucionales utilizados en la Argentina para la recuperación de créditos impagos y se comparan las regulaciones en el mercado de crédito a las familias de los Estados Unidos con la Argentina. En la última sección se extraen conclusiones de las comparaciones hechas anteriormente. Por un lado, se comparan algunos aspectos del marco legal en la Argentina con los Estados Unidos, y se extienden los resultados de los estudios empíricos llevados a cabo para este país, para la evaluación del marco legal en la Argentina. Por otro lado, se comparan los lineamientos generales del marco legal en la Argentina con lo que aconseja la teoría económica.

## V.2. EL ENFOQUE DE LA TEORIA

En esta sección se repasan algunos de los conceptos desarrollados en la teoría económica que ayudarán a entender los efectos del marco regulatorio en el mercado de créditos. Primero, se analizan las implicaciones de la teoría con respecto a los diferentes arreglos entre deudores y acreedores, y luego, usando esta discusión previa, se revisan las conclusiones sobre algunas regulaciones en el mercado de crédito. Conviene abrir esta discusión con un ejemplo donde la ausencia de pago no tiene mayores consecuencias. Este ejemplo servirá, por un lado, para explicar que el mero hecho de incumplimiento de pago puede no tener mayores consecuencias económicas y, por otro, para enfatizar cuáles son los aspectos no considerados en este ejemplo que tornan importante a la falta de pagos.

*Un ejemplo donde el incumplimiento de pago (default) es inocuo*

Considérese el caso de un banco y de un conjunto de empresarios, cada uno de ellos con un proyecto de inversión idéntico, y que necesitan un préstamo para emprender el proyecto. El banco les presta el monto necesario para emprender el proyecto de inversión (principal) y le carga un interés. Si se supone que la mitad de las veces, por alguna razón que no se va a discutir ahora, cada uno de los deudores no paga sus deudas, entonces el costo (esperado) del crédito para los bancos es mucho mayor que el principal más los intereses, ya que sólo la mitad de las veces sus clientes le pagarán lo convenido. Ahora bien, ¿cuál sería el efecto económico de estas acciones (la falta de pago) de parte de los deudores en el mercado de crédito? El banco ajusta la tasa de interés de manera tal que en los créditos que cobra (50% del total) obtiene el doble que en la situación descrita anteriormente; en este caso, la *rentabilidad esperada sería la misma que la de un crédito que será pagado con certidumbre* a la tasa de interés correspondiente al caso anterior. Los deudores también tendrán la misma rentabilidad (esperada) que si *devolvieran el crédito con certidumbre a la tasa de interés anterior*, ya que la mitad de las veces que pagan tienen que pagar el doble que en el caso anterior. Entonces, ¿cuál es el efecto neto del *default*? Por un lado, cada crédito, visto como una inversión para el banco, es más riesgoso. O le pagan el doble que en la situación anterior, o bien no le pagan nada. Este riesgo ha sido transferido desde algunos de los deudores a otros. En efecto, cuando algunos de los proyectos “fracasan”, esos deudores no pagan nada, y, en cambio, cuando los proyectos son “exitosos” pagan una tasa de interés más alta. Pero dejando de lado el riesgo, para este ejemplo no hay ningún otro efecto del *default*, la rentabilidad esperada es la misma para los deudores y acreedores en ambas situaciones.

El único efecto del *default* es, pues, incrementar el riesgo de cada crédito otorgado por los bancos?<sup>1</sup> Y, por lo tanto, si el riesgo de las carteras de crédito no reviste particular interés, ¿el marco legal que regula la cobranza de los créditos –que seguramente afectará las probabilidades de

pago de los deudores– no tiene ningún efecto económico dentro del presente análisis?

En lo que sigue se examinarán algunos aspectos fundamentales, omitidos hasta aquí, que permiten dar respuesta negativa a los dos interrogantes anteriores. Una vez identificadas algunas de las características fundamentales de los contratos de deuda, se analizarán los efectos de diferentes regulaciones. La relevancia del ejemplo introducido en el párrafo anterior es que cambios en las probabilidades de *default* no constituyen, necesariamente, un costo económico.

### *Contrato estándar de deuda*

En el análisis del mercado de crédito se concentrará en contratos “estándar” de deuda. El pago para cada una de las partes (acreedor y deudor) en este tipo de contrato está caracterizado por:

- principal
- tasa de interés explícita
- valuación(es) del colateral

En este análisis el deudor está en *default* cada vez que el pago efectuado sea menor que el principal más los intereses explícitos, en cuyo caso la propiedad del colateral pasará del deudor al acreedor. Estos elementos definen los pagos a efectuarse en un contrato de deuda estándar. Los pagos efectuados dependerán de la realización en particular del proyecto de inversión (o, más apropiadamente de lo que el deudor estime como el retorno del proyecto). Si el proyecto es exitoso, el deudor pagará los intereses y el principal; si no lo es el acreedor retendrá el total de lo producido por el proyecto más el colateral. Por tanto, un elemento importante para el estudio de los contratos estándar de deuda es la caracterización de las probabilidades de los diferentes retornos del proyecto de inversión. Para los casos en que consideremos créditos a los consumidores, interpretaremos el consumo corriente como el principal y el ingreso futuro de los consumidores como el retorno del proyecto a financiar.

Visto como una inversión para el deudor, la rentabilidad de financiar un proyecto mediante un contrato estándar de deuda depende de la tasa de interés explícita, el valor del colateral, y de las características del proyecto de inversión, es decir que dependerá de la probabilidad de obtener beneficios mayores al valor del principal más los intereses explícitos.

Visto como una inversión para el acreedor, el retorno de un contrato de deuda depende de la tasa de interés explícita, de las probabilidades de que el deudor no pague el principal más intereses, del monto que pague el deudor y de la valuación del colateral en caso de *default*.

Un punto importante a recalcar es que la rentabilidad para el acreedor se ve afectada por el riesgo de que el proyecto de inversión tenga re-

tornos muy bajos, en cuyo caso sólo percibe la totalidad de los retornos más el valor del colateral, mientras que la rentabilidad para el deudor depende de la probabilidad de que el proyecto tenga retornos muy altos, en cuyo caso percibe el retorno del proyecto neto de intereses.

Retomemos el ejemplo que se introdujo al principio de esta sección en términos de un contrato estándar de deuda. Ese proyecto de inversión, en particular, se puede caracterizar por una probabilidad de 1/2 de ser exitoso (y obtener un retorno suficientemente alto como para devolver el principal más los intereses) y una probabilidad de 1/2 de fracasar y obtener cero de retorno.

En el resto de esta sección se discutirán los efectos de las siguientes características en los contratos de deuda:

- Diferencia en la valuación del colateral entre acreedores y deudores.
- Información asimétrica entre deudores y acreedores.
- Costos de verificación de los retornos.
- Relación de largo plazo entre deudores y acreedores.
- Incentivos a utilizar remedios “excesivamente” costosos para los deudores.

Como se adelantara, la presencia de alguna de estas características (o la combinación de varias de ellas) son fundamentales para entender los efectos económicos del marco legal en el mercado de créditos.

### *Efectos en el mercado de crédito de la diferencia entre la valuación del colateral para los deudores y acreedores*

La función principal del colateral en un contrato de deuda es la de actuar como mecanismo de incentivo para el cumplimiento del repago del deudor. Si el deudor no repaga de acuerdo con lo establecido, éste pierde el colateral. Por lo tanto, esta asignación del colateral da incentivos al deudor para cumplir con las obligaciones establecidas. La valuación del colateral para el acreedor puede diferir de la valuación del deudor. Esta diferencia entre la valuación del colateral por el deudor y el acreedor y sus efectos en los términos de los contratos de deuda es, para los propósitos de este estudio, el aspecto principal de la teoría económica. Varias de las restricciones legales a considerar ocasionan que esta valuación difiera entre el deudor y el acreedor.

Cuando el deudor no devuelve el principal e interés explícito, el traspaso de la propiedad del colateral toma lugar. Nótese que tal evento conlleva una pérdida neta de eficiencia en el caso de que la valuación del colateral para el acreedor sea mayor que para el deudor, ya que un activo es traspasado a alguien que lo valora menos que el titular original.

Ahora bien, las conclusiones del análisis del mercado de crédito para el caso en que los oferentes de crédito pueden tomar prestado fondos a

una tasa libre de riesgo, y usar dichos fondos para prestarlos a firmas con contratos de deuda estándar indican que la competencia entre los oferentes de fondos hará que la rentabilidad esperada de las operaciones en los créditos sujetos a riesgo sea igual a la tasa libre de riesgo.<sup>2</sup> En este caso, el efecto de la divergencia en la valuación del colateral entre acreedores y deudores se traduce en que a mayor divergencia entre las valuaciones, mayor será la pérdida de eficiencia. Las tasas de interés explícitas en el contrato de deuda reflejarán los costos de eficiencia –apropiadamente ajustados por las probabilidades de no pago– y por lo tanto, estas tasas serán más altas cuanto mayor sea la divergencia entre las valuaciones. No sólo la tasa de interés explícita será mayor sino que el costo del crédito se encarecerá para los deudores, quienes soportarán el peso de la pérdidas netas de eficiencia. Adicionalmente, el monto de crédito máximo a otorgar a cada deudor potencial será menor; lo que, dependiendo de las circunstancias particulares de cada deudor, agrega un costo extra para las operaciones de crédito (es decir, los oferentes de crédito no sólo pasarán los costos de eficiencia a sus clientes, sino que tenderán a incrementar la práctica de racionar el crédito por medio de mecanismos diferentes de la tasa de interés).

¿Por qué se darán estas consecuencias? La respuesta se sigue del análisis de las circunstancias que llevan a que los deudores no cumplan con los pagos. Así, el retorno del proyecto de inversión y el valor del colateral en el momento del repago del crédito no son necesariamente conocidos en el momento de entrar en el contrato. Entonces, ¿en qué circunstancias el deudor no pagará el principal más los intereses? El deudor no pagará cuando el valor del proyecto más el valor (para el deudor) del colateral sea menor que el principal más los intereses. Este puede ser el resultado combinado de un colateral que no resultó ser tan valioso y un proyecto que no dio resultados muy buenos. Nótese que la decisión de los deudores no depende de la valuación del colateral que hacen los acreedores. Entonces, a mayor tasa de interés, o mayor tamaño del crédito, o mayores probabilidades de que el colateral no sea muy valioso para el deudor, mayor será la probabilidad de *default* y menor será la rentabilidad esperada de los oferentes de fondos. Para cada tamaño de crédito (principal), a medida que la tasa de interés explícita aumenta, la rentabilidad esperada de los acreedores aumenta hasta cierto valor máximo. Es decir, para un tamaño dado de crédito, hay un valor crítico de la tasa de interés luego del cual mayores tasas de interés reducirían la rentabilidad esperada de los oferentes de crédito. Este resultado depende de que, como consecuencia de la diferencia en las valuaciones del colateral, a mayor tasa de interés explícita el incentivo marginal para los deudores de no pagar aumenta a una tasa más rápida que el retorno marginal esperado para los oferentes de crédito. Por tanto, es posible que las instituciones financieras otorguen créditos sólo hasta un monto máximo, independientemente de que algunos clientes muestren disposición a pagar una tasa de interés mayor a cambio de un crédito de mayor monto,

es decir, puede haber racionamiento del crédito usando mecanismos distintos de tasa de interés.

Una diferencia a destacar con el ejemplo anterior es que cuando la probabilidad de *default* aumenta, también aumentan los costos de eficiencia (ya que se hace más frecuente que el colateral se traspase de los deudores a los acreedores). Si la competencia fuerza a los acreedores a igualar la tasa de rentabilidad esperada de sus préstamos a la tasa libre de riesgo, entonces el diferencial entre la tasa libre de riesgo y la tasa de interés explícita reflejará las probabilidades de que la firma no pague (que dependen, entre otras cosas, de la valuación del colateral por las firmas), así como también reflejará la valuación del colateral por los oferentes de crédito. En otras palabras, los deudores soportarán los mayores costos de eficiencia que surjan de la mayor tasa de interés necesaria para que la rentabilidad esperada de los oferentes de fondos continúe igualando a la tasa libre de riesgo.

Considérese el caso en que la diferencia entre estas dos valuaciones se hace más grande, porque, por ejemplo, la valuación del colateral para los acreedores se hace menor. Mientras no haya cambios en la tasa de interés explícita no habrá cambios en el comportamiento de los deudores, y, en consecuencia, el *default* va a ocurrir con las mismas probabilidades que ocurría anteriormente. Pero la rentabilidad esperada de los acreedores claramente decrece, ya que ante un eventual *default* de los deudores el colateral es menos valioso para los acreedores. Dado que los acreedores competirán hasta igualar la tasa de retorno esperada de los créditos con la tasa libre de riesgo, éstos elevarán la tasa de interés explícita de los créditos de cada tamaño o, de modo equivalente, restringirán el tamaño de los créditos que otorgan para cada tipo dado de colateral a la misma tasa de interés explícita.

### *Efectos de asimetría en la información y selección adversa en el mercado de crédito*

En el siguiente ejemplo se destacan las implicaciones que tiene para el mercado de crédito que los demandantes de créditos tienen información sobre ellos mismos (o los proyectos que quieren financiar) que no es accesible para los bancos. De tal manera que, aunque los bancos conozcan que hay distintos tipos de clientes, y que conozcan las perspectivas de cada tipo de cliente, no pueden distinguir qué tipo de cliente es el que está solicitando financiamiento. Esta situación particular en cuanto al conocimiento de las distintas partes es denominada “información asimétrica” y produce un efecto denominado “selección adversa”. Se analizan las consecuencias de los efectos de selección adversa en el mercado de crédito, con énfasis en los efectos de distintos grados de garantía para los créditos.

A continuación se describe un escenario con información asimétrica

donde el problema de selección adversa es crucial. Se supone que hay dos tipos de clientes (asociados a dos tipos de proyectos o firmas) que desean financiar una inversión de \$1 (por ahora no omita el aspecto, muy relevante, de que el tamaño de los préstamos e inversiones es variable para cada firma). Una clase de proyectos son aquellos que, en cualquier contingencia, son capaces de repagar el principal e interés (a la tasa de interés libre de riesgo). Se identifica aquí a estos proyectos (o deudores) como del tipo S, por seguros. El otro tipo de proyectos son aquellos que, en ciertas circunstancias, no son capaces de generar retornos suficientes para devolver el principal más interés (calculados a la tasa de interés libre de riesgo). Se llama aquí a estos proyectos (o deudores), tipo R, por riesgosos. Por ahora se considera el caso en que ninguno de los dos tipos de clientes es capaz de ofrecer colateral para garantizar el crédito. Dado que los bancos no pueden distinguir entre ambos tipos de proyectos al momento de decidir los términos de la financiación, ambos tipos de deudores enfrentarán el mismo contrato. Los bancos tratarán de cargar una tasa de interés implícita más alta que la tasa libre de riesgo para poder resarcirse de las pérdidas en el caso en que los proyectos de tipo R no paguen lo suficiente. El problema es que la tasa de interés implícita que iguala la rentabilidad esperada de los bancos con la tasa libre de riesgos puede llegar a ser suficientemente alta como para que los deudores de tipo S decidan no participar del mercado de crédito. En este caso los bancos terminarían teniendo en sus carteras sólo a los clientes de tipo R, ¡y su rentabilidad podría ser todavía menor! En otras palabras, el rendimiento esperado de los bancos crece con la tasa de interés explícita hasta cierto punto; para valores de la tasa de interés explícita más altos que ese valor crítico el rendimiento esperado decrece. La razón de la baja en el rendimiento esperado de los bancos es el cambio en la composición de los deudores que solicitan crédito, efecto llamado “selección adversa”. Como consecuencia de este efecto los bancos no ofrecerán contratos donde la tasa de interés sea mayor que ese valor crítico y, dependiendo de la demanda total de crédito y de los fondos disponibles de los bancos, éstos racionarán el crédito por medio de mecanismos distintos del de la tasa de interés.

El caso que se acaba de discutir se utiliza ahora para analizar los posibles efectos de distintos niveles de colateral en un mercado de créditos donde hay problemas de selección adversa. Los clientes de los bancos pueden ofrecer colateral para garantizar, al menos parcialmente, el cumplimiento de los créditos. La pregunta fundamental es, ¿cuáles son los incentivos de los distintos tipos de clientes para ofrecer colateral? Para el tipo de firma S, no hay costos de ofrecer colateral para garantizar créditos cuando la tasa de interés explícita es igual a la tasa de interés de los activos libre de riesgo. La razón es que, en cualquier evento, este tipo de cliente es capaz de afrontar los pagos de interés con los retornos del proyecto y no entrar en *default*. Entonces, le resulta indiferente ofrecer la garantía porque no necesitará usarla. Para los clientes tipo R la situación

es distinta. Si ofrecen una garantía, en el caso de que el proyecto de inversión obtenga un rendimiento muy bajo perderán el control del colateral. Entonces la pregunta clave para un cliente del tipo R es la siguiente, ¿qué estrategia es preferible, no ofrecer colateral, e implícitamente revelar la información de que es un cliente de tipo R, u ofrecer el colateral para incentivar al banco a considerarlo, potencialmente, como un cliente de cualquiera de los dos tipos? Según cuánto colateral pueden ofrecer los clientes de tipo S (recordemos que para ellos esto no tiene costos) la estrategia preferible de un cliente tipo R puede ser revelar –implícitamente– su tipo ofreciendo un monto menor de colateral. En este caso, los bancos pueden tratar a cada tipo de cliente como un mercado separado, y hacer un contrato diferente para cada uno. Para los del tipo S, la tasa de interés explícita será igual a la tasa libre de riesgo y ofrecerán colateral; para los tipo R, la tasa de interés implícita será mayor que la tasa de interés libre de riesgo y el colateral ofrecido menor que el de los clientes de tipo S.

Un punto importante a destacar de este simple ejemplo es el siguiente. ¿Qué pasaría si, por alguna razón,<sup>3</sup> los deudores no pudieran aportar el colateral? Más precisamente, ¿qué margen de maniobra le queda al banco en el diseño del contrato de deuda? Un instrumento obvio es ajustar la tasa de interés. Esto es, si el banco percibe que el conjunto de demandantes de créditos es riesgoso, para compensar le otorgaría un crédito sólo con una tasa de interés mayor. Pero si el banco incrementa la tasa de interés explícita podría estar cambiando la composición de su “clientela”, de manera tal que los beneficios esperados caerían, en lugar de aumentar (por el efecto de selección adversa). La idea es muy simple. Para los clientes que van a pagar el crédito con seguridad, una tasa de interés explícita más alta es, relativamente, más costosa que para los clientes que sólo lo van a pagar en algunas circunstancias. De manera que cargar una tasa explícita de interés mayor puede incrementar la fracción de clientes tipo R –o con proyectos de peor calidad– y, por lo tanto, puede ocasionar efectos contraproducentes para la rentabilidad del banco (al menos, a partir de ciertos valores de la tasa de interés).

De aquí la importancia de que los bancos puedan redactar contratos donde los deudores puedan ofrecer garantías, ya que conduce a que se financie una mayor parte de los proyectos que son socialmente deseables. De otra manera, si no se pudieran ofrecer garantías, la cartera del banco podría ser de tan mala “calidad”, que los bancos recurrirían a racionar el crédito.

Por supuesto que éste es un ejemplo extremadamente sencillo y que podría pensarse en construir situaciones donde el hecho de que un cliente ofrezca una garantía extra no fuese suficiente para revelar su tipo.<sup>4</sup> El punto es que para la mayoría de los casos el hecho de que el deudor ofrezca mayores garantías es suficiente para que los distintos tipos de deudores se identifiquen entre sí, revelando qué tipo de riesgos están buscando financiar.

### *Efecto de los costos de verificación de los retornos en el mercado de crédito*

Este tema se refiere a los efectos de restricciones en los costos de verificación de los resultados de las firmas y su influencia en el mercado de crédito. Para ello se considerará una interpretación distinta del contrato de deuda.

En esta interpretación los bancos pueden elegir qué tipo de contrato redactar, porque no necesariamente tiene que ser un contrato estándar de deuda. Un ejemplo de contrato alternativo sería un contrato de tipo de reparto de beneficio, que se asemeja al financiamiento de un proyecto por emisión de acciones en una sociedad anónima. Como se verá, el mejor contrato que pueden escribir en esta situación es, en efecto, un contrato de deuda estándar, siempre que el retorno del proyecto sea verificable ante las autoridades que tienen el poder de hacer cumplir el contrato (por ejemplo ante el Poder Judicial) a un costo dado.<sup>5</sup> La conclusión de esta sección es que la magnitud de estos costos de verificación es central para entender qué proyectos serán financiados y cuál será la tasa de interés explícita.

Como ya se mencionó, el banco tiene acceso a fondos a la tasa libre de riesgo, y la competencia entre distintos bancos hará que el retorno esperado de estas instituciones se iguale a la tasa libre de riesgo. En esta situación, ¿cómo competirán los bancos entre sí? O, alternativamente, ¿qué tipo de contrato ofrecerán a sus clientes? Los bancos ofrecerán el contrato que resulte más atractivo para sus clientes, sujeto a que obtengan un retorno esperado igual a la tasa libre de riesgo. De otra manera, un banco que ofrezca un contrato con el mismo costo pero que sea preferible para sus clientes se apoderaría de todo el mercado. Bajo estas condiciones el contrato óptimo especifica una tasa de interés explícita y estipula que en la eventualidad de que el empresario indique que los rendimientos de su proyecto no alcanzan a cubrir el principal más los intereses –a la tasa explícita– el banco usará los recursos para verificar el rendimiento y se quedará con el total del rendimiento y el colateral; en el resto de los casos (esto es, cuando los clientes devuelven el principal más los intereses explícitos), el banco no verifica los rendimientos de su cliente. Además, en el contrato óptimo, el cliente usará todos los fondos propios que tuviera para financiar su proyecto antes de pedir fondos al banco. El punto fundamental de un contrato de deuda estándar es que, en la eventualidad de *default* el banco toma todos los activos (el colateral) y también toma todos los rendimientos del proyecto. ¿Por qué éste es el contrato óptimo? Primero, el costo financiero de los recursos para el banco y los costos de verificación serán traspasados a los clientes. Segundo, el banco trata de estructurar el contrato de manera que sea lo más atractivo posible para sus clientes, sujeto a las restricciones de su costo de financiamiento y de la provisión de información. Esto es, el banco obtiene información cierta de su cliente en dos circunstancias: o bien cuan-

do elija verificar a su cliente o cuando esté en el interés de su cliente proveer la información. Los bancos no esperarán que sus clientes contesten de buena fe, sino que imaginarán que contestarán lo que les convenga. Tercero, y más importante, estructurando el contrato como un contrato de deuda estándar el banco se asegura de verificar los retornos del proyecto la menor cantidad de veces posible, y, por tanto, ahorrará en costos de verificación –que no será “traspasados” a su cliente–. Por último, los clientes usarán todos sus fondos propios en el proyecto porque de esta manera reducen el monto a financiar por el banco, y, de ese modo, reducen el costo esperado de verificación.

La conclusión de la discusión anterior es que los contratos estándar de deuda no son una forma caprichosa en la que se relacionan agentes con proyectos pero sin fondos (los empresarios o consumidores) con agentes con fondos pero sin proyectos (los bancos), sino que, bajo ciertas circunstancias, son la mejor manera de relacionarse (esto es, el contrato óptimo). En términos de los objetivos de este estudio, este enfoque involucra dos ventajas. Primero, ayuda a analizar los efectos económicos de un cambio en los costos de verificación. Si los costos de verificación aumentan, entonces el costo esperado de la financiación aumenta para los clientes del banco (ya que se verifica más a menudo). Segundo, explica que en algunas circunstancias es deseable que los bancos tomen todos los derechos de propiedad posibles en el caso de que el proyecto no sea exitoso, ya que ayuda a reducir al máximo el costo de financiar el proyecto de inversión.

### *Efecto de la reputación en el mercado de créditos*

Hasta ahora se ha enfatizado el rol de las garantías en las relaciones entre deudores y acreedores para evitar comportamientos “oportunistas”. El hecho de que muchas relaciones de crédito sean de largo plazo sugiere algunos argumentos que restan importancia a estos comportamientos.

La idea básica es que los oferentes de fondos no pueden distinguir entre *defaults* causados por un problema de liquidez –por ejemplo, causados porque el deudor no puede pagar transitoriamente– de los *defaults* causados por comportamiento estratégico de los deudores. En contraste, las relaciones repetidas entre partes, donde se espera que durante un largo período de tiempo haya interacciones frecuentes tienden a crear incentivos de carácter diferente a los de las relaciones ocasionales. En particular, en algunas circunstancias la amenaza de perder una “buena” relación puede ser suficiente para evitar comportamientos “oportunistas” que buscan retornos de corto plazo, es decir, evitar los *defaults* estratégicos. Un caso extremo es aquel en que la única garantía que un cliente podría ofrecer a su banco es el valor de su relación en el futuro con éste. Si el valor es muy alto, sería un incentivo suficiente para evitar un comportamiento oportunista del deudor y

entrar en *default*, ya que perdería el acceso futuro a todo crédito. Si el incentivo principal de la mayoría de las relaciones de crédito fuese la posibilidad de su continuación en el futuro, restricciones legales a las garantías a ofrecer por los deudores o restricciones a las acciones de los acreedores, en el caso de que los deudores entren en *default*, no tendrían efectos económicos.

¿Bajo qué condiciones la amenaza de no conseguir crédito en el futuro implicaría una pérdida tan grande que evitaría el comportamiento estratégico de los deudores de no pagar, en el caso de que los acreedores no puedan imponer ninguna pena en el presente? Una condición necesaria es que el horizonte futuro sea muy largo y/o que los deudores valoren pagos en el futuro casi tanto como pagos en el presente (cuanto mayor es el horizonte y menor es el “descuento” que los deudores le aplican a los pagos futuros, mayor será el valor de la relación). Pero estas condiciones no son, de ninguna manera, suficientes. La siguiente es una condición adicional de suma importancia: no alcanza con que un banco en particular no otorgue más créditos al deudor que entró en *default*, lo que se necesita es que ¡ningún banco le permita ni siquiera ahorrar en el futuro! La razón por la cual se necesita que el deudor que comete *default* no tenga la posibilidad de ahorrar dentro del sistema bancario es ilustrada por el siguiente ejemplo. Supongamos que éste no fuese el caso, de manera que, luego de no cumplir con el pago, el deudor todavía puede recurrir al sistema financiero, al menos como oferente de fondos. En este caso, siempre es conveniente que el deudor no pague las deudas e “invierta” lo que consiguió de esa manera para financiarse en el futuro. Siguiendo esa estrategia el deudor puede obtener gratis los fondos para el proyecto corriente y usar los fondos que debería repagar en el futuro, utilizando el mercado financiero para “traspasarlos” al período futuro donde sean necesarios. La posibilidad de reentrar al mercado financiero, al menos del lado de los oferentes de fondos, luego de cometer *default* es lo que se conoce en la literatura sobre el tema como la existencia de “bancos suizos”. En resumen, podemos argumentar que la existencia de “bancos suizos” hace que sea siempre conveniente esperar hasta el momento donde la deuda es tan alta como sea posible, cometer *default*, y usar los ahorros para financiar consumo (o inversiones) en el futuro. Este es un punto fundamental a tener en cuenta al evaluar lo importante que puede ser la construcción de reputación para sostener una relación de crédito cuando no hay garantías explícitas. Este tema ha sido estudiado profusamente en la literatura económica para tratar de entender mejor el fenómeno de la deuda de los países soberanos. En el caso de contratos de deuda entre ciudadanos (o instituciones) de distintos países no hay, en principio, una Corte con jurisdicción sobre ambos, que pueda aplicar remedios en el caso de ausencia de pago. Entonces la pregunta es, ¿por qué los deudores terminan cumpliendo con sus obligaciones? La conclusión de buena parte de los investigadores en este tema es que, si se examinara cuidadosamente la historia, las transacciones internacionales de crédito



existen cuando parece haber medidas que los acreedores pueden tomar para hacer cumplir los contratos.

Para el caso de la Argentina, las características necesarias para hacer que la reputación sea suficientemente valiosa parecen ser menos relevantes que en otros países, por el momento.

*Remedios “excesivamente costosos”,  
consistencia temporal e incentivos*

Hasta ahora se ha considerado un tipo de contrato entre acreedores y deudores que especifica acciones en el caso de falta de pago de los deudores que tienen un costo directo para ellos mayor que el beneficio directo para los acreedores. En el caso de ejercicio de tales acciones se incurriría en una pérdida de eficiencia neta, y por tanto sería mejor para ambas partes no incluir este tipo de remedios en los contratos. En rigor, el efecto económico relevante de este tipo de remedios está en limitar los incentivos a cometer *default* y no en la recuperación efectiva de los créditos. Si los potenciales deudores saben que estas penalidades severas serán aplicadas en el caso de *default*, el tipo de proyectos a financiar será distinto y el costo del crédito será diferente.

Una consideración sutil, pero muy importante en este caso, es la consistencia temporal de estas penalidades. Es decir, ¿tiene el banco incentivos para aplicar estas penalidades? En el caso extremo en que, cuando el deudor declara que no puede pagar es porque no tiene ningún recurso –es decir, no es un *default* estratégico–, de manera que ninguna acción posible incrementará el flujo de fondos del deudor al banco, a priori, los acreedores tienen menores incentivos para usar los remedios. Una motivación para el banco para iniciar acciones contra el cliente, aun en este caso, es que intenta afectar los incentivos de los clientes futuros, creando la reputación de ser severo con quienes no cumplen, y por tanto, atrayendo a deudores que tendrán menores probabilidades de *default*. En este caso, la existencia de penalidades severas ayuda a resolver el problema de asimetría de información.

Entonces, en casos donde existen problemas de información asimétrica, los acreedores podrían requerir contratos con penalidades cuyo costo para el deudor sea mayor que el beneficio directo para el acreedor, “separando” distintos tipos de deudores, y bajando el costo del crédito para los deudores. Contrariamente al caso considerado en el párrafo anterior, en situaciones donde estos remedios no puedan afectar los incentivos –por ejemplo, porque los bancos pueden observar la misma información para la evaluación del riesgo que los posibles deudores– debería esperarse que los bancos no utilizarán penalidades cuyo costo es mayor para los deudores que el beneficio directo para los acreedores.

*Efectos económicos de restricciones  
a los remedios de los acreedores*

Como en todo análisis de una política económica, hay dos aspectos fundamentales de la evaluación de los costos y beneficios: sus efectos sobre la eficiencia y sus efectos sobre la distribución. Casi la totalidad del análisis de los efectos económicos de las restricciones en este estudio se centra en los aspectos de eficiencia. Esto no quiere decir que el marco legal del mercado de créditos no tenga impacto redistributivo de hecho, la motivación explícitamente citada en varias de las regulaciones es la de “proteger” a los consumidores de menores recursos, aunque en algunos casos el efecto haya sido, finalmente, el opuesto.

*El caso sin imperfecciones de mercado.  
Diseño de los contratos, soberanía del  
consumidor y contratos de adhesión*

Considérese el caso donde no hay mayores imperfecciones en el mercado. No hay poder monopólico del lado de los oferentes ni del lado de los demandantes. Tanto los oferentes como los demandantes tienen la misma información. Este es el caso clásico analizado por la teoría económica. Bajo estas circunstancias los arreglos de mercado respetarán “la soberanía del consumidor”. Esto es, ante la propuesta de cualquier intervención, quien la está proponiendo debe contestar la siguiente pregunta, ¿si esta intervención va a mejorar el bienestar de los consumidores, sin incrementar el costo de los productores, por qué es que alguno de los productores no la implementó? De haberlo hecho, este productor podría cobrar un precio un poco más alto y, como los consumidores prefieren este nuevo arreglo al anterior, obtendría todo el mercado. Este razonamiento, extremadamente sencillo, es, a la vez extremadamente poderoso.

Con esta perspectiva se analiza ahora el caso de la restricción de que “el valor de las garantías, para ciertos créditos, no puede ser mayor que el valor de los créditos”. Si la disposición a pagar de los deudores se incrementará más que el costo esperado de los acreedores mediante esta nueva restricción, un oferente de fondos que provea contratos con estas cláusulas se podría adueñar de parte del mercado (ofreciendo cláusulas menos severas) y conseguir beneficios extraordinarios (cargando un precio mayor a su costo esperado). Dado que existiría un incentivo para el establecimiento de esta restricción por parte de los oferentes (privados) y la experiencia indica que esta cláusula no se introduce espontáneamente, el argumento del aumento de la disposición a pagar de los deudores no es el que sostiene la propuesta de intervención.

Entonces, ¿cuáles son los argumentos de quienes proponen regulaciones al marco legal del mercado de créditos? Uno de los argumentos principales de los proponentes de restricciones al mercado de créditos se

refiere al grado de competencia. La práctica observada en el mercado de crédito, especialmente crédito a los consumidores, es que la gran mayoría de los contratos son “contratos de adhesión”. Esto es, son contratos que son ofrecidos al consumidor –en este caso, el posible deudor– y éste debe aceptarlos o rechazarlos. Por tanto, argumentan los proponentes de diferentes regulaciones, los consumidores no se ven enfrentados a las opciones que supone la teoría económica que encarar. Este es el argumento más común esgrimido por la Federal Trade Commission (FTC) en los Estados Unidos para explicar las ventajas de las restricciones a los “remedios” de los acreedores. Para que este argumento sea consistente, al menos implícitamente, lo que se está asumiendo es que los oferentes de fondos en el mercado de crédito son capaces de un grado de colusión tal que, si un demandante de fondos expresa su voluntad por un contrato distinto al estándar, ningún oferente de fondos, aunque estuviese en su interés hacerlo, le ofrecería otro contrato distinto al corriente observado. En otras palabras, el cumplimiento de este tipo de arreglo de colusión por parte de los oferentes de fondos requiere un grado de disciplina extremo.<sup>6</sup>

El hecho de que se observen contratos estandarizados no es evidencia suficiente para aceptar la noción de ausencia de competencia en el mercado de créditos. Para proveer un ejemplo similar, considérese el caso de diferentes firmas que ofrecen el mismo precio para un artículo similar. Alternativamente, se podría pensar en una variedad de esquemas de precios distintos (algunos de ellos, inclusive, podrían parecer más acertados que los que se observan en la realidad para quien no está en la industria). Sin embargo, en la mayoría de los casos no se concluiría que esto implica que hay colusión entre las diferentes firmas, sino que este tipo de esquema es el que los consumidores valoran más.

*El caso de imperfecciones en el mercado:  
diferencia en la valuación, información  
asimétrica y costos de verificación*

*a) Deudores no informados*

Uno de los razonamientos esgrimidos en favor de la restricción de acciones para los acreedores en el caso de *default* es que los deudores no perciben correctamente las consecuencias de los contratos en que están entrando. En este caso, prohibir los remedios que los consumidores no incluirían en los contratos si tuvieran una percepción correcta aumentaría el bienestar. El argumento es que, quizá debido a los costos de búsqueda y negociación a nivel individual, los consumidores “eligen” no informarse sobre los contratos que están firmando. Sin embargo, aun en este caso, para que la prohibición de algunos remedios mejore el bienestar se tienen que dar dos circunstancias: la primera es que el organismo regulador pueda determinar los remedios que los consumidores no in-

cluirían en los contratos si es que tuvieran toda la información; la segunda es que los costos de la imposición de esta prohibición sean menores que los costos de negociación a nivel individual –economías de escala en la negociación de los contratos–. Nótese que la segunda condición, que a primera vista parece cumplirse sin mayores problemas, debe de tener en cuenta la heterogeneidad en el mercado de crédito –el hecho de que distintos tipo de deudores preferirían distintos contratos–. Es decir, para que la prohibición de algunos remedios mejore el bienestar de *todos* los posibles deudores, la restricción tiene que estar diseñada para abarcar un número de casos suficientemente grande –debe especificar un número grande de contingencias– lo cual aumenta los costos de calcularla e implementarla.

Alternativamente, incrementar –hacer pública a bajo costo– la información sobre la naturaleza de los contratos mejoraría el funcionamiento de los mercados. En este caso el punto clave es, ¿por qué el sistema regulatorio está en mejor condición que el sector privado para establecer un flujo de información más completo? O, puesto de otra manera, ¿por qué los oferentes de crédito no dan la información en la misma forma que sería regulada si es que eso beneficia a los consumidores? Nótese que la existencia de imperfecciones en los flujos de información no es suficiente para fundamentar que una intervención en el mercado aumentará el bienestar de los participantes.

En ambos casos hemos visto que la imposición de prohibición de algunos remedios basada en la falta de información de los deudores sobre los contratos que ellos mismos firman requiere que los organismos regulatorios sean más eficientes que el sector privado en términos de tener menores costos de negociación-transacción entre partes y de diseminación de la información.

*b) Requerimientos que aumentan la diferencia en la valuación del colateral entre deudores y acreedores*

Algunas de las regulaciones a las acciones de recupero de los acreedores tienen el efecto de incrementar la diferencia en la valuación del colateral para el deudor y el acreedor. En esta categoría se incluye cualquier acción (impuesta en los contratos celebrados entre las partes) que incremente el costo de la transferencia de la garantía (en tiempo o en recursos) y/o que restrinja los usos posibles de la(s) garantía(s). Ejemplos de este tipo de regulaciones son: período de gracia obligatorio; requerimientos especiales de notificación de las acciones o a la forma de valuación y/o venta del colateral (a los efectos contractuales de calcular si la deuda es cancelada o no); estipulaciones de requerimientos procesales especiales (o prohibición de formas particulares de recuperar el control de las garantías); etcétera.

Como ya se mencionó, cuando la diferencia en la valuación de las garantías entre los acreedores y deudores se incrementa, se crea una ineficiencia neta en el mercado de créditos, que recae en los demandantes de

crédito en la forma de mayor tasa de interés explícita (que compensa en exceso las mayores probabilidades de *default*) y mayores posibilidades de racionamiento del crédito.

*c) Restricciones al uso de información para clasificar el riesgo crediticio*

Este tipo de restricciones se fundamentan en la defensa de los derechos de los individuos como la privacidad y la reputación. Ejemplos de estas restricciones son las regulaciones a la información que pueden utilizar las instituciones financieras para decidir acerca de las cantidades y condiciones de crédito; específicamente, cómo se pueden contabilizar distintos tipos de ingresos, o si las entidades financieras pueden tomar en cuenta –o requerir información– sobre el estado civil, sexo, u otras características personales. Por último, también pueden existir restricciones o requerimientos especiales al flujo de información entre las agencias que se dediquen a recolectar esta información de los posibles deudores y las instituciones financieras, y entre las agencias de recolección y los posibles deudores.

Estas regulaciones incrementan el costo de identificar (“separar”) los distintos tipos de deudores, y, en términos de la discusión anterior, agravan los problemas creados por la existencia de asimetrías en la información. Las consecuencias económicas son el incremento del racionamiento del crédito, con especial perjuicio para los deudores con proyectos más seguros.

*d) Restricciones a las formas y/o montos posibles de garantías*

Varias de las regulaciones más comunes son de este tipo. Como ejemplos en esta clase se pueden citar: restricciones al tipo de bienes embargables, restricciones al monto de los salarios y/o jubilaciones y pensiones que son embargables, requerimientos de conexión entre el crédito y el tipo y/o monto de las garantías, prohibición de entablar demandas judiciales por el remanente de la deuda impaga luego de tomar la posesión de la garantía y prohibición de renunciar a los privilegios sobre bienes y/o derechos inembargables.

El efecto económico que tiene este tipo de restricciones a la libre contratación es el de introducir ineficiencias netas en el mercado de crédito, como ya se indicó, incrementando el racionamiento del crédito y/o su costo para los deudores.

En términos de su efecto sobre la distribución, típicamente tienden a afectar –negativamente– a las personas de menores recursos, ya que éstos son quienes tienen una menor gama de alternativas sobre los bienes a ofrecer como garantías, y, en consecuencia, encuentran más difícil su acceso al crédito.

*e) Restricciones a las acciones de los acreedores en relación con la información de créditos en cartera*

Bajo este rubro se consideran las restricciones a las instituciones fi-

nancieras para constatar, ante la autoridad pertinente, el cumplimiento de cláusulas contractuales (o la estimación de la probabilidad del cumplimiento de éstas). Es decir, restricciones que incrementen los costos que anteriormente se identificaron como costos de verificación. Un ejemplo de este tipo de restricciones es la prohibición en los contratos de cláusulas que especifiquen contingencias que permitan requerir que se adelanten los pagos futuros del crédito y/o que se lleve a cabo la transferencia de la propiedad del colateral. Otro ejemplo son las restricciones al flujo de información que pueden obtener las instituciones financieras sobre otras actividades relacionadas llevadas a cabo por el deudor.

Los efectos económicos de mayores costos de verificación de los retornos son los de crear una ineficiencia neta, ya que habrá mayores posibilidades de que se tengan que usar recursos para verificar los retornos, y que esta ineficiencia sea soportada por los deudores en términos de un mayor costo del crédito.

*f) Remedios cuyo costo para los deudores es mayor que para los acreedores*

Una preocupación común de las agencias reguladoras del crédito es que ¿resulta el costo para los deudores en falta, derivado de los “remedios” usados por los acreedores, mayor que el beneficio directo para los acreedores? Esta preocupación ha llevado a que se restrinja el uso de algunos remedios. La “cárcel de deudores” es un ejemplo de este tipo de remedios, ya que no tiene ningún beneficio directo para los acreedores. Como analizamos anteriormente la inclusión de remedios “excesivamente” costosos en los contratos puede contribuir a solucionar los problemas de información asimétrica –influyendo el tipo de persona y/o proyecto que busca financiamiento–, reduciendo el costo del crédito para los deudores en su conjunto. En casos donde no existen mayores asimetrías de información se debería esperar que los deudores no utilicen estos remedios.

### V.3. TIPOS DE REGULACIONES: EL CASO DE LOS ESTADOS UNIDOS

#### *V.3.1. Créditos para la compra de bienes de consumo*

Las principales regulaciones a los “remedios” de los acreedores, en el caso de los créditos para la compra de bienes de consumo, provienen de la regla de la FTC (Federal Trade Commission). En marzo de 1985 la FTC publicó la Regla sobre Prácticas Crediticias, restringiendo el uso de remedios o soluciones para recuperar créditos impagos o deudas en mora. La Reserva Federal, después de los procedimientos requeridos por el acta de Magnussen-Moss incorporó regulaciones similares (Regulación AA) para las instituciones financieras en julio de 1985.

La siguiente es una lista de las principales restricciones :

- a. Regulación de la fracción embargable de los salarios.
- b. Prohibición de asignación contractual de una fracción de los salarios a los acreedores en caso de *default*.
- c. Prohibición de “cargos en pirámide”, esto es, de penalidades por pagos atrasados sobre los recargos por pagos atrasados (se admiten penalidades sólo una vez).
- d. Prohibición de renunciar contractualmente a ciertos derechos sobre inembargabilidad.
- e. Prohibición de ejecutar bienes distintos a los bienes comprados a crédito.
- f. Requerimiento de que los garantes deben ser informados en forma especial sobre todas las obligaciones potenciales.
- g. Prohibición de que el deudor renuncie contractualmente al derecho de defensa en la Corte (esta renuncia se hacía delegando el derecho de representación a un abogado elegido por los acreedores).

En resumen, estas regulaciones restringen los bienes que se pueden ofrecer como garantías de un crédito (casos a, b, c y e) o las acciones que los acreedores podrían incluir en los contratos para imponer costos adicionales a los deudores en falta (casos d, f, y g).

A continuación se presenta una discusión más detallada de los remedios y de la recomendaciones incluidas en el informe de la FTC. Las referencias al “Código” son referencias al Código de Comercio. La mención sobre “recomendaciones”, se refiere a las recomendaciones de la FTC.

#### *Restricciones contractuales*

##### *Cláusula de aceleración*

Remedio (acción o solución del acreedor): el tiempo estipulado en el contrato para el pago de las deudas puede ser reducido (aceleración del pago) si el deudor no cumple alguna de las condiciones especificadas en el contrato. Estas cláusulas incluyen la iniciación de demandas, así como la toma de posesión de las garantías.

Uno de los puntos más debatidos es: ¿puede el acreedor “acelerar” cuando lo cree necesario sólo basado en indicaciones de que el deudor entrará en cesación de pago? El Código permite la aceleración en ambos casos.

Recomendación: admitir la aceleración sólo en el caso de cesación de pagos, luego de un período obligatorio de gracia (dos semanas) y sólo después de debida notificación.

##### *Honorarios profesionales de los abogados*

Remedio: en caso de incumplimiento de los pagos por el deudor, éste es responsable por los costos legales (honorarios profesionales de los

abogados) incurridos para la recuperación del principal e intereses. Uno de los temas debatidos en este caso era la determinación de los honorarios y qué costos se podrían incluir.

Recomendación: limitar el monto a 15% del balance del crédito. Si el acreedor entabla juicio al deudor, y el deudor gana el juicio, el acreedor debe hacerse responsable por los costos (determinados por la Corte).

##### *Renuncia a audiencia previa “Cognovit notes”*

Remedio: el deudor permite que un abogado escogido por el acreedor lo represente en la Corte sin notificación al deudor, inclusive antes de incumplimiento en los pagos. Básicamente consiste en ceder el derecho del deudor a protestar acciones judiciales iniciadas por el acreedor. Muchos estados lo prohibían antes de las reglas del FTC.

Recomendación: prohibirlo completamente. Esta recomendación está basada en el entendimiento que la mayoría de los créditos son contratos de adhesión.

##### *Renuncia a los derechos de inembargabilidad e inejecutabilidad*

Remedio: el deudor renuncia a alguno(s) de los derechos establecidos en la legislación sobre protección en contra de embargos o ejecuciones judiciales sobre su propiedad personal o real.

Recomendación: prohibir la renuncia irrestricta.

##### *Colateral cruzado*

Remedio: constituir prendas no sólo con respecto a los bienes que se venden al consumidor en el crédito en cuestión, sino contra bienes adicionales no relacionados con la compra.

Recomendación: prohibirlo completamente.

##### *Otros bienes de consumo como garantía*

Remedio: el acreedor, en caso de falta de pago, toma posesión de bienes distintos a los bienes de consumo que ha financiado mediante el crédito.

Recomendación: prohibirlo. El argumento es que la toma de posesión de estas prendas implica una intromisión que perturba el normal desenvolvimiento de la vida familiar en una manera que es desproporcionada al valor del remedio para los acreedores.

##### *Recuperación administrativa o judicial de garantías y prendas: secuencia*

El código establece que la parte interesada tiene el derecho de tomar posesión del colateral sin proceso judicial si es que se puede hacer sin alterar el normal desenvolvimiento de la actividad del deudor y si es que este derecho no se ha cedido explícitamente en el contrato. Luego de la toma de posesión de los bienes se deducen los gastos comerciales considerados “razonables” y se calcula si el sobrante es suficiente para pagar el monto de deuda. Si no lo es, el deudor permanece con una obligación

para con el acreedor. Este es un remedio que se ha usado durante muchísimo tiempo; la opinión de muchos expertos al tiempo de la preparación del informe de la FTC es que su utilización es abusiva, especialmente en el caso de créditos a las familias.

Recomendación: permitir este remedio sólo después de que el deudor ha sido comunicado debidamente y sólo después de un periodo de gracia (dos semanas). Para montos pequeños prohibir la opción de entablar demanda judicial luego de obtener la posesión de la prenda, esto es, el acreedor ejerce el derecho de reposición o bien entabla la demanda judicial, pero no ambos. El mínimo citado en la regulación está basado en el valor promedio de automóviles usados, donde la comisión de la FTC entendió que se daba la mayoría de los abusos. La intención era que con este mínimo no se pudiera exigir la devolución de los automóviles e imputar un precio demasiado bajo a los deudores.

#### *Asignación de salarios*

Remedio: cláusula contractual por la que el deudor le transfiere al acreedor el derecho a percibir la totalidad o parte de los salarios ganados por el deudor. Tradicionalmente se aplicaba sin una audiencia, lo que lo hacía un método muy expeditivo de recuperar deudas. Muchos estados lo regulaban o prohibían totalmente antes de las regulaciones de la FTC.

Recomendación: permitirlo sólo para montos pequeños si es que concomitantemente, no se prenda otro bien como garantía. El monto no debe exceder el 25% del ingreso disponible o un múltiplo del salario mínimo vigente (ajustado por la composición familiar).

#### *Intereses punitivos (penalidades por pagos atrasados)*

Remedio: el acreedor computa penalidades por sobre los cargos financieros normales en el caso en que el deudor no efectúe los pagos en tiempo y forma.

Recomendación: prohibir la práctica de establecer intereses punitivos repetidas veces sobre el mismo incumplimiento de pago, es decir, prohibir el cobro de intereses punitivos sobre intereses punitivos.

#### *Remedios para los acreedores*

##### *“Cárcel de deudores”*

La mayoría de los estados ya no permitían una sentencia de cárcel por no cumplimiento de deudas al momento de la introducción de las reformas del FTC (aún hasta 1970 el estado de Maine tenía una prisión de deudores). Sin embargo, los deudores de créditos para el consumo son sentenciados a prisión por no acatar una orden del juez relacionada con los pasos a seguir luego del incumplimiento contractual.

Recomendación: prohibirla, y sólo permitir una sentencia originada en la ausencia de pago si es que el deudor ha tenido la debida oportuni-

dad de tener una audiencia aclaratoria para determinar su capacidad para el repago de la deuda.

#### *Embargo de sueldos*

Remedio: los estatutos del código establecen que la propiedad, el crédito o dinero de una persona puede ser usado para el pago de las deudas con sus acreedores. Esto es interpretado, con respecto a los salarios, de manera que la Corte puede ordenar el depósito de una fracción de los mismos directamente en las cuenta del acreedor. Las regulaciones sobre este punto varían considerablemente de estado a estado.

Recomendación: prohibir el embargo sin previa audiencia del deudor, proteger la situación de empleo del deudor (de manera que el embargo del sueldo del deudor no pueda ser causal de despido) y limitar el embargo a un máximo del 25% de los sueldos (si es que no excede el salario mínimo para la composición familiar).

#### *La doctrina HIRC y las cláusulas de renunciamento al derecho de defensa*

Remedio: la doctrina HIRC (*holder in due course*) permite a las instituciones financieras, en el caso de ventas a los consumidores, cobrar los créditos independientemente del cumplimiento del vendedor del bien con todas las cláusulas del contrato de venta. Históricamente el Código permitía esta práctica para asegurar que las facturas o documentos de crédito pudieran ser instrumentos negociables. La diferencia con el Waiver of Defense es que esta última es una cláusula contractual que separa el cumplimiento de las obligaciones del comprador-deudor para con el acreedor que financia la compra de las obligaciones del vendedor de la cosa para con el comprador-deudor. El Código específicamente permite este tipo de cláusulas; diferentes estados regulan o prohíben la doctrina HIRC y/o las cláusulas Waiver of Defense.

Recomendación: el crédito a los consumidores no debe ser instrumentado como una deuda negociable en mercados secundarios. Los acreedores del consumidor-comprador deben tener todos los derechos y ser responsables de todas las obligaciones. Los derechos de los consumidores-compradores deben ser independientes de la forma de financiamiento. Nótese que esta recomendación afectaría el uso de tarjetas de crédito, convirtiendo a la compañía que financia la compra responsable por los derechos del comprador en cuanto a entrega, estado y garantía del funcionamiento de la cosa.

#### *Remate de propiedad personal*

Remedio: este remedio es pertinente sólo respecto de la ejecución de las sentencias.

Recomendación: no debe haber embargo si no se prueba que el deudor desviará los fondos del pago de las deudas. Están exentos la vivienda familiar (hasta un máximo valor), los muebles, herramientas usadas

para la ocupación principal, equipos médicos necesarios para la atención médica, y otros. El deudor debe mantener la posesión de la propiedad hasta el momento de sentencia firme.

#### *Comunicación con terceras partes*

Remedio: la comunicación sobre la situación financiera del deudor a terceras partes, tales como empleador –actual o posible–, personas que conducen negocios relacionados con el deudor o propietarios de viviendas alquiladas.

Recomendación: prohibir cualquier comunicación sobre deudas impagas a cualquier persona distinta del cónyuge o agencia de crédito debidamente autorizada hasta el momento de tener una sentencia firme.

#### *Otras recomendaciones*

– *Ballon Payments*: restringir esquemas de pagos que implican que a medida que transcurre el tiempo los montos a pagar crecen “demasiado”, si es que este patrón de pagos no corresponde al patrón de ingresos del deudor (como pasa, por ejemplo, en las actividades agrícolas donde el ingreso de las familias tiene un alto componente estacional).

– Garantía de terceros: sólo el cónyuge puede ser responsable por las deudas de una persona. Un garante tiene que ser explícitamente incluido en el contrato, lo que comprende haber firmado el contrato y haber recibido una notificación del acreedor estipulando todos los deberes y obligaciones contingentes del garante.

– Descuentos por pago adelantado: permitir a los deudores cancelar la deuda en cualquier momento sin penalidad. Para este propósito la comisión ofrece una fórmula específica para la asignación de la parte de los pagos que constituye intereses y de la parte que constituye amortización del principal.

#### *Prácticas desleales de cobranza*

Acoso: esta acción incluye uso o amenaza de uso de violencia contra la persona o propiedad de la persona, acciones o amenaza de acciones tendientes a obtener el cese de empleo del deudor, llamadas telefónicas, etcétera.

“Sever” service: el nombre de este remedio proviene de la práctica de producir notas dirigidas al deudor y tirarlas a la basura, de manera que el deudor no tenga la información y se puedan utilizar penalidades más severas. El deudor puede desconocer *defaults* que no han sido debidamente notificados.

#### *Localización inconveniente*

Prohibir a los acreedores iniciar acciones legales en localidades distintas de las siguientes:

- 1) donde se firmó el contrato;
- 2) donde el deudor tiene domicilio legal;

- 3) donde el deudor reside al momento de firmar el contrato;
- 4) donde los bienes están localizados.

### *V.3.2. Créditos hipotecarios*

Las regulaciones en el mercado hipotecario recaen mayoritariamente en las transacciones denominadas no comerciales, es decir, las que involucran instituciones financieras y familias o particulares. Las regulaciones a nivel federal más importantes están dadas por una serie de actas,

1. Fair Credit Reporting Act;
2. Real Estate Settlement Procedures Act;
3. Truth in Lending Act;
4. The Equal opportunity Credit Act;
5. Home Mortgage Disclosure Act.

La mayoría de estas leyes han sido aprobadas por el Congreso durante los años setenta, momento en el cual el movimiento de defensa de los derechos del consumidor comenzó a tener suficiente influencia política. En síntesis, el contenido de estas actas impone restricciones a algunas acciones para el recupero de los créditos y a la recolección y divulgación de información sobre demandantes de créditos, pero por sobre todo regulan el flujo de información entre los deudores y acreedores en los diferentes estadios de las transacciones.

Adicionalmente, a principios de 1986, el Federal Home Loan Bank Board impuso regulaciones en el mercado hipotecario similares a las impuestas por la regulación de la FTC descrita en la sección anterior.

El siguiente es un resumen de las actas que imponen regulaciones adicionales a los remedios utilizados en los créditos hipotecarios clasificados como no comerciales (es decir, dirigidos a las familias).

#### *Real Estate Settlement Procedures Act*

Esta ley fue aprobada por el Congreso –en su forma actual– en 1976. Regula los procedimientos en las transacciones de créditos hipotecarios para las familias. Sintéticamente, establece la información que las instituciones financieras deben ofrecer al público en distintos momentos de la transacción.

1. Information Booklet: debe ser entregado al demandante de crédito al momento en que solicita información. Contiene dos partes, la primera describe el proceso y la naturaleza de los diferentes costos. También indica qué procedimientos son ilegales y qué instancias tienen los deudores para protestar. La segunda es una explicación detallada de los costos y servicios.
2. Estimación de buena fe. El deudor que solicita el crédito debe recibir

una estimación de los costos de intermediación inmediatamente (dos días hábiles). Estas estimaciones deben ser detalladas para todos los servicios.

3. Proveedores de servicios designados por el acreedor: cualquier cargo usado en las estimaciones debe tener el costo normal de estos servicios. Información adicional sobre los proveedores de estos servicios y cualquier relación de negocios con el acreedor debe ser provista al solicitante.
4. Requerimientos uniformes de costos. Estandarización de la facturación de todos los costos.
5. Derecho de los deudores de recibir toda la información disponible sobre costos un día antes de cerrar el trato.
6. Protección contra prácticas ilegales. Ejemplos, contra el cobro de honorarios sin que se presten servicios (esta prohibición está diseñada contra la práctica de que una parte retorna una fracción de los honorarios para obtener una transacción de otra parte que actúa como referente). Otro ejemplo es la prohibición de que un acreedor requiera los servicios de una firma en particular para la ejecución de tareas ligadas a la transacción (agrimensura, seguros, etcétera).

#### *Truth in Lending Act*

Entró en efecto en 1969 como parte del Consumer Credit Protection Act. Es implementada por el Board of Governors de la Reserva Federal.

Contiene ciertos derechos para los deudores para cancelar transacciones y obliga a las instituciones financieras a la presentación de la información sobre costos financieros en una forma detallada y estandarizada. Esta información es útil para los deudores puesto que el monto máximo que se puede cobrar para ciertos servicios está sujeto a otras regulaciones.

#### *Fair Credit Reporting Act*

Esta ley, que fue aprobada por el Congreso en 1970, establece obligaciones para las instituciones que producen, así como para las que utilizan historias crediticias.

Intenta proteger los derechos de los individuos frente a las agencias que se dedican a preparar información crediticia sobre individuos para las instituciones financieras. Esta acta le da el derecho a los individuos a recibir un resumen de la información sobre ellos, así como ciertos derechos a corregir información que es errónea.

#### *Equal Credit Opportunity Act*

Esta acta fue aprobada por el Congreso en 1974, y luego revisada en 1976.

Inicialmente prohibía la discriminación para transacciones de créditos basadas en el sexo y el estado marital de las personas. Ha sido extendida a la raza, color, religión, nacionalidad, edad y características del in-

greso. Lo más relevante para nuestros propósitos es que las instituciones financieras no pueden percibir distintos ingresos que provengan de personas con distintas edades, sexo, trabajos part-time vs full time y pagos de asistencia. El acta también prevé derechos de los solicitantes de fondos en el caso que se les niega un crédito.

#### *Otras regulaciones a nivel estatal*

En las transacciones financieras relacionadas con operaciones inmobiliarias los distintos estados pueden imponer restricciones adicionales. Estas varían de estado a estado. Un área donde estas consideraciones son importantes es respecto de las regulaciones sobre ejecución de propiedades en caso de no pago del título de deuda que acompaña a la hipoteca. Por ejemplo, en el estado de California no se permiten *deficiency judgments* (para una discusión de este remedio, ver la sección sobre créditos a los consumidores). Es decir que el monto máximo que el acreedor puede recobrar, en la eventualidad de que el deudor cese en los pagos, es lo producido por la venta de la propiedad que garantizaba el título de deuda, en otras palabras, las familias tienen responsabilidad limitada sobre las deudas hipotecarias.

### V.4. ESTIMACIONES EMPIRICAS DE LOS EFECTOS DE ALGUNAS REGULACIONES: EL CASO DE LOS ESTADOS EN LOS ESTADOS UNIDOS

Esta sección cita algunas de las estimaciones empíricas de los efectos económicos de cambios en el marco regulatorio. La mayoría de los estudios utilizan el hecho de que, antes de la reforma impuesta por la regla de la FTC, en 1986, existía considerable variación en la legislación entre los diferentes estados. La mayoría de los estudios se concentra en los efectos de las diferencias en la legislaciones estatales sobre las tasas de interés explícitas cobradas a los deudores, la disponibilidad de crédito, y el tamaño de crédito.

Estos estudios tratan de estimar funciones de demanda y oferta de crédito. La demanda individual de crédito mide la disponibilidad a pagar de los deudores (tasa de interés) para cada nivel de crédito, dados los "remedios" de los acreedores y las características de los consumidores. La oferta de crédito mide la disponibilidad a prestar fondos de los oferentes (tasa de interés) para cada nivel de crédito, dados los remedios disponibles, el riesgo del tipo de deudor, los costos de apropiarse de las garantías y el costo de los fondos. Por último, con la información sobre las funciones de demanda y de oferta de crédito se estiman los efectos de cambios en los remedios en la tasa de interés explícita de equilibrio (la que iguala la oferta con la demanda) y los montos de equilibrio para cada tipo de crédito. La hipótesis de estos estudios es que las restricciones a los remedios que los acreedores pueden usar tienen dos efectos: (i) re-

ducción en la oferta de crédito para cada tasa de interés, dado que los acreedores pronostican que la probabilidad de que los deudores no paguen en término aumenta, e (ii) incremento en la demanda de crédito para cada tasa de interés, ya que el incumplimiento de los contratos es menos costoso. Este efecto difiere para distintos tipos de deudores de acuerdo con la naturaleza de los remedios y las características del deudor (por ejemplo, el deudor que cumpliría las condiciones del contrato bajo cualquier contingencia y no puede ser diferenciado de los otros tipos de deudores por los acreedores, no cambiará su demanda de crédito).

El efecto de las restricciones es aumentar la tasa de interés explícita de equilibrio, puesto que la demanda de crédito aumenta y la oferta disminuye. El efecto de las restricciones sobre el monto de los créditos (para cada tipo de crédito) depende del tamaño relativo de los efectos sobre la oferta y la demanda. Varios de los trabajos citados incorporan variables para controlar el tipo de crédito (plazo, bien a financiar, características de los consumidores, etcétera) para que las estimaciones reflejen el efecto de las restricciones sobre la tasa de interés y montos de cada tipo de crédito en lugar de reflejar diferencias sistemáticas en las tasas de interés de distintos tipos de crédito y en la composición de los diferentes tipos de deudores en los distintos estados. Hay diferencias en los estudios citados entre las muestras analizadas, las regulaciones analizadas, los factores por los que controlan los tipos de créditos y el método econométrico.

La conclusión general es que las tasas de interés explícitas serían mayores si las restricciones a los remedios fueran más severas. Esta conclusión es consistente con la teoría presentada anteriormente y con el análisis de oferta y demanda; con respecto de los montos del crédito la conclusión es que tienden a ser menores cuando las restricciones son más severas, aunque en este caso los resultados no son tan uniformes como en el caso de las tasas de interés.

¿Cuál es la relación entre el enfoque de “demanda y oferta” y las teorías expuestas anteriormente? Las predicciones obtenidas usando los conceptos de oferta y demanda son consistentes con las predicciones de las teorías presentadas. Además, las técnicas para la estimación de oferta y demandas han sido extensamente estudiadas en otras áreas. Sin embargo, las teorías presentadas anteriormente son superiores para la evaluación e interpretación de los efectos de eficiencia de las restricciones a los remedios dado que prestan más atención a la naturaleza de los contratos. Estas teorías se caracterizan por un análisis explícito de las características de los contratos utilizados en las transacciones de crédito y de los incentivos para tomar distintas acciones para cada uno de los participantes.<sup>7</sup> La idea del análisis que sigue es interpretar las regularidades empíricas encontradas en los estudios de referencia a la luz de las teorías expuestas anteriormente, por lo tanto sólo se mencionan las predicciones cualitativas de estos estudios. Barth, James; Cordes, Joseph y Yezer, Anthony, “Benefits and Cost of Legal Restriccions on

Personal Loan Markets”, *Journal of Law and Economics*, vol. XXIX, octubre de 1986.

Objetivo: evaluar el efecto en las demandas y ofertas de crédito, y, por tanto, en la tasa de interés y monto de los créditos, y de distintas restricciones al uso de remedios para la recuperación de créditos impagos.

Datos: Muestra de corte transversal, Transacciones de Créditos Personales, compilado de los registros de la firma Ernst and Ernst, años 1975-1978, cubre 45 estados.

#### *Regulaciones analizadas*

- Embargos de salarios
- Penalidades por pagos atrasados (intereses punitivos)
- Honorarios de abogados
- Reposición
- Garantía de terceros
- Aceleración de pagos
- Permiso para que los acreedores entablen demanda judicial si el valor de los bienes repositados es menor que el monto impago del crédito
- Asignación de salarios
- Renuncia del derecho del deudor a la representación ante la Corte
- Permiso para que el acreedor reposea cualquier bien del deudor si éste no cumple con los pagos
- Renuncia de los derechos de inembargabilidad de ciertos bienes

Método: estimación de la forma estructural de ofertas y demanda de crédito a nivel individual (mínimos cuadrados en dos etapas) de una submuestra que contenga sólo las observaciones con tasa de interés por debajo del máximo legal para cada estado. Controlan el tipo de deudor utilizando ingreso disponible corriente, el total de deuda, el estado civil, y la historia de crédito. Para controlar factores específicos de cada estado incluyen ingreso per cápita del estado y peticiones por seguro de desempleo. Para controlar variaciones en la oferta incluyen el costo de fondos externos para cada compañía financiera.

Conclusión principal: para todas las restricciones analizadas –con excepción del caso de la prohibición de entablar demanda judicial por el remanente de las deudas, luego de la reposición del colateral– los beneficios netos de la implementación de la regla del FTC son negativos, ya que se estima que la cantidad de crédito ofrecida disminuirá más que el incremento de la cantidad de crédito demandada. Barth, James; Gotur, Padma; Manage, Neela y Yezer, Anthony, “The Effect of Government Regulations on Personal Loan Markets: A Tobit Estimation of a Microeconomic Model”, *The Journal of Finance*, vol. xxxviii, N° 4, septiembre de 1983.

Objetivo del estudio: análisis del efecto de restricciones en los remedios utilizados por los acreedores para el recupero y de regulaciones so-



bre quiebra (para las personas) en el monto de los créditos y la tasa de interés explícita.

Datos: muestra de corte transversal, Transacciones de Créditos Personales, compilado de los registros de la firma Ernst and Ernst, años 1975-1978, cubre 45 estados.

#### *Regulaciones analizadas*

- 1) Grado de restricciones en los montos de penalidades por pagos tardíos (máxima penalidad por un pago demorado 20 días hábiles).
- 2) Grado de restricciones a las asignaciones y embargabilidad de salarios (embargo y asignación: varían desde la prohibición total, a restricciones a diferentes fracciones, restricción a un máximo no relacionado con el salario del deudor, deducciones de acuerdo con la situación familiar, o combinaciones de estos casos).
- 3) Facilidad para declarar quiebra personal (quiebras no comerciales por habitante, quiebras no comerciales más quiebras de “asalariados” –Chapter XIII–).

Método: utiliza información adicional para controlar otros posibles efectos y toma en cuenta los límites legales a las tasas de interés. Regresiones usando mínimos cuadrados en dos etapas combinados (dado que estima un sistema de oferta y demanda) luego de usar ecuación Tobit para tomar en cuenta el efecto de que las tasas de interés estén sujetas a un máximo por estado. Controlaron los siguientes determinantes de crédito: tipo de préstamo –automóvil, personal–, ingreso, deuda existente, estado civil, edad, tipo de colateral (costo del crédito para las compañías financieras).

Resultados principales: los mercados de crédito en estados con menores restricciones a los remedios –definidos por 1) y 2) citados arriba– están caracterizados, en promedio, por menores tasas de interés y mayores montos financiados. Los mercados en estados donde es relativamente “más fácil” declarar quiebra tienen mayores tasas de interés y menores montos financiados por crédito. Daniel Villegas, “Regulation of Creditor Practices: An evaluation of the FTC’s Credit Practice Rule”, *Journal of Economic and Business*, 1992.

Objetivo: análisis del efecto de las restricciones a las acciones de recupero de los créditos en las probabilidades de obtener crédito y los montos de quienes obtienen crédito.

Datos: muestra de corte transversal, “Survey of Consumer Finances” preparada por el Board of Governors de la Reserva Federal. Contiene información para el año 1983 y cubre 38 estados. Esta es la muestra más detallada en términos de las características de los consumidores de las que corresponden a estudios discutidos en este informe.

#### *Regulaciones analizadas*

- Renuncia al derecho de defensa en corte
- Renuncia al derecho de inembargabilidad de ciertos bienes

- Asignación de salarios
- Prenda de bienes, otros bienes de consumo
- Penalidades por pagos atrasados (intereses punitivos)
- Requerimiento de información a garantes
- Honorarios de abogados
- Embargo de sueldos

Método: análisis de regresión, usando los estimadores desarrollados por Heckman para tener en cuenta la selección de las familias que obtienen crédito, primer paso, y el segundo paso cuantifica el efecto en la *spread* y los montos de los créditos obtenidos. Las regresiones controlan por las siguientes características de los consumidores: composición de las familias, posesión de vivienda, edad, raza, educación del jefe de familia e ingreso corriente.

Resultados principales: sólo dos tipos de restricciones probaron tener efectos significativos (estadísticamente).

Las restricciones a la asignación de salarios reducen las probabilidades de obtener crédito y el monto promedio. Es de destacar la diferencia con las restricciones a la embargabilidad, que, aunque no son significativas, tienen el signo contrario. Se nota también un cambio en la distribución del crédito ante esta restricción: el crédito otorgado por los vendedores o compañías financieras disminuye, en favor del crédito otorgado por *credit unions*, las cuales, al estar ligadas al empleador, proveen un sustituto para las asignaciones de salarios. Dado que la asignación de salarios es una cláusula contractual, este resultado sugiere que este remedio sirve para “separar” los tipos de deudores. Además, se debe recordar que los embargos de los salarios necesitan una orden de la Corte (y en algunos estados una orden diferente para cada período de pago) lo cual los hace un remedio costoso en cualquier instancia.

Las restricciones a establecer colateral sobre bienes de consumo no financiados por el crédito tienden a aumentar la probabilidad de obtener crédito, y el monto promedio. El autor interpreta este resultado como indicativo de que el costo incremental para las instituciones financieras de esta restricción es más que compensado por el aumento en la disposición a pagar por la eliminación de este tipo de remedio y, por tanto, la imposición de la restricción mejora el bienestar de los consumidores.

Neela D. Manage, “Interest Rate Ceilings and the Role of Security and Collection Remedies in Loan Contracts”, *Economic Inquiry*, vol. xxviii, abril de 1990.

Objetivo: analizar el efecto de la interacción de las regulaciones sobre tasa de interés máxima y las regulaciones sobre recupero de los créditos sobre los montos y tasas de interés explícitas.

Datos: muestra aleatoria de corte transversal compilado por la National Consumer Finance Association; cubre los años 1975 a 1977 de los archivos de compañías financieras de diferentes estados.

*Regulaciones analizadas*

- Embargabilidad de salarios
- Asignación de salarios
- Honorarios de abogados
- Penalidades por pagos atrasados

Método: regresiones sobre la forma reducida de un modelo de demanda y oferta de créditos a nivel individual. Los controles utilizados en cada regresión son los mismos que en el estudio llevado a cabo por Barth, Gotur, Manage y Yezer –citado arriba–. Utiliza la división de la muestra en estados con diferente máximo para las tasas de interés (leyes contra la usura) para identificar respuestas distintas a las restricciones de recuperación de los créditos.

*Resultados principales*

Para los estados sin restricciones severas a la tasa de interés (tasa de interés máxima alta) encuentra que menor colateral o mayores restricciones tienen una influencia significativa sobre la tasa de interés y el monto de los créditos.

Para los estados con restricciones severas a las tasas de interés (tasa de interés máxima baja) encuentra que menor colateral o mayores restricciones a los remedios no tienen influencia en la tasa de interés (ya que éstas están al límite), pero tienen una influencia importante sobre el monto de los créditos. Richard Peterson, “Creditor’s Use of Collection Remedies”, *The Journal of Financial Research*, vol. IX, N° 1, primavera de 1986.

Objetivo: analizar la valuación para los acreedores y deudores de diferentes remedios. Analizar si los acreedores utilizan remedios cuyo costo para los deudores –en apariencia– es mayor que el costo para los acreedores.

Datos: encuesta a deudores y acreedores en cuatro mercados de crédito (áreas metropolitanas) en 1979.

*Regulaciones analizadas*

- Embargos de salarios
- Penalidades por pagos atrasados (intereses punitivos)
- Honorarios de abogados
- Reposición
- Garantía de terceros
- Aceleración de pagos
- Permiso para que los acreedores entablen demanda judicial si el valor de los bienes repositados es menor que el monto impago del crédito
- Asignación de salarios
- Renuncia del derecho del deudor a la representación ante la Corte
- Permiso para que el acreedor reposea cualquier bien del deudor si éste no cumple con los pagos
- Renuncia de los derechos de inembargabilidad de ciertos bienes

Método: la encuesta contiene preguntas específicas –ránkings– sobre la valuación de los remedios para los acreedores y para los deudores. Las áreas metropolitanas elegidas pertenecen a estados con marcadas diferencias en las restricciones a los remedios para los acreedores y restricciones a la tasa de interés máxima (leyes contra la usura).

*Conclusiones principales*

Los acreedores no utilizan todos los remedios a su disposición, sólo tienden a utilizar remedios valuados negativamente por los consumidores (como embargo de los salarios) cuando éstos son muy eficientes para el recupero de los créditos.

Los acreedores tienden a usar remedios más frecuentemente en estados con restricciones a las tasas de interés.

Los consumidores revelaron relativamente baja disposición a pagar por excluir remedios de los contratos de crédito (aun por aquellos remedios considerados más negativos como embargo de los salarios y costas de los juicios).

*Otros estudios: breves conclusiones*

- Douglas Greer. National Commission on Consumer Finance, Technical Study, volumen v. Analiza la variación en los montos y tasas de interés promedio a nivel agregado para diversos estados. Concluye que los estados con restricciones más severas a los remedios son los que en promedio tienen mayores tasas de interés o menor disponibilidad de crédito.
- George Benston. National Commission on Consumer Finance, Technical Study, volumen II, “Costs”. Examina el impacto en los costos operativos de compañías financieras para diferentes estados. Concluye que no hay diferencias significativas entre estados con diferentes grados de restricciones a los remedios para los acreedores.
- R. Peterson y J. Frew, “Creditor’s Remedy restrictions and Interstate Differences in Personal Loan Rates and Availability: A Supplementary Analysis”, Credit Research Center at Purdue University. Analiza la misma muestra que Greer, y encuentra –utilizando otra técnica econométrica– similares resultados, es decir que los estados con restricciones más severas tienen tasas de interés mayores y menor disponibilidad de crédito.
- R. Peterson, “The impact of Creditor’s Remedies on Consumer Loan Charges”, Credit Research Center at Purdue University. Es el mercado de crédito otorgado por bancos a consumidores. Llega a las mismas conclusiones que en el estudio anterior.
- “Analysis of the Wisconsin Consumer Act”, Staff Credit Research Center at Purdue University. Está constituido por tres artículos distintos, que analizan la información contenida en encuestas (basadas en cuestiones abiertas, no cuantitativas) a firmas que operaban en el estado de Wisconsin al momento que la ley estatal restringió severa-

mente la aplicación de remedios. Este estudio concluye que la disponibilidad de crédito disminuyó cuando las restricciones se hicieron más severas.

#### V.5. EL MARCO LEGAL EN LA ARGENTINA: COMPARACION CON LOS ESTADOS UNIDOS

En esta sección se comparan las restricciones a los remedios descritas anteriormente para el mercado de créditos para bienes de consumo en los Estados Unidos con sus análogas para la Argentina. Antes de comenzar esta comparación se presentan, brevemente, algunas características de los arreglos institucionales para la recuperación de créditos impagos en la Argentina. Una descripción más detallada de los arreglos institucionales para la recuperación de créditos impagos en nuestro país se encuentra en el Apéndice.

##### *Arreglos institucionales para la recuperación de créditos impagos*

De acuerdo con nuestra legislación el deudor responde al cumplimiento de las obligaciones que haya contraído con todos los bienes presentes y futuros, lo que usualmente se denomina en el lenguaje legal como “el patrimonio del deudor es la prenda común de los deudores”. El patrimonio incluye todos los bienes de una persona, tanto materiales como inmateriales.

La legislación argentina prevé la aplicación de ciertas acciones para proteger el derecho de los acreedores. Estos derechos no son absolutos ya que el Código Civil y las leyes correspondientes establecen la inembargabilidad e inejecutabilidad de algunos bienes de los deudores. Ejemplo de éstos son los salarios de los trabajadores en relación de dependencia (en proporciones fijadas por la Ley de Contrato de Trabajo) y los bienes considerados de familia.

La legislación prevé acciones judiciales tendientes a preservar el derecho del acreedor ante la falta de pagos, así como procedimientos especiales para la ejecución de los instrumentos que avalan sus derechos.

Uno de los aspectos más importantes para los propósitos de este estudio son las restricciones –o falta de ellas– a la libre contratación entre las partes. Es decir, interesa hasta qué punto los contratos de crédito podrían incluir cláusulas permitiendo acciones especiales de los acreedores y deudores en el caso de que los deudores no cumplan en tiempo y forma con los pagos estipulados en los contratos.

##### *Restricciones a los remedios para el crédito para la compra de bienes de consumo*

En esta sección comparamos las restricciones a los remedios citadas

anteriormente para los Estados Unidos con las correspondientes a la Argentina.

*Embargo de salarios:* la ley de Contratos de Trabajo establece un tope del 20% de los sueldos de empleados en relación de dependencia como embargables. Este tope es del 25% en los Estados Unidos. En ambos países, el embargo no puede ser tal que el resto del salario sea menor al salario mínimo. Dado que éste es uno de los remedios más importantes –según el efecto cuantitativo de las estimaciones empíricas y las respuestas a las preguntas de deudores y acreedores– es útil reflexionar si la diferencia –5 %– es significativa o no. Para este punto hay que tener en cuenta que los contratos de trabajo en los Estados Unidos incluyen menos beneficios que en la Argentina –al menos para las remuneraciones relativamente bajas donde los beneficios marginales de la elusión impositiva implicada por pagos en especie son menores–. Este hecho tiende a deprimir los salarios para un costo laboral dado, de manera que el diferencial de 5% es aplicado sobre una base mayor, lo cual hace la regulación en la Argentina más restrictiva. Afectando en el sentido opuesto, el salario mínimo en los Estados Unidos es varias veces el salario mínimo de la Argentina y, en algunos estados del país del norte, se requiere que la fracción no embargable del salario sea un múltiplo del salario mínimo.

*Asignación de salarios:* está prohibida en la Argentina por sumas superiores al máximo embargable (20%) dado que la ley de Contratos de Trabajos y su reglamentación son “leyes de orden público”. En este caso, la regulación es similar a la de los Estados Unidos.

*Cláusulas de aceleración:* el Código Civil, en la primera sección del libro II regula las obligaciones; el capítulo 3 informa acerca “del tiempo en que debe hacerse el pago” (art. 750-755). El principio central es que el pago deberá efectuarse el día del vencimiento de la obligación. El art. 755 explica que si el deudor realizara pagos anticipados, el acreedor no estará obligado a hacerle descuentos (salvo que se haya establecido en alguna de las cláusulas del contrato). El pago anticipado de una obligación diferida en el tiempo no acarrea “penalidades jurídicas”. En este caso, la legislación argentina es menos restrictiva que la de los Estados Unidos.

*Localización inconveniente:* en principio la competencia es improrrogable, pero en los asuntos patrimoniales podrá serlo de conformidad de las partes. Los códigos procesales establecen las reglas para determinar la competencia de cada órgano jurisdiccional y los límites a la voluntad de las partes en este tema. Este acuerdo podrá ser expreso o implícito si surge del convenio tácito cuando el actor inicia la demanda y el demandado, al contestar o interponer excepciones, no se expresa sobre ese punto. Exceptuando los casos de prórroga expresa o tácita del juez competente, la jurisdicción será (según el art. 5 del Código Procesal Civil y Comercial), en caso de acciones personales, la del lugar en que deba cumplirse la obligación, expresa o implícitamente establecida conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor

(quien inicia el juicio), el domicilio del demandado, o del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él –aunque sea accidentalmente.

Como se puede ver, en este aspecto, las regulaciones son similares, quizás un poco menos restrictivas para el caso argentino.

*Contactos con terceras partes:* el art. 19 de la Constitución Nacional protege “el derecho a la intimidad”. Se trata de un derecho en el que resulta posible incluir muchas situaciones, y quedan amparados, entre otros, el secreto financiero y bancario. Por tanto, informar o comentar con terceras personas ajenas a la relación obligacional puede considerarse lesivo para el derecho de intimidad, revelador de datos del estado financiero del deudor que lo afectaría en su ámbito de relaciones sociales y/o laborales. En este caso, aunque menos explícita en la legislación argentina, las restricciones son similares en ambos países.

*Acoso y “Sever Service”:* puede interpretarse que estos medios para obtener el recupero del crédito se encuadran dentro de lo que se llama: “Ejercicio abusivo de los derechos”, expuesto en el art. 1071 del Código, que dice que “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación no puede constituir como ilícito ningún acto”. Llevar a la práctica estos medios para la recuperación de una deuda impaga puede acarrear la indemnización de los daños producidos al deudor. En este caso, aunque no tan explícito en la legislación, el efecto de la legislación es similar en ambos países. Una diferencia está dada por la reglamentación explícita sobre qué actos constituyen acoso y sobre las acciones disponibles para los consumidores (que son canalizadas por la oficina de protección al consumidor de la FTC).

*Costas del juicio:* el Código de procedimientos establece como principio que las costas de los juicios, aun las de su contrario, deberán ser soportadas por la parte vencida (art. 68 de CPCyC). Sin embargo, el juez puede eximirlo de esta obligación total o parcialmente expresando en su decisión sobre el tema que existen motivos suficientes. La condena en costas comprende, de acuerdo con el art. 77 del mismo Código, todos los gastos originados en la sustanciación del proceso y los que se realizaron previamente con el fin de lograr el cumplimiento de la obligación sin llegar a juicio, sujetos al criterio del juez. En este caso, el uso del remedio está más restringido en los Estados Unidos.

*Renuncias al derecho de defensa:* la renuncia de una persona a ser defendido carece de valor ya que contraría el art. 18 de la Constitución Nacional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Este artículo establece el derecho a ser juzgado por los jueces naturales y oponer defensas, excepciones, presentar y producir pruebas. Además, para que esta defensa sea completa se establece en el Código de Procedimientos la “obligatoriedad del patrocinio letrado” (presentación con abogado). En este caso, las restricciones a este remedio son idénticas en ambos países.

*Cárcel de deudores:* en la Argentina no existe la pena de prisión por incumplimiento contractual (no se trata de un delito penal). Lo que está

penado es la defraudación que se hace al acreedor cuando ocultando o callando la condición de donde provienen, se venden, permutan, gravan, etcétera, cualquier bien del deudor (este delito se denomina “estelionato”, art. 173 del Código Penal). En este caso, el remedio está prohibido en ambos países.

*Juicio ejecutivo y administrativo:* secuencia. Las entidades financieras y los bancos tienen la posibilidad que les otorga la ley de bancos y entidades financieras de efectuar lo que se llama “ejecución administrativa” en los casos en que los créditos hayan sido otorgados con prenda y/o hipoteca. Sin iniciar juicio de ejecución prendaria o hipotecario, la entidad solicita al juez del lugar autorización para el secuestro del bien, lo remata y luego informa al juez el resultado del remate. Si la garantía no cubre el valor de lo adeudado, el banco puede iniciar juicio ejecutivo (éste sí es un procedimiento judicial) por el resto contra el deudor y/o garante. Esta posibilidad de “ejecución administrativa” no es permitida para otro tipo de acreedores, quienes, necesariamente deben ejercer sus derechos por vía judicial. En casos de garantías personales (como la fianza), si el deudor no cumplió con su obligación en término puede intimarse al garante a cumplir (ya que en esto consiste la garantía). Si una vez intimado no cumple, la ejecución se iniciará contra el deudor, el garante o ambos. En este caso, al menos para bancos y entidades financieras, en la Argentina el remedio no está menos restringido que en los Estados Unidos, dado que los bancos y entidades financieras no tienen que optar por ejecutar (administrativamente) la garantía, o bien por entablar juicio ejecutivo, pero no por ambos. Recordemos que en los Estados Unidos este remedio está restringido para créditos personales pequeños y está prohibido en algunos estados para créditos hipotecarios.

*Colateral cruzado, otros bienes de consumo como prendas:* debido al principio de libre contratación entre partes, para créditos dedicados a la compra de bienes de consumo, las familias pueden ofrecer como garantía bienes distintos a los bienes comprados con el crédito. La legislación sobre prendas no es demasiado restrictiva, pero esto es una característica general en materia de contratos y derechos reales. En este punto rige el “principio de autonomía de la voluntad” del artículo 1197 del Código que dice que “las convenciones hechas por las partes tienen el mismo efecto que si se tratase de la ley”. Entonces, en principio, otros bienes de consumo de propiedad de la persona pueden ser ofrecidos como prenda y pueden ser embargados. En rigor, las restricciones relevantes aquí son si los bienes han sido declarados bienes de familia (esta declaración es un acto voluntario) y las relacionadas con los créditos por alimentos y derechos de uso y habitación. En este caso, las restricciones a los objetos sobre los que pueden constituirse prendas son más severas para el mercado de crédito a los consumidores en los Estados Unidos.

*Otorgamiento de crédito:* corrientemente, para créditos al consumo e hipotecario, los bancos y entidades financieras no enfrentan en la Argentina restricciones sobre la información que requieren a los solicitantes

del crédito o a los procedimientos a utilizar para decidir el otorgamiento de crédito. En este caso, las instituciones financieras enfrentan menos restricciones que en los Estados Unidos.

## V.6. CONCLUSION

Comparando el ordenamiento jurídico sobre las restricciones a los contratos de crédito y a las acciones de los acreedores, en el caso de incumplimiento de los deudores de la Argentina, con los Estados Unidos para el mercado de créditos al consumo, se nota que:

- Los tipos de remedios en que las restricciones son más severas en los Estados Unidos que en la Argentina se deben, generalmente, a la influencia del movimiento de defensa de los derechos del consumidor, dado que para créditos comerciales no existen, prácticamente, diferencias entre los países.
- Los tipos de remedios en que el grado de restricciones es similar entre los Estados Unidos y la Argentina, típicamente las restricciones en el país del norte son más específicas y están monitoreadas por organismos oficiales (federales) como la FTC.
- El caso, atípico, en que las restricciones son más severas en la Argentina es el de los porcentajes máximos que se pueden embargar de los sueldos de trabajadores en relación de dependencia. Este es 5% más bajo en la Argentina (20% en lugar de 25%). Esta es una diferencia importante dado que este remedio es uno de los más eficaces en la recuperación de deudas impagas (como se puede inferir de los resultados cuantitativos y de las encuestas cualitativas citadas para los Estados Unidos).

De manera que, en general, las restricciones en la Argentina no son severas comparadas con las de los Estados Unidos. En términos de lo que aconseja la teoría económica este resultado es alentador, ya que implica menores costos para los deudores (en términos de menores tasas explícitas de interés y menor posibilidad de restricciones cuantitativas a los créditos) y acreedores. En términos de lo que se observa en la evidencia empírica de los Estados Unidos, es también auspicioso que las conclusiones indiquen que en estados con mayores restricciones la disponibilidad de crédito es menor y el costo mayor.

Los problemas de incobrabilidad del sector financiero deberían, entonces, obedecer a otras causas. Se puede especular con posibles candidatos: ineficiencia en la ejecución de las medidas judiciales (en lugar de ineficiencias en el diseño), alto riesgo crediticio –causado, por ejemplo, por mayor volatilidad de shocks macroeconómicos– o incentivos para los bancos a tomar carteras excesivamente riesgosas –provocado por el riesgo ético que implica el seguro de depósito implícito.

## NOTAS

1. Nótese que si un banco está financiando un número grande de créditos, la cartera agregada del banco tendrá mucho menos riesgo que cada crédito, dado que no todos los proyectos “fracasarán” simultáneamente. Si los proyectos fuesen independientes unos de otros (por ejemplo, si no fueran todos en la misma industria o región), con una cartera suficientemente grande el banco podría enfrentar un riesgo arbitrariamente pequeño.

2. Que exista competencia no es crucial para los propósitos de este estudio. Exactamente la misma conclusión se obtendría si, en ausencia de competencia, los oferentes de fondos cargan un margen fijo de ganancia a los posibles deudores.

3. Una razón es que, simplemente, no tienen los recursos suficientes para las garantías. Otra razón, que es la que interesa para los propósitos de este estudio, es que existe una prohibición legal para ofrecer un bien o servicio de propiedad del cliente como colateral.

4. De hecho Stiglitz and Weiss (1981) proveen ejemplos de este tipo. El escenario es el siguiente: deudores que ofrecen mayor colateral emprenden proyectos más riesgosos. Si un cliente ofrece una garantía mayor que el promedio, hay posibilidades de que este cliente tenga más activos que el promedio, y si tiene más activos es probable que sea debido a que no es adverso al riesgo y en el pasado haya tenido buena suerte en proyectos riesgosos. Como consecuencia, si ofrece mayores garantías, probablemente sea de tipo R más que de tipo S. Aunque estos ejemplos son útiles para comprender la complejidad del tema, la interpretación más sencilla ofrecida anteriormente es la más relevante para el problema aquí desarrollado.

5. Nótese la diferencia entre saber los retornos y ser capaz de verificar los retornos ante la autoridad que hará cumplir los contratos. Es el segundo caso el que es importante para los efectos económicos en el mercado de crédito, y es el caso que es relevante para este estudio.

6. Por supuesto que existe la otra posibilidad, esto es, argumentar que nadie en la industria reconoció las posibilidades de incrementar sus beneficios que fueron encontradas por el proponente de la regulación, implicando que, dado que las firmas no son eficientes, las regulaciones no tendrán efectos nocivos en la disponibilidad y costo de crédito. De hecho este tipo de argumentos no ha estado ausente de las discusiones del Congreso en los Estados Unidos.

7. El uso tradicional de las curvas de oferta y demanda y el cálculo del “excedente del consumidor” como medida de las distorsiones no es apropiado para este caso. La razón es que la oferta de crédito depende del comportamiento de los deudores, es decir, la oferta depende de la demanda. En este caso, la suma de las diferencias entre las disposiciones a pagar de los deudores y acreedores no son una medida precisa del cambio de bienestar de las restricciones.

## Capítulo VI

### DEFENSAS DEL CONSUMIDOR Y LA COMPETENCIA

#### VI.1 DEFENSA DEL CONSUMIDOR

##### *VI.1.1. Introducción*

La protección legal a los consumidores ha cobrado un gran impulso en las últimas décadas en los países desarrollados y, más recientemente, en Latinoamérica. Esta diferencia en el tiempo probablemente se explica por el uso bastante difundido de los controles directos de precios y abastecimiento y por la provisión directa de bienes por parte de empresas del Estado que rigieron en muchos países del Cono Sur; al haberse levantado los mismos, privatizando algunas empresas públicas, y permitirse un funcionamiento más o menos libre de los mercados de bienes y servicios, se debieron encarar problemas, que antes regulaba el organismo encargado de los controles.

En este contexto ha cobrado un mayor impulso la discusión acerca de la legislación específica de defensa de los consumidores o, cuando no existe ésta, la interpretación de las normas legales generales que hacen los jueces en las demandas civiles por daños causados por el consumo de bienes o servicios.

En el debate acerca de la forma de mejorar el marco normativo de protección a los demandantes finales ha primado en Latinoamérica una aproximación no económica del problema. En muchos casos se supone, explícita o implícitamente, que los consumidores son ingenuos, que carecen de protección si no existe una legislación especial adecuada, que la publicidad es en general engañosa y que las marcas comerciales no juegan rol alguno. De esta forma, se proponen reformas que tienden a abusar del paternalismo público o normativo, sin tener en cuenta los incentivos económicos de los oferentes y demandantes del mercado.

### VI.1.2. *El problema conceptual*

Aun suponiendo que los consumidores no son ingenuos y que las empresas no tienen como objetivo único estafarlos, existen problemas que hacen difícil que el libre funcionamiento de las fuerzas de mercado pueda asegurar, en todos los casos, una adecuada defensa de los intereses de los consumidores respecto de la calidad de los productos.<sup>1</sup> En general, se mencionan los siguientes temas:

#### *a) Las firmas oportunistas:<sup>2</sup>*

Una firma que tenga mucho que perder si se reduce su demanda porque los consumidores se consideran “estafados” por recibir una calidad inferior a la prometida tendrá más incentivos a cumplir con sus compromisos que otra que accede al mercado por poco tiempo. Cuanto mayores sean los activos expuestos de las firmas a una reducción en la demanda, menor será el incumplimiento del acuerdo. En este sentido, desempeñan un rol importante las marcas comerciales, la publicidad u otros activos específicos del producto que se vende porque estas inversiones podrán recuperarse sólo si se mantiene la demanda.

En la medida en que no existan asimetrías de información (tema que se analiza en el punto siguiente), existirá una penalización de mercado para aquellas empresas que violan sus compromisos: se reducirá su demanda en el futuro y no podrán recuperar sus inversiones específicas. Este incentivo es menos potente para los productos que se compran en forma espaciada (a mayor frecuencia de compra, más rápida y efectiva resulta la penalidad por la caída de la demanda de los consumidores que descubren que la calidad es inferior a la esperada) y para las firmas “oportunistas” que entran a un mercado por corto tiempo, y que tienen marcas comerciales de escaso valor o que no usan mucha publicidad.

#### *b) Las asimetrías de información*

Es bastante razonable suponer que las empresas tienen un mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden. Esto no ocasionaría ningún inconveniente si todos los bienes fueran homogéneos en calidad, pero en realidad no es así. Por ello existen dos trabas potenciales para lograr que los consumidores reciban la calidad que esperaban al momento de compra: la selección adversa y el incentivo a subasegurarse por defectos de calidad.

En el caso de la selección adversa,<sup>3</sup> los consumidores no conocen con precisión la calidad de cada uno de los bienes transados en el mercado. Esta simetría de información puede llevar a que los productos que se comercialicen sean de una calidad inferior a la deseada porque nadie está dispuesto a pagar por obtener mejores atributos si no tiene alguna certeza de que va a recibirlos efectivamente. El precio promedio de mercado va a reflejar la probabilidad de que existan bienes de inferior calidad, y esto desalentará a los productores que quieren ofrecer un producto más

sofisticado. Este problema puede ser resuelto en algunos casos porque existen mecanismos para premiar a quien brinda una mejor calidad. Aquí aparece nuevamente el rol de las marcas comerciales, la publicidad o los activos específicos que pueden convertirse en una señal para los consumidores acerca de que el oferente tiene algo que perder si no cumple con sus promesas de calidad.

El segundo problema de asimetría de información se refiere a una tendencia de los consumidores a subasegurarse por los defectos en la calidad de los bienes adquiridos. Si el demandante conociera perfectamente todos los riesgos que existen por el uso de un producto (tanto los presentes como los futuros) podría hacer una elección que incluyera todos los costos (el precio del bien y los gastos asociados a un eventual daño en el futuro si se concreta ex-post el siniestro); entre otras alternativas y si tiene aversión al riesgo, podría asegurarse en el mercado.<sup>4</sup>

El problema surge cuando el consumidor no puede evaluar con relativa precisión esos costos eventuales. En este caso, existirá una tendencia a demandar una calidad inferior a la deseable (la que habría surgido si no hubiera existido la información deficiente).

En este momento es conveniente realizar algunas precisiones. Si la restricción de información es imposible de ser mejorada, es un error de política económica plantearse como objetivo alcanzar la solución absoluta del problema de consumidor (alcanzar el “óptimo de Pareto”). Se cometería en ese caso lo que Demsetz (1969) llamó la “falacia del Nirvana”, que consiste en comparar el mercado que tiene fallas con una eventual solución pública perfecta, ya que ésta tampoco puede llegar a ese máximo nivel deseable porque enfrenta las mismas restricciones de información que el sector privado. Lo que debe probarse es que la intervención del Estado tiene alguna posibilidad de mejorar la falla de información; si no es así el mercado permite alcanzar la única solución posible que es la que contempla que existan “costos de transacción” (por ejemplo, para obtener la información adecuada).

Del mismo modo, si existe una tendencia de los consumidores a subasegurarse porque tienen información imperfecta, es posible mejorar este problema haciendo que las empresas “compren” ese seguro, sólo si éstas tienen mejor información. Este, probablemente, sea el caso para algunos daños, pero no para todos. Por ejemplo, en los daños ambientales donde las insuficiencias de información son más agudas, las firmas al momento de lanzar el producto al mercado pueden ignorar que se generarán daños ambientales varias décadas más tarde. En este caso, no existe un efecto disciplinador por obligar a las empresas a asegurar la calidad. Este no es un tema menor, si se considera que la legislación americana se ha modificado para incluir una suerte de seguro por parte de las empresas al convertir la regla de la negligencia en una de responsabilidad estricta. Bajo esta regla se penaliza a las empresas por daños ambientales que no pudieron ser previstos varias décadas atrás cuando se lanzó un nuevo producto al mercado.

### c) *Las externalidades*

Si existen asimetrías de información entre los consumidores y las empresas es posible que las firmas al lanzar un producto al mercado no internalicen todos los costos que existen asociados a tal decisión. Se trata, en general, de una externalidad negativa a la cual el mercado no le pone un precio; por lo tanto, existirá más “daño a los consumidores” que el deseable.

La solución económica tradicional para las externalidades, aplicada de alguna manera a los casos de defensa del consumidor, es crear mecanismos que permitan internalizar al nivel de las empresas todos los costos sociales. Para ello, lo usual en este tema no es utilizar impuestos, sino aplicar regulaciones sobre calidad o modificar las reglas del Derecho Civil hacia un esquema de responsabilidad estricta, que obligue a las empresas a indemnizar por los daños causados a los consumidores independientemente de la culpa.

La *regulación sobre calidad de productos a cargo de agencias públicas* puede ser una solución al problema si el Estado tiene alguna superioridad de información con relación a los consumidores y a los jueces, si la administración de las normas no es muy onerosa y si no existen problemas de captura de la agencia por parte de grupos de presión. En este caso, el gobierno normalmente establece un estándar de calidad (es decir, las normas mínimas que se deben cumplir para determinados productos) y las sanciones administrativas por incumplimiento de dichas reglas.

Un esquema de este tipo se ha justificado en los casos donde el gobierno puede tener alguna ventaja de conocimiento clara sobre el propio consumidor (en la literatura sobre el tema se citan como ejemplo los problemas de diseño de productos) o en los casos donde se puede dar información a los consumidores sin generar un costo importante para las empresas<sup>5</sup> (fechas de vencimiento de productos perecederos, composición de los bienes) o que éstas no tienen ningún incentivo a proporcionar; se trata, por ejemplo, de los contenidos de insumos que tienen un efecto negativo sobre la salud (nivel de colesterol) o incluso de aquellos positivos pero donde es posible que cada firma espere que un competidor haga el gasto de difusión para evitar el costo y usufructuar, por simpatía, del esfuerzo realizado por el otro.<sup>6</sup>

Una ventaja de la regulación pública es que no exige un proceso de prueba tan complicado como la solución legal que se discute en el punto siguiente, pero exige un servicio civil capaz de ejercer el control y que pueda resistir las presiones de los grupos de presión.<sup>7</sup>

En los Estados Unidos la *legislación sobre productos para consumo* ha sufrido un cambio importante desde comienzos de los años 60. En el esquema anterior los productores eran responsables sólo si se probaba que habían sido negligentes en su fabricación del mismo.<sup>8</sup> En la medida en que se cumpliera la buena práctica usual en la industria, no existía una responsabilidad civil por daños. Luego de dos fallos judiciales de principios de los 60 empezó a aplicarse en la práctica la propuesta de una co-

rriente de la literatura académica que se apoyaba en un criterio de responsabilidad estricta.<sup>9</sup> Bajo este enfoque, el afectado sólo debe probar que el consumo de un producto determinado le causó un daño y la firma debe indemnizarlo, independientemente de la culpa que haya tenido en la fabricación. Por ejemplo, a diferencia de lo que ocurriría si se aplica una regla de negligencia, bajo la regla de responsabilidad estricta se penalizarían los defectos normales de una fabricación en serie, aunque se hayan tomado todos los recaudos posibles para controlar la calidad. Esta modificación del derecho civil norteamericano se generalizó al consumo de productos y servicios, aunque existen algunas excepciones. La más importante es la mala praxis médica, en la cual todavía se aplica la regla de la negligencia.

La Comunidad Económica Europea también ha seguido esta tendencia. Recientemente acaba de favorecer el uso de una regla de responsabilidad estricta.<sup>10</sup>

En términos económicos, la regla de la negligencia se parece a la regulación pública comentada en el punto anterior, pero en lugar de controlar la una agencia reguladora se confía en el Poder Judicial. También en este caso los jueces utilizan un estándar usual como referencia y aplican sanciones, que incluso pueden estar definidas en las propias normas legales.

Existen diferencias importantes entre ambas reglas cuando hay asimetrías de información. La responsabilidad estricta permite internalizar los costos de eventuales daños sobre los consumidores y, por lo tanto, es preferible en los casos en que no es razonable esperar que el consumidor adopte, a bajo costo, medidas de prevención. Shavell (1987) sostiene también que otros factores que justifican el uso de un criterio estricto son la existencia de daños potenciales muy severos o los casos en que a los jueces les resulta difícil aplicar estándares.

Sin embargo, la responsabilidad estricta desalienta a los usuarios a tomar cualquier precaución porque la empresa es responsable independientemente de la culpa.<sup>11</sup> Por ello, la regla de la negligencia funciona mejor en los casos en que es factible que ambas partes (empresa y consumidor) adopten medidas de precaución.

En definitiva, no debe perderse de vista que el objetivo es lograr la calidad y seguridad deseadas al menor costo posible; si es más barato para los consumidores prevenir el problema, es mejor que enfrenten el riesgo manteniendo la responsabilidad en las empresas sólo si no cumplen con los cuidados razonables. Se puede concluir que el criterio de responsabilidad estricta es más adecuado en los casos en que el riesgo es muy difícil de percibir para el consumidor, resultando entonces óptimo que el riesgo lo soporte la firma.

Asimismo, la regla más estricta permite internalizar los costos y funciona mejor en los casos en que la externalidad es el problema principal. Además, es menos costosa de administrar para el Poder Judicial porque no exige probar la culpabilidad. Sin embargo, se la ha cuestionado por su carácter de seguro generalizado.<sup>12</sup> Una de las razones esgrimidas para justificar la reforma de los 60 fue precisamente que el criterio estricto ser-



viría como una suerte de seguro cuyo costo se difundiría a través de un mayor precio del bien entre todos los consumidores, en lugar de los pocos afectados por las partidas defectuosas. La crítica es que al generalizarse este mecanismo de seguro ad hoc se ignoró que los consumidores ya tenían seguros que los protegían contra algunos de los riesgos que podía causar un producto defectuoso y que el mercado de seguros puede ser más eficiente y barato que el sistema legal para resolver estos problemas.

En otras palabras, aunque en sus orígenes la responsabilidad legal (sea con la regla de la negligencia o el criterio estricto) se haya propuesto como forma de compensar a la víctimas por los defectos en la calidad esperada o por la inseguridad de los bienes, en la actualidad debería tener otra justificación porque existe una gran cantidad de programas sustitutos que permiten satisfacer este objetivo de compensación (seguros de salud, de vida y seguro social).<sup>13</sup> El nuevo rol de la responsabilidad legal es generar incentivos adecuados para asegurar la calidad de los bienes, fundamentalmente en los aspectos de seguridad. El problema es que en la búsqueda de esta mayor protección se hayan reducido los incentivos a la innovación y desarrollo de nuevos productos, ante el riesgo de enfrentar demandas judiciales si aparece algún problema en el futuro (pasivos contingentes).<sup>14</sup> En los casos en que una elevada litigiosidad demore la incorporación de productos hasta que se tenga una mayor certeza sobre su seguridad también se pueden generar importantes costos sociales (mejoras en la calidad de vida de los consumidores que se postergan hasta que se termina con un sinfín de tests que procuran asegurar que no existirá ningún riesgo de litigio en el futuro).

Lo que tampoco debe omitirse es que la regla de responsabilidad estricta conduce a precios de los bienes superiores (se incorpora como costo el valor esperado de las indemnizaciones a los consumidores) y por ello reduce el nivel de producción. Este es uno de los objetivos buscados por quienes propusieron la reforma legal; internalizar costos que antes aparecían difusos. Pero es importante mencionarlo para el caso de los países latinoamericanos donde en la discusión pública parece primar la idea de que este problema se resolverá sin costo para los consumidores o la economía. Si se diseña un sistema eficaz, lo que se obtiene es una mejora en la calidad y seguridad corrigiendo una falla de mercado que impedía alcanzar un nivel adecuado de las mismas, pero no se puede evitar pagar un precio superior por esos atributos mejores.

El debate acerca de cuál regla o sistema de protección es mejor no está saldado. Los elevados costos de intermediación del sistema judicial (presupuestarios y gastos de litigar) aparecen en forma reiterada como crítica al uso del sistema judicial en el control, aunque estos gastos deberían ser algo inferiores si se aplica la regla estricta. Por otra parte, los jueces tienen la ventaja de actuar ex-post y pueden recurrir a expertos que revisen los hechos, mientras que las agencias reguladoras deben intervenir ex-ante, y muchas veces con información imperfecta.

### VI.1.3. La evidencia empírica

En los Estados Unidos ha existido una larga experiencia en casos concretos de productos defectuosos y de mala praxis médica y, por ello, es posible encontrar algunos ejemplos que ilustran sobre los problemas prácticos del sistema.

#### a) La medición de los daños

La idea normalmente aceptada para fijar las indemnizaciones es compensar al consumidor por la pérdida de utilidad que le ocasionó el producto defectuoso. Esto ha generado diversos inconvenientes.

Por un lado, la aplicación del criterio de responsabilidad estricta ha generado una tendencia natural de los afectados a exagerar los daños.<sup>15</sup> Ello indujo a los jueces a limitar las indemnizaciones; hoy en los Estados Unidos prácticamente no se reconocen los daños efímeros (por ejemplo, es posible obtener una compensación por el dolor ocasionado, pero es menos probable que se compense el temor sufrido durante el incidente), los daños especulativos y los remotos.

El problema que genera esta intención de acotar la exageración es que, en los hechos, los jueces terminan reconociendo indemnizaciones que subestiman el daño sufrido por el consumidor, en particular en los casos más severos.<sup>16</sup> Por otra parte, también se ha argumentado que en algunos casos se puede compensar en exceso<sup>17</sup> al fijar montos globales que ignoran que la empresa puede haber contribuido sólo en parte al problema. Sea por una u otra causa, si la compensación no es más o menos exacta, la regla de la responsabilidad estricta es menos potente para lograr una solución eficiente.<sup>18</sup>

Tampoco la regla de la negligencia está exenta de inconvenientes de medición. Si el estándar es impreciso o la sanción inadecuada, no existirán los incentivos correctos para poder lograr una solución eficiente. Debe mencionarse que la sanción debería incluir algún tipo de punitivo porque la probabilidad de condena es inferior a uno. Rara vez los jueces o jurados americanos aplican punitivos.<sup>19</sup>

Una forma de sanción utilizada en varios países es la contrapublicidad o publicidad correctiva. En principio, tiene una lógica económica porque su efecto será reducir las ventas de la empresa, y esta sanción potencial dará incentivos a las firmas a comprometer y publicitar la verdadera calidad de sus productos. Sin embargo, han existido problemas con la aplicación de este criterio. Por ejemplo, Posner (1992) cita el caso de una empresa que fue obligada a hacer la publicidad correctiva, y sus competidores no. Como consecuencia, la empresa perdió participación en el mercado cuando una aplicación generalizada del castigo no la hubiera llevado a esta situación. La publicidad correctiva, entonces, padece de los problemas similares a otras regulaciones públicas: exige un desempeño muy eficaz de los entes encargados de la regulación, lo que si bien no puede descartarse a priori, tampoco debe llevar a suponer que está ase-

gurado por el mero hecho de contar con una norma legal. Hacer este último supuesto ignoraría las innumerables fallas que han mostrado las agencias reguladoras en el desempeño de su función.

En definitiva, la regla de responsabilidad estricta funciona mejor cuando los daños son fáciles de determinar y la de la negligencia, cuando el estándar es conocido (sea porque existen normas profesionales que contemplan el interés de los consumidores o porque hay interacciones frecuentes que permiten precisar un criterio común). En los casos en que existe incertidumbre sobre alguna de estas variables, es preferible utilizar la otra regla para brindar los incentivos correctos a adoptar un nivel adecuado de precaución.<sup>20</sup>

#### *b) La definición de negligencia*

Cuando se utiliza la regla de negligencia existe el problema de definir qué es un comportamiento negligente. En este cómputo deberían incorporarse los costos y beneficios para los consumidores y cuánto costaría la prevención del problema.

Las normas de uso profesional no siempre respetan el interés de todas las partes, pero han resultado eficaces para definir qué es un comportamiento atípico. Incluso, existe alguna evidencia de que la regulación o estos estándares profesionales han sido más eficaces que la aplicación de los criterios de responsabilidad legal.<sup>21</sup>

#### *c) Interferencias con el mercado de seguros*

Si la compensación de daños fuese perfecta y un seguro a nivel de empresas operara igual que un seguro del propio consumidor, el cambio hacia una regla de responsabilidad estricta no afectaría al mercado de seguros. Priest (1991) ha argumentado que en la práctica ambos sistemas no son equivalentes, y, por lo tanto, el seguro incorporado a través del mayor precio que implica la regla estricta ha sido un factor importante para explicar la crisis del mercado de seguros de mediados de los 80. Entre otras cosas, critica el mayor costo de este “seguro” en las empresas por: los altos gastos legales; la decisión de brindar una cobertura total, cuando los consumidores podían preferir una parcial o incluso tener alguna previa;<sup>22</sup> y el hecho de forzar la salida del mercado de seguros de las firmas menos expuestas a demandas de los consumidores, ya que a éstas les resulta más barato autoasegurarse, ante el incremento observado en las primas como consecuencia de la mayor litigiosidad.

#### *d) El problema de las garantías*

Antes del cambio legal observado en los 60, las garantías otorgadas a los consumidores permitían solucionar los problemas por defectos en los productos, pero no daban lugar a indemnizaciones si estos defectos dañaban a los consumidores (siempre que la culpa no fuera atribuible a la empresa). Al modificarse la normativa se convirtió las garantías a un criterio de responsabilidad estricta; incluso los jueces han tendido a pena-

lizar a las empresas aun cuando existiera una advertencia sobre los peligros del bien.<sup>23</sup> En los hechos, se exigiría a las empresas que conozcan todos los usos posibles del bien y esto es criticable porque no contempla que los consumidores son diferentes unos a otros y porque subestima el rol del consumidor en la prevención.<sup>24</sup>

En realidad, la exigencia de mayor información sobre contenido de los productos debió servir para reducir o eliminar la asimetría de información entre empresas y consumidor. Si se hubiera querido ser consistente, debería haberse aceptado que eso implicaba transferir una mayor responsabilidad al consumidor, lo que en los hechos no ocurrió al aplicarse el criterio de responsabilidad legal estricta. Sin embargo, Shavell (1987) sostiene que las garantías serán insuficientes si los consumidores subvalúan sistemáticamente el riesgo. En este caso, las empresas no tendrán incentivos a brindar una protección contra defectos que los consumidores no valoran porque los consideran de baja o nula probabilidad de ocurrencia.

#### *e) El problema de los productos nuevos*

Se ha argumentado que los cambios en la legislación americana han perjudicado más a los nuevos productos. Encuestas realizadas en los Estados Unidos muestran que un porcentaje importante de empresas postergó o suspendió el lanzamiento de nuevos productos al mercado como consecuencia de la mayor responsabilidad legal. No obstante esto podría interpretarse favorablemente si antes existía un nivel de precaución bajo, la evidencia disponible sugiere que ha habido algún efecto negativo adicional.

En el caso de los nuevos productos, la regulación pública puede actuar mejor que el sistema judicial porque, por definición, es difícil que los jueces tengan algún patrón para tener en cuenta; además, se exige un mayor conocimiento técnico. Viscusi (1991) ha propuesto que si se cumplen las reglas fijadas por una agencia reguladora, la empresa debería quedar libre de responsabilidad adicional; en otras palabras, se propone un criterio de negligencia aplicado a través del Ejecutivo y no del Poder Judicial.<sup>25</sup>

#### *f) La respuesta de los consumidores y oferentes*

No existe una evidencia empírica concluyente sobre la respuesta de los distintos actores del mercado. Un trabajo sobre la mala praxis médica realizado por la Universidad de Harvard y citado por Danzon (1991) no permite afirmar que el aumento en los casos judiciales de mala praxis médica haya reducido el número de accidentes. Existe alguna evidencia de que los médicos adoptan más medidas que prevención, pero que al mismo tiempo tienden a eludir los procedimientos más riesgosos. Saks (1993) destaca que, a pesar de que sólo se litiga un bajísimo porcentaje de los daños por mala praxis médica, encuestas realizadas a los profesionales revelan que éstos sobreestiman la probabilidad de ser demandados

en alrededor de 30 veces. Ello induce a adoptar una mayor prevención, aunque existan pocos casos judiciales. Esto podría interpretarse como una muestra de eficiencia del sistema judicial,<sup>26</sup> pero si los actores del mercado perciben un elevado costo del sistema demorarán el desarrollo de nuevas técnicas o sólo brindarán los servicios más seguros.

En el mismo trabajo de Danzon se concluye que existe un número importante de accidentes por negligencia y que hay muchos reclamos injustificados de los pacientes. Esto la lleva a concluir que el sistema de mala praxis (que se basa en una regla de negligencia) no es muy eficiente, seguramente por la información imperfecta de los jueces y de las compañías de seguro. También se concluye que modificar la regla hacia una de responsabilidad estricta no corrige la simetría de información, que es un problema de importancia en el caso de los servicios médicos.<sup>27</sup>

A su vez, Viscusi (1991) señala que la compensación judicial fijada en los casos de productos defectuosos es relativamente baja, lo que hace más difícil que se generen los incentivos adecuados. Por el contrario, la penalidad para los productos nuevos parecería ser demasiado elevada. En el mismo orden de ideas, se tiende a compensar en exceso a los casos de menor daño y a subcompensar a los de mayor severidad.<sup>28</sup> El mismo autor señala que la solución legal superpuesta a una regulación pública puede haber generado incentivos excesivos para reducir el riesgo. Por su parte, Shavell (1987) sostiene que, a pesar de que existen otros instrumentos para inducir una mayor seguridad, el sistema de responsabilidad legal tiene un espacio que llenar cuando las agencias reguladoras no tienen suficiente información ex-ante para fijar un estándar adecuado.

Parecería haber una sobrerreacción de los consumidores en los casos de riesgos pequeños, bien publicitados y una subreacción cuando se trata de riesgos importantes. Si el problema no se percibe rápido, el seguro no estará incluido en el precio y se habrá desvirtuado uno de los objetivos de la reforma legal. Los costos de transacción del sistema legal son varias veces superiores a los de una prima de seguro, aunque debe señalarse que pueden tener una función adicional (inducir a una mayor seguridad).<sup>29</sup>

Posner (1992) menciona algunas dificultades de los consumidores para poder concretar su demanda en estrados judiciales. Por un lado, se menciona que, en la mayoría de los casos, el daño al consumidor es bajo como para justificar una demanda judicial (en este sentido se parece a los problemas ambientales);<sup>30</sup> y no existen mecanismos en los Estados Unidos para que los consumidores recobren los gastos legales.<sup>31</sup> Por otra parte, la agencia reguladora recibe más demandas de competidores que de consumidores ya que no puede aplicar sanciones penales, está altamente centralizada cuando la mayor parte de los casos de fraude al consumidor son de índole local, y carece de instrumentos para controlar la principal fuente de problemas que son las empresas "oportunistas" que operan con marcas comerciales de baja reputación.

Eisenberg y Henderson (1992) señalan que las reformas recientes observadas en algunos estados norteamericanos que limitaron la aplicación

de algunos elementos de la responsabilidad legal han tendido a reducir la probabilidad de éxito de los demandantes. Sin embargo, no existe acuerdo empírico sobre este tema, según mencionan Huber y Litan (1991).

#### VI.1.4. El caso argentino<sup>32</sup>

La legislación sobre defensa del consumidor en la Argentina ha sufrido cambios importantes en las últimas décadas. Hasta la reciente sanción de la ley 24.240 que introduce por primera vez una ley específica en la materia, el marco legal estaba integrado por los Códigos de Fondo y otras normas (leyes de abastecimiento y lealtad comercial entre las más importantes). Sin embargo, en materia de responsabilidad, el veto presidencial al artículo 40 de la nueva Ley de defensa del consumidor mantiene la vigencia de los diferentes criterios de responsabilidad (objetiva o subjetiva) según los casos previstos en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil.

La sanción de la ley 24.240 en 1993 no es la primera modificación de importancia en la legislación en la materia. Por ejemplo, la reforma del Código Civil de 1968 es el primer paso hacia un avance gradual en la aplicación de la responsabilidad objetiva en un mayor número de casos, además de aceptar la posición de que el consumidor es la parte débil en la transacción (criterio éste que la nueva ley enfatiza aún más). Por otra parte, la doctrina se ha ido moviendo paulatinamente hacia una aplicación más extensa del criterio objetivo (la responsabilidad estricta de los Estados Unidos).

En síntesis, puede resumirse el tratamiento actual de la legislación argentina de la siguiente forma:

a) En materia de responsabilidad civil, el Código Civil distingue los daños causados por una persona, de los causados por una cosa o con la cosa. En el primer caso, la responsabilidad es subjetiva y la carga de la prueba reside en la víctima; la mayoría de los casos de negligencia profesional (mala praxis) se encuadrarían en esta categoría. En el segundo, para los daños causados por la cosa sin participación de una persona, rige la responsabilidad objetiva; por lo tanto, la víctima sólo debe probar la causalidad, y la firma que elaboró el producto en cuestión debe pagar la indemnización que fije el juez. Cuando se trata de daños con la cosa, se aplica la responsabilidad subjetiva pero la carga de la prueba reside en quien causó el daño y no en la víctima.<sup>33</sup> Finalmente, para los vicios por advertencia se aplica la responsabilidad subjetiva y en los casos en que existen marcas comerciales se extiende la responsabilidad al fabricante.<sup>34</sup>

También se distinguen los casos en que rige un contrato directo entre la empresa y la víctima de aquellos en que la vinculación se realiza en forma espontánea sin mediar un papel firmado. En el primer caso la responsabilidad es objetiva, en el segundo varía (por ejemplo, es objetiva si se trata de cosas viciosas o riesgosas). Antes de la ley 24.240 existían algu-

nas diferencias importantes adicionales; por ejemplo, la prescripción para accionar judicialmente era de dos años para los casos extracontractuales y diez años en los contractuales; ahora se ha unificado en tres años.

b) La ley 24.240 enfatiza como criterio reparador del daño el reemplazo o arreglo de la cosa defectuosa.<sup>35</sup> En materia de sanciones la ley 24.240 introdujo un criterio que en alguna medida se parece al de la ley de defensa de la competencia al facultar a poner multas de hasta tres veces el daño realizado, con un tope de \$ 500.000,<sup>36</sup> y permitir la clausura del negocio. Las sanciones se gradúan en función del perjuicio causado al consumidor, la posición en el mercado del infractor, el beneficio obtenido por la venta de un producto defectuoso, la intencionalidad, los riesgos sociales asociados y la reincidencia.

c) La ley 24.240 permite las acciones conjuntas de consumidores a través de las asociaciones que los agrupan, de la autoridad de aplicación de la ley o del Ministerio Público (una suerte de *class action* restringida).

d) La ley 24.240 introduce la posibilidad de accionar en sede administrativa, previo a la instancia judicial y, además, faculta a adoptar acciones preventivas. El veto al artículo 40 eliminó esta posibilidad para los casos incluidos en el mismo.

#### *Análisis económico*

En la Argentina la discusión legal sobre el tema de defensa de los consumidores no asigna un rol importante a los problemas económicos, los que deberían atenderse a la luz de la discusión de las secciones precedentes sobre aspectos teóricos y empíricos. En realidad, cuando se han analizado consecuencias económicas, en general, se ha entrado en un debate no muy actualizado en el cual se enfatiza la desigualdad relativa de los consumidores,<sup>37</sup> y no los problemas de las firmas oportunistas, la asimetría de información o las externalidades. En este debate se ha ignorado no sólo que el consumidor no está obligado a comprar todos los bienes (de hecho la posibilidad de que restrinja el consumo de algunos que a su criterio son potencialmente defectuosos le da “poder”) sino que también se sugiere implícitamente que las firmas lucrarán con la venta de productos defectuosos, sin entrar a analizar los incentivos que tienen éstas para vender bienes de esas características y sin responder por qué se vendían algunos productos de buena calidad en la Argentina antes de 1968 o en otros países antes de modificar su estrategia de resolución del problema.

En definitiva, los puntos centrales a debatir son, en primer lugar, si el mercado proporciona los incentivos correctos para proveer calidad y las penas adecuadas, cuando se violan los compromisos asumidos, y, en segundo lugar, cuál es la mejor forma (más barata) de resolver las fallas potenciales de mercado. El análisis de las secciones precedentes resumió los aspectos conceptuales y empíricos de este debate en otros países; claramente, éste no ha sido el eje de la discusión en la Argentina y por ello

la legislación de fondo enfatiza algunos puntos que no tienen una lógica económica estricta y que, por lo tanto, no aseguran la solución más eficaz de los problemas a resolver.

La discusión económica respecto del *criterio a seguir en materia de responsabilidad* enfatiza el carácter de seguro generalizado de la responsabilidad objetiva y critica las duplicaciones que pueden generarse por la existencia de otros mecanismos de seguro, además de mencionarse que no contribuye a resolver los problemas de asimetrías de información o de las firmas oportunistas.

El intento de recurrir a un seguro generalizado, al cual adhieren varios civilistas argentinos, no contempla que existen otros seguros que cubren contingencias (casualmente son más comunes en los casos de riesgos de la salud que es uno de los que más se quiere prevenir) y que, en muchos casos, puede ser más eficaz que la prevención la haga el propio consumidor.

Podría argumentarse que en presencia de costos de transacción, la generalización del seguro a través del criterio de la responsabilidad objetiva es la solución menos costosa, pero esta posición es criticable, no sólo por la existencia previa de otros seguros en la economía ya mencionada, sino también porque existen “penas de mercado” para aquellos que proveen productos de inferior calidad a la esperada. Además, el problema de los costos de transacción se arregla mejor permitiendo que los afectados accionen en forma conjunta (*class action*) y no obligando a comprar un seguro que no todos los consumidores están dispuestos a pagar.

La sugerencia de algunos autores<sup>38</sup> de crear un seguro obligatorio con fondo de garantía por la responsabilidad civil adolece de los mismos problemas potenciales (duplicación parcial de cobertura, no resuelve el problema de las firmas oportunistas) y está expuesta a problemas comunes en el mercado de seguros, donde una solución eficiente requiere de una asociación lo más estrecha posible entre el mayor riesgo y el valor de la prima (*experience-rating*), que parece muy difícil de lograr en este caso. En ausencia de este tipo de ajustes en las primas y si se prohíbe el autoaseguro se generan subsidios cruzados entre actividades (de aquellas con mayor proporción de productos defectuosos a las que tienen menos fallas en el proceso de elaboración y venta), dando lugar a ineficiencias en la asignación de recursos.

Además, los diferentes casos que surgen de la interpretación del Código Civil no reflejan adecuadamente los problemas económicos subyacentes. Más concretamente, es difícil que la existencia de un contrato explícito o la relación directa entre las partes tenga un papel decisivo en un problema económico concreto, y, sin embargo, la legislación argentina marca una diferencia importante en el tratamiento de uno u otro caso.<sup>39</sup> También resulta arbitraria, desde un punto de vista económico, la separación entre vicios de la cosa o con la cosa, aunque es aceptable el criterio de aplicar la responsabilidad objetiva a los casos de riesgos potenciales muy importantes.

En cambio, debe señalarse que el mayor peso legal que se pone sobre los responsables de las marcas ayuda a resolver el problema porque brinda un marco más propicio a la solución de mercado, al extender la solidaridad a la empresa titular de la marca. Si no fuera así, la pena por los defectos en los productos estaría restringida sólo a las menores compras futuras y no se enfrentarían sanciones adicionales. Debe recordarse que la "penalización de mercado", vía la pérdida de ventas futuras, es más potente cuanto mayor es la frecuencia de compra del producto y los defectos son bastante visibles; sin embargo, los civilistas argentinos sostienen, en general, una posición más estricta para estos casos (alimentos, por ejemplo).<sup>40</sup>

El debate sobre cuál criterio de responsabilidad debe aplicarse puede volverse estéril en la práctica en la medida en que los jueces tiendan a penalizar a la empresa aunque sólo se pruebe la causalidad, en lugar de comprobar ésta y la culpa del presunto causante del siniestro. Este no es un tema menor porque existe alguna evidencia de que es lo que ocurre en la práctica. Incluso podría justificarse esta actitud de los magistrados en los casos de vicios de fabricación de algunos productos en los cuales puede resultar prácticamente imposible determinar si hubo o no negligencia por parte del fabricante.

Finalmente, la ley 24.240 brinda un trato especial a los profesionales al excluirlos de la misma. Este privilegio ha sido criticado, acertadamente, por muchos civilistas argentinos.

Relacionar *las sanciones* al daño ocasionado y al beneficio derivado del producto defectuoso tiene lógica económica porque permite internalizar los costos que genera la decisión de la empresa. No es tan claro que el criterio de multiplicar la sanción por tres tenga lógica. Este sería el caso si la probabilidad de ser condenado que enfrentara cada firma fuera de un tercio y esto en el supuesto de que sea neutral al riesgo.

Tampoco tiene lógica ajustar la sanción en función de la posición en el mercado del infractor. Esto no tiene necesariamente que ver con el monto del perjuicio ocasionado.<sup>41</sup>

La posibilidad de que *varios consumidores accionen en forma conjunta* se justifica como una forma de reducir los costos de transacción. En ausencia de este tipo de mecanismos los consumidores afectados tienen menos incentivos a plantear sus reclamos y, por lo tanto, las empresas y otros oferentes internalizarán sólo una parte de los costos que generan por la fabricación y comercialización de productos defectuosos.<sup>42</sup>

Introducir una *primera instancia administrativa* puede ayudar a resolver algunos casos a un menor costo. Por lo tanto, esta innovación de la ley 24.240 es acertada.

### VI.1.5. Asociaciones comerciales entre países

El análisis de la legislación sobre defensa de los consumidores se complica en los países miembros de una asociación comercial o unión

aduanera<sup>43</sup>. En materia de defensa del consumidor pueden plantearse algunos problemas potenciales si las exigencias de calidad de los productos son muy diferentes, porque aunque cada país debería retener la soberanía sobre el grado de protección que desee brindarle a sus consumidores, la regulación puede resultar en una barrera paraarancelaria, que en realidad proteja a los productores locales.

Por otra parte, si los países difieren en la legislación en forma importante podrían plantearse algunos problemas, porque el seguro implícito en los precios de los productores que venden al mercado interno en el que rige una regla de responsabilidad estricta se superpondría a otros tipos de seguro cuando el mismo bien se exporta a un país que adopta el criterio de negligencia. De todas maneras, esta diferencia se puede ajustar en forma relativamente sencilla en el precio del bien.

Cabe destacar, que los países del Mercosur han preferido la aplicación de normas basadas en el criterio de responsabilidad estricta, tendiendo a una relativa uniformidad de criterios. A su vez, en junio de 1994 se firmó un acta entre los cuatro países miembros del Mercosur que incluye algunos lineamientos básicos en materia de defensa de los consumidores. Este acuerdo tiene todavía algunos puntos pendientes, pero los aprobados a esa fecha son razonables. Quizá pueda mencionarse como excepción la obligación de que los fabricantes e importadores aseguren la oferta de componentes y repuestos, aunque se las restringe al período en el cual subsista la fabricación o importación del producto. En este contexto, se quita a los consumidores la opción de comprar bienes más baratos sin provisión de repuestos. La protección podría haberse logrado exigiendo que quienes no ofrecen repuestos lo publiciten o señalen en forma visible.

### VI.1.6. Conclusiones

Un primer punto a discutir es si debe existir una *legislación específica* de defensa de los consumidores. La respuesta es afirmativa en la medida en que la misma prevea reglas que se aplican cuando las partes no acuerdan lo contrario en forma específica. En este contexto, la ley actúa como una suerte de contrato estándar que brinda una protección general contra el fraude, las violaciones contractuales y la publicidad engañosa. De esta forma, se evita que los consumidores incurran en costos de transacción innecesarios para cubrirse ante eventuales violaciones contractuales, ya que pueden confiar en la protección que les brinde el marco general.

Pero no es fácil encontrar una solución legal eficaz a los tres problemas conceptuales que afectan la provisión de una calidad razonable (firmas oportunistas, asimetrías de información y externalidades), tal cual se comprueba en la literatura especializada. No obstante ello, al menos puede intentarse no crear inconvenientes adicionales a los que ya existen.

Con relación al caso de las *firmas oportunistas*, la solución es difícil porque no existen autocontroles en el mercado, y, en general, tampoco son fáciles de crear por medio de reformas al Código Civil o introduciendo una ley específica de defensa de la competencia. Para el momento en que se presentó el problema o se recolectó la evidencia, el oportunista eficiente ya no está en el mercado.

Sin embargo, es posible brindar algunas soluciones parciales. Por un lado, y tal cual lo hace la legislación argentina, es importante revalorizar las marcas comerciales, asignando responsabilidad a las empresas por el prestigio asociado al uso de las mismas.<sup>44</sup>

Otra solución posible para este tipo de problemas y que se utiliza en otros países, es permitir una acción preventiva del Estado en las áreas más vulnerables. Dentro de esta categoría se incluye, por ejemplo, las ventas por telemarketing. En estos casos se puede permitir a la agencia encargada del control que aplique castigos preventivos sobre prácticas que considere flagrantemente abusivas. Incluso, en otros países se faculta a congelar activos que puedan servir de garantías ante eventuales reclamos de los consumidores. El problema con este tipo de acciones preventivas es que pueden extenderse a otras actividades que no sean tan riesgosas. Este problema es más agudo si la agencia está politizada. Por ello, si se decidiera facultar este tipo de acciones debería quedar reservada a situaciones muy particulares.

La solución a la *asimetría de información* tampoco es fácil. Una recomendación razonable de Huber y Litan (1991) es que deben destinarse recursos para la producción y difusión de información sobre la seguridad de productos a los consumidores. Esta tarea no consiste en crear agencias que se dediquen a revisar cada producto existente o nuevo en el mercado, sino, por ejemplo, en armar bancos de datos que permitan llevar la historia de las empresas sancionadas por defectos de calidad; hacer pública esta información puede ayudar a mejorar el accionar de los consumidores en el mercado.

Si se generaliza la inclusión de advertencias a los compradores no parece conveniente superponer esta medida a una regla de responsabilidad estricta, puesto que en ese caso se desvirtúa la esencia de la advertencia que es procurar dar más información a los consumidores para que tengan incentivos a adoptar las precauciones necesarias. La recomendación de algunos economistas en los Estados Unidos es limitar la responsabilidad de la empresa cuando se exige la advertencia y se ha cumplido con este requisito. En este caso, se lograría atenuar el problema de asimetría de información sin crear incentivos perversos a litigar y el esquema interferiría menos con el mercado de seguros, ya que cada consumidor podría adquirir el monto de cobertura que estima necesario en función de la información que posee sobre los distintos bienes.

Aquí es importante destacar que el objetivo del gobierno debería ser buscar un sistema que permita prevenir los riesgos en la forma más barata posible, reconociendo que difícilmente se pueda justificar en térmi-

nos económicos la eliminación completa de todos los riesgos.<sup>45</sup> Adoptar una regla de negligencia o una estricta depende de qué parte puede prevenir el riesgo en forma más barata. Esto varía de un caso a otro, pero puede argumentarse que en las compras frecuentes es más razonable utilizar un criterio menos estricto.

En resumen, los productos de uso cotidiano, con advertencias que muestren los riesgos de su consumo no requieren de una regla objetiva de responsabilidad.<sup>46</sup>

Con relación a las *garantías*, en general los defectos que cubren son bastante conocidos por los consumidores porque pueden obtener la información de otros compradores o basarse en su experiencia anterior. Distinto es el caso en los riesgos para la salud o en la seguridad, aunque aquí usualmente existe una mayor intervención directa de otras agencias públicas.

La solución al problema de *las externalidades* exige algún tipo de intervención. Esta es más necesaria en los casos menos visibles para los consumidores, donde usualmente existe alguna regulación pública. El uso del sistema judicial o de una agencia específica de defensa de los consumidores puede contribuir a la solución de algunos problemas, ya que tiene la ventaja de actuar *ex-post* sobre casos concretos y, si las penalidades son adecuadas, sirve como disuasivo para futuros problemas. Incluso una regla estricta puede ser eficaz cuando es difícil establecer estándares de referencia y es más fácil precisar los daños para calcular la compensación.

Sin embargo, la aplicación práctica no es obvia precisamente porque es difícil detectar qué regla conviene a cada caso. Parecería que en los casos de compras poco frecuentes, donde el riesgo es menos visible y el daño es difícil de cuantificar *ex-ante* la regulación pública a través del Ejecutivo o un criterio de responsabilidad más estricto parecen preferibles. En el caso de nuevos productos o de problemas de diseño, la solución vía una agencia técnica del Ejecutivo aparece como la más eficaz, porque a los jueces, en principio e independientemente del apoyo de peritos, les resulta más difícil resolver problemas muy técnicos.

Para resolver el problema de las externalidades podría pensarse en una solución a la Coase,<sup>47</sup> que en este caso demandaría la autorización legal al consumidor de transferir a terceros el derecho a demandar a una empresa que lo afectó. Crear este mercado permitiría, en teoría, que el riesgo se cediera a un agente económico que está dispuesto a correrlo, y en la medida en que se litiguen los casos para los cuales existe una recompensa esperada positiva, se darán incentivos a las empresas para proveer un nivel de calidad adecuado.<sup>48</sup> Sin embargo, existen trabas institucionales para poder concretar este tipo de cesiones. Además, es un resultado conocido de la teoría económica que cuando existen costos de transacción el teorema de Coase exige que se cargue la responsabilidad legal a la parte más apta para soportarla, lo que no es fácil de determinar en todos los casos de defensa del consumidor.

## VI.2. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### VI.2.1. Introducción

La utilización de leyes de defensa de la competencia o antimonopolio ha sido común en los países desarrollados desde hace décadas. Durante este proceso se han generado debates acerca de la eficacia con que se han diseñado estas normas y respecto de su aplicación en la práctica.

Una parte importante del debate conceptual se ha centrado en las bondades del llamado paradigma de “estructura-conducta-desempeño”. Quienes lo han apoyado entienden que la estructura de los mercados influye sobre la conducta de sus actores y, por lo tanto, afecta el desempeño. En este contexto, era casi natural dar un paso más para concluir que la concentración en los mercados debía ser castigada per se.

La facilidad para aplicar en la práctica estos conceptos hizo muy popular entre los jueces y organismos de control administrativo la utilización del paradigma. Con probar la concentración de un mercado en base a índices cuantitativos podía bastar para condenar a una empresa por violaciones a la legislación antimonopolio. Asimismo, cualquier medida que facilitara la concentración debía ser condenada. Sin embargo, en la literatura sobre el tema se ha criticado esta simplificación. No es válido utilizar como referencia en la política antimonopolio la definición de competencia que hacen los libros de texto. Existen varias dimensiones en las cuales es posible competir y no hay ninguna razón a priori para preferir la competencia vía precios a otras formas alternativas. Tampoco es consistente el razonamiento implícito en el paradigma. Un mercado puede estar concentrado porque las firmas más grandes son más eficientes. Preferir un mayor número de empresas puede resultar en mayores costos y, por lo tanto, en un menor nivel de bienestar social. Además, los supuestos en que se basa esta teoría tienen algunas inconsistencias y existe escasa evidencia empírica sólida que los avale.

A pesar de ello, la aplicación de la legislación de defensa de la competencia ha continuado aceptando como válidas conclusiones que no son siempre correctas, quizá por la mayor complejidad de las explicaciones teóricas más modernas acerca de los oligopolios u otras formas de mercados no competitivos, o porque la legislación se ha utilizado también para defender a los competidores de una firma dominante, en lugar de preocuparse del bienestar de los consumidores o de la sociedad en su conjunto. Sólo recientemente, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha comenzado a reconocer algunos elementos nuevos y a aceptar la legalidad de algunas conductas que antes eran condenadas.

Desde un punto de vista económico debería haber consenso en que el objetivo de la legislación antimonopolio debería ser la maximización del bienestar social, y que el Estado debería preocuparse por defender los intereses de los consumidores.<sup>49</sup> Sin embargo, este objetivo no aparece cla-

ramente explicitado en las leyes de los países desarrollados, donde se mezclan otros propósitos que pueden colisionar con el anterior: la defensa de las empresas pequeñas y excepciones para el desarrollo de determinados sectores. Esta colisión de intereses puede ayudar a explicar algunas aparentes contradicciones de la legislación.

### VI.2.2. El problema conceptual<sup>50</sup>

La preocupación acerca de los problemas que generan los monopolios u oligopolios se ha manifestado desde hace varias décadas, tanto a nivel académico como a nivel de la legislación. La reducción en la cantidad ofrecida al mercado por quienes poseen una posición dominante en el mismo, y el consiguiente impacto sobre los precios perjudica a los consumidores y genera una pérdida de eficiencia económica. El gobierno debería intervenir en este contexto para evitar estas consecuencias negativas, tratando de lograr la solución competitiva.

Para ello, los países desarrollados fueron introduciendo desde fines del siglo pasado leyes antimonopolio que se basan en dos principios: el poder de mercado y el dominio que ejercen las firmas líderes. Tratar de limitar el poder de mercado significa procurar reducir la habilidad de ejercer ese poder. A su vez, el mismo depende del número de firmas, de la facilidad de entrada, y de la existencia de bienes sustitutos. El dominio que puede ejercer una firma líder depende, a su vez, de su tamaño absoluto, de su grado de integración con sus proveedores y de su habilidad para determinar la viabilidad económica de sus competidores.

En la discusión académica del siglo xx ha prevalecido la idea de que la estructura de mercado y la conducta de sus actores influyen de manera decisiva en el desempeño de los mercados. La estructura está definida por el número y tamaño de las empresas que intervienen, por la facilidad de entrada y por las relaciones de las empresas con sus proveedores o distribuidores (relaciones verticales). Dada una conformación de mercado, la conducta de los actores juega un papel decisivo para determinar el efecto sobre la competencia. Así se reconocen los efectos negativos de los acuerdos horizontales de precios (pactos con otras firmas competidoras), y se analizan las consecuencias de la publicidad, las inversiones, o el desarrollo de nuevos productos.

En este marco, una parte importante de la literatura académica estuvo gobernada por el criterio siguiente: la estructura de mercado es el principal determinante de la conducta de los actores y de su desempeño; a su vez, la estructura puede ser medida a través de la concentración. Dentro de esta línea de razonamiento se simplificaba la aplicación de la política antimonopolio porque sólo bastaba probar si un mercado estaba concentrado para sugerir la aplicación de penas a sus actores. En realidad, se han sugerido también algunas formas de conducta que pueden afectar el resultado final. No es casual que la mayoría de las leyes de de-

fensa de la competencia prohíba los precios predatorios (el *dumping* en el mercado doméstico) y algunas formas de discriminación de precios, porque este tipo de conductas puede afectar la estructura de mercado futura, al reducir el número de competidores como consecuencia de la guerra de precios o la discriminación. Tampoco debe sorprender el énfasis que se da sobre el tema a la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores porque el ejercicio exitoso del poder de mercado de las firmas que ya operan en él exige que se reduzca la cantidad ofrecida para que aumenten los precios. Si este aumento en los valores de venta atrae a nuevos oferentes y no existen barreras a su entrada, el intento de cartelización puede fracasar.

Esta forma de encarar el problema ha sido criticada a nivel conceptual y empírico bajo diversos argumentos. Por un lado, se sostiene que la literatura especializada no contempla las ganancias de eficiencia que pueden acompañar a un proceso de concentración. Si existen economías de escala o las empresas más grandes son más eficientes que las pequeñas, obligar a la desconcentración aumentará los costos de producción, perjudicando a los consumidores y deteriorando el bienestar social. Del mismo modo, existen supuestas barreras a la entrada que pueden beneficiar a los consumidores ahora o en el futuro, y diversas prácticas, que a priori parecen limitar la competencia, pueden justificarse como medios de solucionar problemas de (*free riding*) oportunismo económico entre los distribuidores.

Por último, y resumiendo los puntos anteriores, el énfasis de la literatura especializada se ha puesto en asegurar la competencia vía precios siguiendo los lineamientos del modelo competitivo del libro de texto. En el mundo real existen diversas dimensiones por medio de las cuales se puede competir. El accionar de empresarios competitivos se parece más al esbozado por Schumpeter, en el sentido de innovar y brindar nuevas cosas a los consumidores recibiendo como premio beneficios extraordinarios (no los beneficios económicos nulos del libro de texto), hasta que los competidores vuelven a obtener su lugar en el mercado cuando son capaces de atraer a los compradores con un producto que es mejor.

a) *Oligopolio y barreras a la entrada.* Los modelos tradicionales de oligopolio mostraron cómo podía alcanzarse un equilibrio cooperativo entre los distintos oferentes del mercado. Sin embargo, estos modelos adolecen de un problema esencial que limita su aplicación para la legislación antitrust: suponen que existe una barrera a la entrada inflexible que mantiene el número de firmas en el mercado sin cambios. En otras palabras, estos modelos se preocupan por la interacción estratégica entre las firmas existentes pero no explican por qué se llegó a ese número de empresas o por qué ante la existencia de beneficios extraordinarios no se produce una entrada de nuevos oferentes al mercado.

Es por ello que entre las décadas del 40 y del 60 se desarrollaron modelos que procuraron explicar la existencia de barreras a la entrada.<sup>51</sup> Sin embargo, estos modelos, que fueron muy populares en la aplicación

de la legislación antimonopolio de los Estados Unidos y profusamente utilizados por quienes apoyaron el paradigma estructura-conducta-desempeño, también tenían problemas básicos que no justificaban tal aceptación. En particular, los modelos mostraban cómo las firmas que estaban en el mercado *creaban* una barrera a la entrada de potenciales competidores para luego usufructuar su poder de fijar precios superiores a los de competencia, pero estas barreras *no eran consistentes intertemporalmente*: ante la menor amenaza de entrada, las firmas que estaban en el mercado tenían un incentivo a abandonar su práctica colusiva.<sup>52</sup> Los modelos más modernos han procurado desarrollar mecanismos que generen barreras a la entrada que sean consistentes intertemporalmente. En otras palabras, cuando una empresa nueva desea probar la barrera, quienes están en el mercado tienen un incentivo para desatar una guerra de precios para castigarla. Así se han elaborado dos alternativas posibles que son consistentes:<sup>53</sup> las inversiones hundidas y la reputación.

En el caso de las inversiones hundidas, la firma que ya está en el mercado tiene la posibilidad de reducir sus precios hasta el nivel de los costos variables y desalentar la entrada de nuevos actores que a esos precios no tienen ningún incentivo a entrar.<sup>54</sup> En este contexto, los sectores que presenten importantes inversiones hundidas (alto contenido de publicidad, costos fijos elevados) serán a priori los que pueden tener mayores problemas. Sin embargo, este análisis ignora que las inversiones hundidas tienden a dificultar tanto la entrada como la salida de los mercados (haciendo más difícil el desplazamiento de los competidores existentes), y que algunos ítem (por ejemplo, la publicidad) se deprecian con relativa rapidez y, por ello, pueden dejar de ser relevantes como barrera.

En el caso de la reputación, una firma puede ganarse la reputación de hacer guerra de precios si actúa en varios mercados diferentes.<sup>55</sup> Cuando se produce la entrada en uno de ellos, y a pesar de que no le conviene, mirando únicamente ese mercado, la empresa desata una guerra de precios para hacer quebrar a quienes intentaron entrar. La idea es que de ese modo la firma se gana una reputación que desalienta la entrada en otros mercados, y ello le permite recuperar las pérdidas realizadas en el primer mercado donde se observó la entrada. El problema con este tipo de análisis es que no es muy aplicable en la práctica porque no existen muchas empresas que actúan en varios mercados y, a la vez, tienen alguna capacidad de fijar precios en ellos.

Por esta razón o por tratarse de teorías más complejas, en la aplicación práctica de la legislación antimonopolio se siguió adoptando una teoría más simple, aunque careciera de un sólido sostén conceptual. Esto genera algunos problemas potenciales serios. En el mundo real una firma que se expande lo hace porque ha logrado alguna reducción de costos globales (incluyendo los de producción, comercialización e información) o ha desarrollado productos mejores. Es natural que cuanto más exitosas sean algunas firmas del mercado, más rápido aumenten los in-



dices que miden la concentración. Atacar la concentración como objetivo de política es claramente un error, porque puede significar una penalización, para quienes invirtieron, para lograr reducciones de costos o mejores productos.

La evidencia empírica no parece avalar la hipótesis de que la concentración per se resulta en beneficios extraordinarios. Diversos estudios anteriores a la década del 70 llegaban a esta conclusión al correlacionar el grado de concentración en los mercados con las tasas de beneficios y encontrar una asociación positiva entre ambas variables.<sup>56</sup> Sin embargo, estos resultados fueron rebatidos por estudios posteriores que muestran que al desagregarse la información para lo diferentes sectores la correlación se mantiene pero sólo para las firmas grandes. La teoría indica que si éstas acuerdan una reducción en la producción para aumentar los precios de venta, quienes más se benefician son las empresas pequeñas ya que pueden aumentar su producción (al no estar limitadas por el acuerdo) y venderla a mayores precios. Si los beneficios de las empresas de menor porte no aumentan, las mayores utilidades de las firmas grandes se deben a sus menores costos.<sup>57</sup> Por lo tanto, la evidencia disponible sugiere que los mercados se concentran por las economías de escala u otras ganancias de eficiencia de las empresas más eficaces que terminan aumentando su participación en los mismos.

También es importante destacar que los carteles de productores tienen una debilidad intrínseca. Para poder aumentar los precios por encima de los valores de competencia es necesario que se acuerde una restricción de las cantidades producidas por cada empresa oferente. Pero luego de concretada la suba de precios, cada firma tiene un incentivo a violar el acuerdo aumentando su producción por encima de lo que hubiera realizado en condiciones competitivas (ya que el precio es mayor). La clave para la permanencia de cualquier cartel pasa por encontrar mecanismos que permitan disciplinar a las empresas participantes.

Es por ello que se han esbozado algunos lineamientos básicos para determinar cuándo un acuerdo de productores es más factible.<sup>58</sup> Entre otros, se destacan los siguientes:<sup>59</sup>

- i) Pocos vendedores. Cuanto menor sea el número de oferentes mayor es la posibilidad de concreción de un cartel exitoso.<sup>60</sup>
- ii) Producto homogéneo. Si el producto es homogéneo es más fácil detectar eventuales descuentos realizados por los integrantes del cartel para captar un mayor volumen de ventas.
- iii) Menor elasticidad de demanda. Cuanto menor sea la elasticidad de la demanda mayor será el beneficio de la cartelización.
- iv) Mayor porcentaje de ventas al gobierno. Si se vende un porcentaje importante al gobierno es más difícil reducir los precios sin que ello sea detectado porque, en general, los precios de venta al sector público figuran explícitamente en licitaciones.
- v) Alta variabilidad en las condiciones de mercado. Si existe una alta va-

riabilidad en las condiciones de mercado es más difícil detectar a los que violan el acuerdo.

- vi) Situaciones de recesión en el sector. Si el sector está en recesión y las empresas enfrentan riesgos de quiebra el beneficio potencial de acordar es muy elevado.

En general, los países han tendido a castigar los acuerdos horizontales con prohibiciones cuando se trata de convenios de precios, y a mirarlos con reserva cuando se refieren a otras variables (por ejemplo, límites territoriales de venta para cada empresa signataria del convenio, acuerdos que distribuyen grupos de consumidores, fusiones).<sup>61</sup> Pero a pesar de que es posible encontrar argumentos a favor de los acuerdos horizontales de precios (por ejemplo, reducción de los costos de búsqueda de los consumidores al eliminarse la varianza de precios, aprovechamiento de economías de escala), es razonable que se los trate en forma más preventiva que a otros potenciales problemas. Sin embargo, no hay coincidencia respecto de si conviene prohibirlos. Por un lado, un tratamiento estricto tiene la ventaja de reducir los gastos legales; por otro, tiene un costo, medido por las eventuales ganancias de eficiencia que se hubieran logrado de habérselos tratado con un criterio caso por caso.<sup>62</sup>

De hecho, éste fue el objetivo central de la primera ley antitrust de los Estados Unidos (la Ley Sherman). En opinión de Demsetz (1992) la ley fue exitosa en reducir la cartelización privada de precios, y el balance, a su juicio, fue positivo a pesar de haberse fomentado la competencia vía precios, y, por lo tanto, haberse desalentado otras maneras de competir. Además, este autor señala algunos fallos de la Corte Suprema donde se aceptaron acuerdos horizontales de precios (por ejemplo, una agencia de ventas común para varios productores de carbón) porque la participación en el mercado del grupo de oferentes era baja y, de ese modo, el convenio no parecía tener un efecto nocivo sobre los consumidores; en realidad, seguramente los beneficiaba al reducir los costos de comercialización.<sup>63</sup>

Finalmente, y en relación con los acuerdos horizontales que no se centran en los precios, se destacan las fusiones de empresas. Existe en la legislación comparada una preocupación marcada por este tema. El criterio a seguir, según Demsetz (1992) es evaluar si la fusión se parece a un acuerdo de precios o a lo que resultaría del crecimiento interno de las empresas eficientes. Se trataría del primer caso cuando las empresas fusionadas mantienen el control de su planta de producción, elaboran bienes con marcas propias diferentes y acuerdan en forma centralizada los precios, pero no otras variables (como la calidad o los costos). En el caso opuesto, que no debería penalizarse, las firmas integrarían sus procesos productivos y su gerenciamiento, replicando el proceso de expansión que hubiera seguido una empresa exitosa.

- b) *Barreras a la entrada procompetitivas.* Considerar que todas las ba-

rreras a la entrada deben ser abolidas es un error conceptual serio. Existen limitaciones a la entrada que favorecen a los consumidores.<sup>64</sup>

En primer lugar, los derechos de propiedad son una barrera a la entrada de otros agentes económicos, y, sin embargo, son indispensables para el buen funcionamiento del mercado. Otro ejemplo del punto que se quiere mostrar son las patentes que conforman una barrera al uso de un invento por un número limitado de años. Esta restricción existe para alentar el desarrollo de nuevos productos; de abolirse se beneficiaría a los consumidores actuales que accederían a precios inferiores (ya que la copia del invento original sería libre y no se pagaría la inversión realizada para descubrirlo) pero se perjudicaría a los consumidores futuros que tendrían menos productos nuevos ante la falta de incentivos que existirían para desarrollarlos. Este compromiso entre los agentes económicos de hoy y los del futuro es el que trata de solucionar de alguna manera una barrera como la patente. También existen restricciones que pueden justificarse para asegurar la provisión de un servicio de determinada calidad. La existencia de la barrera genera un flujo de cuasirrentas que puede perderse si se elimina el derecho a proveer el bien o servicio en cuestión.<sup>65</sup>

Un comentario especial merece el tema de la publicidad porque muchos autores han tendido a asociarla a la diferenciación de productos y a las barreras a la entrada. A partir de trabajos pioneros de mediados de los 70<sup>66</sup> comenzó a mencionarse que la publicidad puede servir a los consumidores para ganar información sobre productos cuya calidad no es fácilmente detectable al momento de la compra. Una empresa que invierte sumas importantes en una campaña sobre un bien determinado, está comprometiendo una inversión importante que sólo puede recuperar si se vende ese producto. Por lo tanto, esta inversión hundida en publicidad le da un incentivo a no engañar a los consumidores. Por otra parte, se ha argumentado acerca del carácter procompetitivo de la publicidad.<sup>67</sup> En un mundo hipotético donde se la prohibiera, la entrada de nuevas firmas al mercado sería mucho más difícil. Dada la existencia de costos de información que impiden conocer la calidad de todos los productos que se ofrecen, los consumidores tenderían a preferir a las firmas existentes confiando en su reputación y en la tradición de hacer negocios con ellas. La publicidad permite competir más fácil a las firmas nuevas que carecen de esa reputación y, en consecuencia, tiene una faceta procompetitiva. En realidad, la verdadera barrera a la entrada está dada por la presencia de costos de información y probablemente la publicidad ayude a reducirlos en alguna medida. La evidencia empírica disponible muestra una serie de estudios que asociaron una mayor intensidad publicitaria con mayores tasas de beneficio.<sup>68</sup> Sin embargo, esta conclusión no ha sido avalada por trabajos posteriores. Además de mencionar errores de medición,<sup>69</sup> se destaca que no existe una diferencia clara entre las industrias con mayor intensidad publicitaria y el resto, respecto de la reducción en las tasas de beneficio en el tiempo. Si fuera una barrera efectiva,

la caída en las ganancias debería demorar más en los sectores con mayor intensidad de publicidad y esto no es lo que se observa en los estudios de sectores industriales de los Estados Unidos.<sup>70</sup> Posteriormente, otro estudio mostró que en las industrias con mayor intensidad de publicidad se observaba un crecimiento importante en el tiempo de las firmas de menor tamaño relativo, lo que contradice una explicación anticompetitiva de la publicidad.<sup>71</sup>

c) *Acuerdos verticales*. Los acuerdos verticales entre una empresa y sus proveedores o distribuidores son cada vez más aceptados en la legislación comparada. Existe una extensa literatura que explica la racionalidad de este tipo de relaciones en el intento de las empresas de asegurar una calidad adecuada para sus productos.

En un mundo donde existe información imperfecta o donde es costoso adquirirla, las restricciones verticales pueden reducir externalidades y evitar comportamientos oportunistas por parte de los distribuidores o proveedores. Por ejemplo, en el caso en que una empresa fije los precios de venta de sus distribuidores, el objetivo perseguido puede ser lograr que se provean determinados servicios al consumidor<sup>72</sup> que no serían provistos si los precios fueran libres. Considérese el caso de una empresa que posee una marca con reputación comercial y que, por lo tanto, brinda a través de su logo información a los consumidores respecto de la calidad de los productos que comercializa. Se trataría, por ejemplo, del caso de Mc Donalds donde se ha logrado una estandarización en los productos, que se venden en todo el mundo, que evidentemente es valiosa para quienes compran esos productos.<sup>73</sup> Es bastante común que Mc Donalds comercialice sus productos a través de franquicias,<sup>74</sup> y que a cambio de un porcentaje de la facturación o un pago mensual fijo, se encargue de hacer toda la publicidad de la cadena de ventas y de controlar que cada uno de los locales mantenga una adecuada calidad. En caso contrario, si no existieran tales controles, el consumidor perdería la información estandarizada que era valiosa para él y consumiría menos en los locales de esta marca.

El problema que tiene la empresa es cómo asegurar que una vez firmado un contrato con un franquiciado, el propietario del local mantenga esa calidad, porque cada uno de estos minoristas tiene un incentivo a adquirir insumos más baratos y de menor calidad para abusar del consumidor que ha confiado en la marca común. Esto crea una externalidad negativa a los otros minoristas que respetan la calidad.<sup>75</sup> Para evitar este optimismo económico (*free-riding*) la empresa debe contar con medios para penalizar a los infractores. Una alternativa son los controles periódicos a los locales de venta, pero es difícil pensar que esta sola herramienta pueda ser totalmente eficaz en vista de la gran rotación de los productos que existe para el caso analizado. Otra posibilidad sería la integración vertical (Mc Donalds como dueño directo de todos los locales de ventas) pero esta alternativa debe involucrar mayores costos globales,

porque si no hubiera sido adoptada en primer lugar.<sup>76</sup> La tercera alternativa, y que es muy utilizada en los casos de franquicias, son las restricciones verticales. Por ejemplo, se aplican en distintos casos las siguientes:

- i) Exigencia de hacer un depósito irrevocable a nombre de la compañía. La lógica es la siguiente. Si se cumple con la calidad pactada se devuelve el depósito al terminar la relación comercial; en caso contrario, se pierde junto con la franquicia.<sup>77</sup>
- ii) Obligación de construir el local de venta en un terreno alquilado por la corporación. Es evidente que en este caso se pierde el valor de toda la obra si se termina la relación comercial en forma abrupta.<sup>78</sup>
- iii) Fijación de un precio de venta mínimo o único. En este caso, se impide que los franquiciados compitan vía precios al adquirir insumos de menor calidad. Al asegurarles una cuasirrenta y restringírseles la competencia vía precios se los induce a competir vía calidad, evitando el comportamiento oportunista y la externalidad sobre el dueño de la marca y el resto de los minoristas.<sup>79</sup>
- iv) Compras atadas de insumos. La empresa obliga a sus distribuidores o franquiciados a abastecerse de determinados proveedores para asegurar una calidad uniforme y lograr una segunda instancia de control (el proveedor que tiene un incentivo para auditar que sólo se usen sus productos).<sup>80</sup>

En otros casos es posible que convenga fijar precios máximos de venta. Por ejemplo, dada una capacidad de producción las refinerías de petróleo aumentan sus ingresos si se incrementan sus ventas físicas. Existe bastante evidencia de que los distribuidores minoristas tienen alguna capacidad de mercado en su región.<sup>81</sup> Si la intentan explotar a través de aumentos de precios aumentarán sus beneficios pero a costa de reducir las ventas de la refinería. En este contexto, la industria puede adoptar una política de precios de venta máximos para evitar que los minoristas ejerzan su poder de mercado.<sup>82</sup>

En la literatura sobre el tema se han criticado algunos acuerdos verticales con argumentos que no resisten un análisis económico severo. Por ejemplo, se menciona el caso en que un fabricante adquiere toda la cadena de distribución de su producto como forma de perjudicar a sus competidores, restringiendo su acceso al mercado. Sin embargo, el fabricante no puede evitar con su acción que los competidores construyan su propia cadena de venta a un costo que difícilmente pueda ser mayor que el que afrontó él, ya que tendrá una alta capacidad ociosa.<sup>83</sup> Los casos en que una acción de este tipo podría resultar rentable para quien la ejecuta son pocos (por ejemplo, una empresa que tiene un monopolio en otro producto y puede comercializarlo en conjunto con el segundo).

Otro caso que se critica son las ventas atadas por las cuales una empresa sólo vende un producto si se acepta la compra de otros o algún ti-

po de servicio técnico. Por un lado, se argumenta que las ventas atadas permiten duplicar la capacidad de monopolio de la firma. Este razonamiento es equivocado. El vendedor puede obtener el monopolio del producto o insumo atado a la venta del primer bien, pero no extraer beneficios económicos adicionales porque si cobra un precio superior al de otros vendedores del segundo producto, los consumidores se resistirán a adquirirlo o lo interpretarán como un costo mayor del primer bien (que aceptarán sólo si se tiene un monopolio sobre éste). En otras palabras, se puede ganar una renta extraordinaria si se contaba ya con un poder de mercado especial, pero no duplicarla con una operación atada.<sup>84</sup>

Si es más factible que las ventas atadas permitan discriminar precios a los consumidores finales, aunque también pueden servir para reducir costos de transacción.<sup>85</sup> Por ejemplo, el principal comercializador de diamantes del mundo (De Beers) vende su producto en cajas que contienen varias piezas valuadas a un precio promedio. Un comprador mayorista no puede seleccionar qué diamantes comprar sino que debe optar por toda la caja. Esta venta de varios productos atados se ha justificado como un intento de reducir los costos de transacción. Si se permitiera a cada comprador elegir las piezas ello obligaría a De Beers a valuar con mayor precisión cada una, incurriendo en costos adicionales.<sup>86</sup>

Finalmente, las distribuciones exclusivas de productos tienen un papel similar. Quien utiliza la marca común debe tener incentivos a proveer la calidad adecuada. Una forma de premiar este esfuerzo es crear un flujo de cuasirrentas a través de la distribución exclusiva.

d) *Precios predatorios*. Los precios predatorios se definen como el intento de desplazar a uno o varios competidores, reduciendo los precios de venta por debajo de los costos, para hacerles incurrir en pérdidas y, luego, ganar una posición de monopolio en el mercado. Son la versión doméstica del dumping en el comercio internacional.

Las críticas a este razonamiento tan popular son concluyentes. En primer lugar, nadie vende por debajo de sus costos.<sup>87</sup> Quien decide iniciar una guerra de precios está invirtiendo para lograr una posición de monopolio que le retribuya su erogación inicial. Esto plantea varias dudas. Por un lado, nadie puede tener la certeza de que una vez ganada la guerra de precios le será posible subir los precios *sin generar la entrada de otros vendedores* atraídos por las rentas monopólicas. Por lo tanto, la teoría de los precios predatorios tiene que estar ligada a alguna suerte de barrera a la entrada. Como se señalara en acápite anteriores, estas trabas deben ser consistentes intertemporalmente (inversiones hundidas, reputación). Por otra parte, quien decide iniciar la guerra de precios sufre más pérdidas durante el tiempo que dure la disputa que los competidores que desea desplazar.<sup>88</sup> Esto ocurre porque al reducirse los precios aumenta la cantidad demandada por los consumidores y alguien debe satisfacer esta demanda a los valores inferiores a los costos (en el supuesto de la teoría de precios predatorios) para evitar que suban los pre-

cios. Quien debe aumentar su producción a pérdida es precisamente quien comenzó la guerra. Esto conduce a otra de las críticas que se han formulado a esta teoría. Si el mercado de capitales fuera perfecto, nunca sería rentable iniciar una guerra de precios porque los bancos deberían estar más dispuestos a financiar a los competidores en lugar del depredador, que va a incurrir en mayores pérdidas.<sup>89</sup> Por ello, se acepta que el dumping o los precios predatorios son más factibles cuando existen subsidios del gobierno que facilitan la actitud anticompetitiva.

Por otra parte, Demsetz (1982 y 1992) ha argumentado que no existe ninguna posibilidad de distinguir una reducción de precios por motivos predatorios de otra realizada porque ha sido factible reducir los costos antes que el resto de los competidores. En realidad, un motivo importante para confiar en la competencia es la dificultad para determinar los precios de equilibrio en su ausencia.<sup>90</sup> Penalizar supuestas acciones depredatorias equivale a sacrificar una mayor competencia *cierta* hoy, por una *supuesta* mayor competencia en el futuro.

### VI.2.3. La legislación antimonopolio en la práctica

En esta sección se discuten en forma somera la evolución de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en algunos países seleccionados y ciertos problemas de su implementación.

La aplicación de las leyes antimonopolio ha dado lugar a algunos problemas de implementación. Una primera complicación es la presencia de objetivos múltiples. En lugar de preocuparse por maximizar el bienestar de la sociedad, la mayoría de las normas vigentes en los países desarrollados procura privilegiar a las pequeñas empresas o hace excepciones por motivos sectoriales o regionales. La legislación de defensa de la competencia es un mal instrumento para contemplar problemas distributivos porque es difícil conocer la situación relativa de los potenciales afectados.<sup>91</sup> La preocupación por las pequeñas empresas y los problemas regionales o sectoriales es otro error común a la mayoría de las leyes porque ha facilitado que se penalicen algunas prácticas que reducen los costos globales de proveer un determinado bien, perjudicando a los consumidores, para salvaguardar los intereses de otras empresas.

La legislación argentina vigente y el proyecto del Ejecutivo de reforma no contiene privilegios para empresas en función de su tamaño<sup>92</sup>. La excepción lógica se refiere a la obligación de informar los proyectos de fusiones que incorpora la propuesta del gobierno y que no alcanza a las firmas más pequeñas.

La aplicación de las leyes de defensa de la competencia puede ejecutarse a través de una "ley marco interpretada por los jueces en cada caso o por una agencia administrativa del Poder Ejecutivo" o por una combinación de ambas. Por ejemplo, en Alemania, Estados Unidos, Australia, Japón, y Francia la decisión judicial es más importante, mientras

que en el Reino Unido, España o Suecia confían en un sistema administrativo.<sup>93</sup>

En el proyecto del Poder Ejecutivo argentino se crea un tribunal especial de defensa de la competencia con un ente público separado encargado de la investigación y denuncia. Aunque esta Corte estaría fuera del Poder Judicial, sus miembros tendrían estabilidad en el cargo e intangibilidad en sus remuneraciones al igual que los jueces de la Nación.

En cuanto a los *casos prácticos*, la aplicación de la ley antitrust americana ha mostrado varios cambios en su historia.<sup>94</sup> Analizando sólo el período más reciente se observa una mejora importante en lo referido a los aspectos económicos. El caso Alcoa de 1945 fue un claro aval al paradigma "estructura-conducta-desempeño" porque se condenó a esta empresa productora de aluminio considerando a la concentración en el mercado una violación *per se* de la ley. Este criterio fue abandonado en la década del 80, y se acercaron las decisiones judiciales a los avances en la teoría económica. Desde 1977 en adelante, a partir del fallo de la Corte Suprema en el caso Sylvania, se flexibiliza la interpretación de algunos acuerdos verticales, aunque todavía se considera una violación *per se* de la ley la fijación de precios mínimos de venta a los distribuidores (no así si se trata de precios máximos, a partir de un fallo de 1988).<sup>95</sup> Finalmente, en 1990 la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de ARCO consideró que las reducciones de precios no son necesariamente predatorias al evaluar una agresiva política comercial de esta compañía en el mercado de combustibles de California.

El proyecto del Ejecutivo argentino tiene una actitud demasiado severa con los precios predatorios, al mencionar explícitamente dentro de las conductas consideradas más dañinas a las "ventas por debajo de los costos".

Las leyes de defensa de la competencia de los países desarrollados vigentes a fines de los '80, analizadas por Boner y Krueger (1991), no prohíben tener una posición dominante en el mercado, pero existen mayores restricciones a las empresas que tienen ese poder. Un criterio similar se adopta en el proyecto de Ley del Ejecutivo argentino.

En los países donde en el diseño de la ley ha priorizado el criterio del poder de mercado (por ejemplo, los Estados Unidos) los acuerdos verticales o la integración vertical se miran en forma más benigna que en aquellos lugares donde la norma ha sido elaborada privilegiando un temor a las posiciones dominantes. En estos casos, se tiende a penalizar la integración vertical con mayor frecuencia.<sup>96</sup>

Los acuerdos horizontales de precios son en general prohibidos por la mayoría de los países y se prevén severas penas,<sup>97</sup> y al igual que en los Estados Unidos se toleran cada vez más los verticales. Boner y Krueger (1991) mencionan que en Alemania los acuerdos verticales que no involucran la variable precio directamente no se sancionan. Las legislaciones argentina y brasileña vigentes no prohíben *per se* los acuerdos horizontales de precios; el proyecto del Ejecutivo argentino modifica este criterio.

Existe en la mayoría de los países desarrollados una preocupación creciente por las fusiones de empresas, quizás explicado por el aumento notable en estas formas de asociación empresarial observado en años recientes. Un debate importante se refiere a si es conveniente controlar las fusiones antes de que se concreten (criterio preventivo) o ex-post forzando a la desmonopolización si se comprueba un comportamiento anticompetitivo. La tendencia es hacia la primera alternativa en el caso de las fusiones horizontales, y, hacia la segunda, en las verticales, aunque el riesgo del enfoque preventivo es cercenar la posibilidad de que se concreten acuerdos que permiten reducciones de costos. Sin embargo, no se distingue si se trata de productos que pueden estar controlados por la competencia externa.<sup>98</sup> Por otra parte, confiar en que las agencias reguladoras pueden distinguir ex-ante cuando una fusión permite ganancias de eficiencia en lugar de buscar una posición monopólica es otro caso de la falacia del Nirvana.

En la mayoría de los países (Estados Unidos es una excepción) se tolera a las firmas pequeñas algunos comportamientos que no se admitirían a las empresas de mayor porte. Esta posición es criticable porque introduce múltiples objetivos para un solo instrumento y puede resultar en perjuicios para los consumidores si los productores más grandes son también más eficientes. Otro ejemplo de objetivos múltiples son las excepciones que algunos países europeos hacen para los cárteles de productores en industrias en recesión. Este enfoque está inserto en las políticas industriales de estos países que al igual que Corea y Japón permiten la cartelización de un sector como forma de reconversión, haciendo que los costos los paguen los consumidores, en lugar de figurar explícitamente en el presupuesto público.<sup>99</sup>

En el sistema legal norteamericano, y para las prácticas que no están prohibidas específicamente en la ley, la interpretación de los jueces permite, a priori balancear los efectos de eficiencia con eventuales problemas de competencia. La legislación alemana es el caso opuesto, porque la ley es mucho más detallada y especifica las excepciones a una conducta presuntamente anticompetitiva que se pueden justificar por razones de eficiencia. Esto es posiblemente consecuencia de los diferentes sistemas legales: mientras los Estados Unidos no tiene Códigos y la interpretación de las leyes evoluciona permanentemente en base a los fallos judiciales, en los países continentales europeos existen Códigos más detallados que limitan los grados de libertad del juez.

Otra diferencia entre las normas de algunos países europeos y Japón con el régimen americano es que la legislación de defensa de la competencia en los primeros habilita a la agencia administrativa a ordenar reducciones de precios, mientras que en los Estados Unidos la Federal Trade Commission no tiene esa facultad.

Paredes (1991) analiza el desempeño de la Comisión antimonopolio de Chile en años recientes y concluye que, al contrario de lo que sugiere la teoría reciente, se ha puesto un énfasis excesivo en controlar los acuer-

dos verticales, incluso por parte de los funcionarios públicos encargados de la supervisión del régimen.<sup>100</sup> Esto puede explicar la tendencia hacia una mayor integración vertical observada en algunos sectores, dando lugar a mayores costos en relación con una alternativa basada en distribuidores independientes de la firma productora, con restricciones que induzcan a brindar la calidad que pretende el productor.<sup>101</sup> También critica que las multas se hayan aplicado con mayor energía en el caso de conductas verticales y se hayan vinculado al capital de las empresas porque no existe ningún indicio claro de que el daño causado a los consumidores tenga alguna relación con el monto de capital.

Posner (1992) ha criticado el sistema de multas que tiene la ley americana que establece que la parte perdedora debe pagar tres veces el monto del daño. Este sistema es el correcto si se miden bien los daños y si existe una probabilidad de un tercio de que se detecte el comportamiento anticompetitivo.<sup>102</sup> Pero esto no es así para los distintos casos. Por otra parte, en el cómputo de los daños existen problemas evidentes. Para que la pena sea eficiente debe incluir todos los costos adicionales que se incurren como consecuencia de la práctica contraria a la competencia. En el caso de un monopolio, Posner (1992) argumenta que deben sumarse el costo de eficiencia que el mismo ocasiona y los beneficios que obtuvo de los consumidores. En caso contrario, la pena no sería lo suficientemente disuasiva desde un punto de vista social, a pesar de que el problema de política económica es solamente el costo por mala asignación de recursos.<sup>103</sup>

El proyecto del Ejecutivo argentino tiene un problema evidente en este campo. Correctamente se jerarquizan las penas administrativas, reduciendo el peso de los castigos penales que contiene la legislación actualmente vigente y que, por su severidad, rara vez se aplican. Pero las multas se calculan alrededor de tres veces el monto del daño o el 15% del valor de los activos o las ventas de la empresa condenada. No existe ninguna relación clara entre la magnitud del daño causado a los consumidores y los activos de la firma o su valor de ventas.<sup>104</sup>

#### *VI.2.4. El caso de economías pequeñas en proceso de reforma*

El uso de controles de precios durante períodos prolongados probablemente explica por qué varios países latinoamericanos, o bien carecen de una legislación antimonopolio, o bien registran pocos casos judiciales o administrativos concretos. La eliminación de estos controles plantea una nueva realidad que es menester analizar con cuidado.

En el caso de las economías pequeñas y abiertas al comercio internacional, la apertura de la economía introduce un mayor grado de competencia en los mercados y puede ser un sustituto eficaz al uso de leyes antimonopolio para una parte importante de los bienes que se comercializan en la economía.

Boner y Krueger (1991) argumentan que la apertura no elimina la necesidad de contar con normas de defensa de la competencia porque existen bienes no comercializables y porque los mercados mundiales de muchos productos no son muy competitivos. El primer argumento es, sin duda, correcto. En el caso del segundo, caben algunas calificaciones. Por ejemplo, es un hecho conocido que el mercado mundial de productos textiles se caracteriza por la existencia de restricciones a la libre competencia; sin embargo, la producción a bajo costo de los países del Lejano Oriente es tradicionalmente penalizada con mecanismos de protección paraarancelaria (cuotas, antidumping). También es cierto que a nivel internacional los precios tienden a ser inferiores a los que rigen en el mercado interno de cada país productor, sea porque existen costos de transporte de alguna significación, o porque se penaliza las importaciones con recargos en la Aduana. Además, para muchos productos en los cuales existen pocos productores mundiales que actúan en el mercado internacional, a veces es posible contar con empresas nacionales que venden en el mercado doméstico, y actúan como un oferente más.

En realidad, la mayoría de los países parece haberse preocupado más por proteger su mercado doméstico de la libre competencia internacional que por un eventual problema de monopolización en los bienes transables. El uso de barreras arancelarias y paraarancelarias reduce el número de competidores potenciales, y, en los países desarrollados, esto trata de compensarse mediante la aplicación de las leyes de defensa de la competencia a los productores nacionales, cuando quizás hubiera resultado más eficaz abrir totalmente la economía al comercio.

Debe señalarse, además, que las importaciones juegan un papel más parecido al que exige la teoría de los mercados disputables porque, en general, necesitan menos inversiones hundidas. Esto facilita la entrada y la salida de los mercados, dando un marco más propicio para lograr un resultado más cercano a la competencia.<sup>105</sup>

En el caso de la *asociación comercial entre países*, la coexistencia de marcos regulatorios de defensa de la competencia que sean muy diferentes entre los países miembro de una asociación comercial o unión aduanera plantea algunos inconvenientes. Por ejemplo, en la medida en que la legislación o su aplicación práctica sean más tolerantes con las empresas locales que con las importaciones de países socios se estará desvirtuando el objetivo integrador.

Asimismo, la posibilidad de subsidios públicos a las exportaciones puede permitir que aparezca el que quizá sea el único caso viable de precios predatorios: el dumping financiado por el gobierno.

Por ello, uno de los objetivos de un proceso de armonización en materia de legislación de defensa de la competencia debería buscar compromisos de no discriminación de las importaciones de los países socios y tener una política comercial que no lesione, vía subsidios, a los otros miembros de la unión aduanera.<sup>106</sup>

Otro problema potencial aparece por la intención del gobierno argen-

tino de introducir algunas prohibiciones a determinadas conductas, mientras que la legislación brasileña se basa en un análisis caso por caso. Esto podría afectar determinados acuerdos empresarios entre firmas radicadas en diferentes países miembro, ya que en un caso podría ser penalizado en forma directa, y, en el otro país, ser aceptado luego del análisis del problema.

La tendencia en la Comunidad Económica Europea ha sido crear una autoridad supranacional en la materia, pero manteniendo las estructuras de cada país. El costo de esta decisión es la duplicación de costos administrativos; la ventaja es la posibilidad de que expertos nacionales con un mejor conocimiento del mercado evalúen los casos que tienen sólo impacto local. En el NAFTA los países signatarios del acuerdo se comprometen a contar con una legislación específica en la materia y a coordinar en una primera etapa el intercambio de información entre sus agencias administrativas, a crear un sistema de consultas entre ellas y a prestarse asistencia legal mutua.

### VI.2.5. Conclusiones

La introducción de una legislación específica de defensa de la competencia parece aconsejable, aun a pesar de la apertura de la economía. La existencia de bienes no comercializables con el resto del mundo junto con la eliminación de los controles de precios puede dar lugar a problemas que afecten al bienestar de la comunidad. En realidad, una aplicación estricta de la lógica económica sugeriría la eliminación de todos los mecanismos de protección paraarancelaria, incluso los de antidumping, y su reemplazo por una ley antimonopolio que procure maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto, y no sólo los intereses de los productores nacionales.<sup>107</sup>

En cualquier caso, la legislación de defensa de la competencia debería tener un único objetivo claro: maximizar el bienestar social, poniendo un énfasis especial en los consumidores. Una norma que genere muchas penas por casos de precios predatorios y pocas por otras formas, seguramente estará desvirtuando este objetivo, privilegiando indebidamente a los productores (nacionales o de menor tamaño), en detrimento de los consumidores.

Esto sugiere que la ley debe preocuparse únicamente de los problemas de eficiencia económica y no de la distribución del ingreso. El camino no puede ser otro, dada la dificultad que existe para detectar el nivel de ingresos o riqueza de los afectados por una medida colusiva; y porque, además, existen otros instrumentos de política económica mucho más aptos para lograr cumplir con los objetivos de equidad. Tampoco tiene mayor sentido utilizar la ley como forma de promoción regional o sectorial o para privilegiar a las pequeñas empresas. Excepciones de este tipo tienden a generar costos (uso innecesario de recursos reales). Son

raras las ocasiones en que la artificialidad tiene algún sentido en el largo plazo. Pagar costos ciertos hoy para lograr una eventual ganancia en el futuro es peligroso como demuestra con bastante claridad la experiencia comparada en la materia.<sup>108</sup> Por supuesto esto no significa que las empresas pequeñas y medianas sean per se ineficientes o que deban ser castigadas. Lo único que se quiere señalar es que no existen argumentos valederos para tolerar comportamientos contrarios a los intereses de los consumidores, por parte de estas empresas.

Una norma que se preocupe por maximizar el bienestar social debe reconocer que puede existir un compromiso entre eficiencia económica y atomización de la oferta y que, en ciertos casos, convendrá aceptar una mayor concentración, aunque parezca excesiva, porque existen evidentes ahorros de costos en relación con una alternativa que privilegie la presencia de muchos oferentes.

Una segunda recomendación que surge nítidamente de la literatura más moderna es que la ley debe ser mucho más tolerante con los acuerdos verticales que con los horizontales.

Los incentivos a comportarse en forma oportunista por parte de los distribuidores de un producto, la existencia de costos de transacción que impiden a los consumidores determinar con exactitud la calidad en el momento de la compra son sólo algunos ejemplos de los problemas que ciertos arreglos verticales pueden solucionar en forma eficaz. En el caso extremo en que se prohibiera cualquier tipo de restricción vertical se generaría un incentivo artificial a la integración vertical.<sup>109</sup> Debe señalarse que algunos arreglos verticales pueden parecer, en la superficie, muy negativos para alguna de las partes. Sin embargo, en un contexto donde existen alternativas, no puede argumentarse que una parte ha tratado de expoliar a la otra ex-ante.<sup>110</sup> Quien aceptó una cláusula supestandamente expropiatoria tenía que recibir alguna compensación por ello.<sup>111</sup> La teoría y la evidencia empírica más reciente abonan la tesis de que muchas de estas restricciones permiten reducir los costos globales de proveer un bien o servicio determinado (producción, comercialización e información); penalizarlas per se seguramente traería más costos que beneficios.

Otro campo donde la legislación debe ser muy tolerante o simplemente ignorarlo, es el caso de los precios predatorios. La teoría que los considera nocivos para los consumidores es altamente especulativa. Tampoco la evidencia empírica parece avalarla.

Del mismo modo, la publicidad es otra área donde se ha puesto un énfasis desmedido por parte de algunos autores que sugieren un control más estricto de los mercados. Como barrera a la entrada es pobre, dada su alta tasa de depreciación, y, en general, existe bastante evidencia que señala aspectos procompetitivos de la misma.

Resumiendo, la preocupación de la política antimonopolio debería centrarse en los acuerdos que, a través de reducciones en la producción, procuran aumentar los precios a los consumidores. Si no se posee capa-

cidad para discriminar precios, sólo es posible obtener rentas reduciendo la cantidad ofrecida al mercado. Cuando existe tal posibilidad de diferenciar consumidores, no es claro que convenga prevenirla porque es difícil distinguirla de soluciones que procuran resolver otros problemas o de meras violaciones contractuales que no correspondería penalizar por medio de la legislación de defensa de la competencia, sino que deberían resolverse en sede judicial.

En este punto, algunos autores recomiendan la prohibición per se de este tipo de acuerdos. Este ha sido el camino seguido en el proyecto del Ejecutivo argentino. El problema con este enfoque es que elimina prácticas que generan evidentes ahorros de costos (como es el caso de agencias de ventas comunes por parte de empresas que tienen una baja participación en el mercado); la ventaja es que ahorra en gastos de litigios.

En lo que respecta a los aspectos administrativos, la propuesta argentina parece razonable al crear una agencia independiente que se encarga de la investigación y que resuelve conflictos; sus fallos pueden ser apelados ante una Cámara Federal. Esto evita que los casos antimonopolio, que pueden ser de gran complejidad, sean analizados en la primera instancia judicial, pero exige crear un cuerpo de profesionales que asegure una resolución técnica de los casos.

En relación con la armonización en el contexto del Mercosur existe un primer problema si se aprueba en la Argentina el proyecto del Ejecutivo, ya que se aplicaría una prohibición para algunos casos horizontales, cuando en Brasil se mantiene el análisis de cada uno de ellos. La armonización de estos criterios disímiles es necesaria, pero no es la prioridad en el corto plazo.

Previo a ello, corresponde asegurar que no habrá discriminación en contra de las importaciones de los países socios y que no habrá políticas de fomento que financien competencias desleales de un país a otro (único caso donde puede ser viable la guerra de precios). Un segundo paso podría consistir en alcanzar un acuerdo de intercambio de información (sobre fusiones, por ejemplo) y de consulta legal entre países tal cual se ha dispuesto en el NAFTA. Recién a partir de allí cabría iniciar las negociaciones para armonizar las políticas específicas de cada país y discutir acerca de la conveniencia de delegar el control en una autoridad supranacional, criterio que las partes signatarias aparentemente preferirían evitar.

#### NOTAS

1. La calidad debe ser interpretada en sentido amplio, incluyendo, en particular, eventuales problemas de seguridad. La calidad y la seguridad plantean dificultades porque son menos visibles que el precio; por ejemplo, en algunos casos relacionados con el medio ambiente el daño puede demorar años en manifestarse.

2. Según Posner (1992), éste es el principal problema para los consumidores.

3. El problema de la selección adversa fue planteado de manera formal por primera vez por Akerloff (1970) haciendo referencia específica al mercado de automotores usados. La asimetría de información en ese caso se refería al mayor conocimiento que tiene el vendedor de un auto. Como el precio de mercado refleja una expectativa promedio de calidad por parte de los compradores, los autos mejores no se ofrecerán a la venta porque el precio promedio no "paga" la mayor calidad. En sucesivas etapas se produce un proceso de selección adversa: sólo se venden autos cada vez de peor calidad, hasta que desaparece el mercado.

4. Esta posibilidad de asegurarse no es un caso teórico. Los seguros de salud cubren a las personas por los daños sufridos en un accidente u otros problemas sobre la salud (por ejemplo, ocasionados por la ingesta de bienes en mal estado).

5. En los casos donde informar tiene un costo importante, la solución es más difícil porque cabe plantearse si no es más eficiente que el consumidor haga alguna inversión para obtener más datos. Esto es particularmente relevante cuando los gustos de los consumidores son muy variados y es fácil para ellos hacerse de información sustancial sobre el producto. Un ejemplo es proporcionado por Priest (1991), quien cita el fallo de una Corte americana que erróneamente penalizó a una fábrica automotriz porque el jeep que vendía no contenía información que advirtiera que podía darse vuelta en una pendiente extremadamente pronunciada. En este caso, es bastante claro que le resultaba más barato al consumidor llegar a la conclusión de que el vehículo "no era apto para hacer alpinismo" en lugar de exigir a la empresa que probara las bondades del producto en todos los casos imaginables.

6. Este es un ejemplo del problema del *free rider*, que en español puede traducirse como el caso del "oportunista".

7. La historia de las regulaciones en los Estados Unidos muestra que las agencias reguladoras, en general, defendían la posición de los monopolios que controlaban y no la de los consumidores. Para más detalles ver Artana y Soto (1987), y Artana y Szewach (1989).

8. Se trataría del caso de responsabilidad subjetiva del Código Civil argentino.

9. Sería equivalente a lo que el Derecho Civil argentino denomina responsabilidad objetiva.

10. Para un detalle del proceso que llevó a esta discusión ver Greer (1992).

11. El punto se refiere a medidas de precaución razonables; en general, no se reconoce una compensación si el consumidor provocó el siniestro ex profeso. Viscusi (1991) cita alguna evidencia empírica que sugiere que los casos de chicos que ingieren medicamentos por descuido de los padres parecen haber aumentado luego de que la regulación americana obligara a generalizar el uso de tapas "a prueba de chicos". Confiados en la nueva tapa, los padres dejaban los medicamentos más al alcance de los niños que antes.

12. Véase Priest (1991).

13. Véase Shavell (1987) y Huber y Litan (1991).

14. Incluso, se pueden validar demandas contra los viejos productos de la misma empresa por haber desarrollado un producto mejor que los existentes.

15. Este es un ejemplo del problema de riesgo ético o *moral hazard*. Como hay asimetría de información (el damnificado conoce mejor que el juez el verdadero tamaño del daño) existe un incentivo a exagerar la magnitud del problema.

16. Véase, por ejemplo, Saks (1993), que analiza casos de mala praxis médica. Daniels y Martin (1993) mencionan que las indemnizaciones tienden a ser muy altas cuando se ha afectado en forma severa a individuos jóvenes. Esto guarda lógica porque el valor actual de la pérdida de ingresos es mayor para estos casos, pero no parece ser la norma general.

17. Véase, por ejemplo, Cooter (1991).

18. Al sostener esta posición debe evitarse cometer una comparación falaz, y pretender que los jueces actúen como si hubiera información perfecta. En ese caso, se trataría de un ejemplo más de la falacia del Nirvana comentada anteriormente.

19. Daniels y Martin (1993) encontraron que se aplicaban punitivos en menos del 5% de los casos. Por su parte, Koenig y Rustad (1993) también mencionan un fenómeno similar, en diferentes estados americanos.

20. Si las empresas perciben que las indemnizaciones son inciertas no internalizarán los costos de los daños a los consumidores y, por lo tanto, no adoptarán un nivel óptimo de precaución.

21. Véase, por ejemplo, Huber y Litan (1991).

22. En los casos de mala praxis también se menciona como problema la existencia previa de seguros de salud de las personas que pueden cubrir algunas de las dolencias que origine la negligencia profesional. Véase Danzon (1991).

23. Esto tiene una lógica: si se acepta la advertencia como excusa, el criterio se parecería al de negligencia, que precisamente era el que se quería modificar.

24. Además del ejemplo del jeep citado anteriormente, puede mencionarse como ejemplo de un criterio sobreprotector al fallo de una Corte que responsabilizó a una empresa fabricante de perfumes porque unas adolescentes sufrieron daños por rociar velas encendidas con perfume.

25. Esta solución no está exenta de problemas debido a la asimetría de información entre la empresa y la agencia pública, aunque seguramente ésta resultará menor que la que existiría entre la firma y el juez.

26. Koenig y Rustad (1993) mencionan un caso similar de sobreestimación de los costos del sistema judicial al encontrar poca evidencia de sanciones punitivas. Los autores sugieren que las empresas se equivocan si demoran la entrada de nuevos productos al mercado por temor a estas penas.



27. Los servicios médicos se utilizan con poca frecuencia y son específicos para cada paciente. Ambas circunstancias dificultan la definición de un estándar.

28. Véase Saks (1993) y Daniels y Martin (1993).

29. Los seguros también tienen dificultades para inducir a una mayor protección. Si los compra la potencial víctima cumplen sólo un papel compensador; si los adquieren los eventuales demandados, no es claro que la compañía de seguro servirá un rol eficaz de "inspector" para reducir la probabilidad de siniestro. Ello exigiría que las primas se ajustaran en función del mayor riesgo potencial o efectivo (*experience rating*), lo que resulta difícil de hacer en la práctica. Danzon (1991) menciona que los seguros para los médicos por demandas de malpraxis no parecen prever este tipo de encarecimiento del costo para los casos donde se observaron más siniestros.

30. Este problema se ha tratado de moderar permitiendo demandas conjuntas que comparten los gastos legales (*class actions*). Aun así Murriss (1991) sugiere que la resolución en sede administrativa o en fuero especial puede ser preferible a la vía judicial para la mayoría de las demandas de los consumidores.

31. Debe señalarse que en el sistema americano las costas del juicio, en general, las paga cada parte, independientemente de su resultado.

32. Las referencias consultadas sobre la legislación argentina en la materia son: Ghersi (1994), Kelly (1987) y (1993), Iturraspe y Lorenzetti (1993), Romera (1994), Stiglitz (1990), Stiglitz y Stiglitz (1993), Stodart y Casares (1993) y Barros Magalhães (1994 mimeo).

33. Invertir la carga de la prueba es muy importante porque no siempre es fácil probar cómo ocurrieron los hechos.

34. Tradicionalmente, ha existido un debate importante sobre la responsabilidad del fabricante cuando vende al público por medio de terceros (si es o no contractual). La presencia de la marca del fabricante en el producto vendido lo ha hecho solidariamente responsable en la práctica.

35. Este criterio era el adoptado por los jueces en la mayoría de los casos en que es factible.

36. Romera (1994) sostiene que el límite de \$ 500.000 no es aplicable.

37. Una excepción importante es el trabajo de Kelly (1987) que incorpora, correctamente, el análisis económico en algunos capítulos de su libro.

38. Véase Mosset Iturraspe y Lorenzetti (1993).

39. En este sentido, uniformar el período de prescripción tal cual lo ha hecho la ley 24.240 es positivo.

40. En el caso de los alimentos es muy importante que las advertencias o información sobre el contenido del producto sean muy precisas, en especial sobre

aquellas características que las empresas no tienen incentivos a publicitar (por ejemplo, contenido de grasas y colesterol). Distinto es el caso de los medicamentos, porque los riesgos son menos visibles para el consumidor. En este caso, utilizar el criterio de la responsabilidad objetiva es más razonable, conclusión que se refuerza porque, además, resulta difícil determinar un estándar de referencia para poder aplicar la regla subjetiva.

41. Si se ajusta la pena en función de la posición en el mercado sería posible que una empresa con el 1% del mismo pero que tiene defectos en toda su producción pague menos que otra con 50% del mercado y que tuvo un problema en unos pocos productos vendidos.

42. No obstante ello debe mencionarse que una fracción importante de las denuncias recibidas por la Federal Trade Commission, en los Estados Unidos, se origina en empresas que protestan contra las prácticas abusivas de sus proveedores o compradores (ver Posner 1992). En principio, las denuncias de empresas serían un elemento positivo si se concretaran en aquellos casos donde las firmas rivales afecten a los consumidores. De hecho es posible que exista este tipo de casos porque ello le serviría al denunciante para ganar participación en el mercado.

43. El problema es aún mayor cuando los socios tienen una organización federal de gobierno, ya que en estos casos generalmente existen normas superpuestas a nivel nacional y provincial. En el caso de la Argentina este problema no es tan agudo porque en la nueva Constitución, que contiene algunos conceptos generales de defensa del consumidor, se ha previsto la participación de las provincias en los órganos de control; esto hace menos probable que existan muchos interlocutores a la hora de armonizar aspectos específicos de la legislación.

44. El Acta de Mercosur de junio de 1994 apunta en el mismo sentido al considerar también como proveedor a quien autorice el uso de su marca.

45. Priest (1991) argumenta que el seguro directo de los consumidores es preferible al general que supone una regla de responsabilidad estricta, entre otras razones, porque no incluye resarcimientos por daños no económicos. Los jueces, por el contrario, compensarían este tipo de daños. La evidencia disponible muestra, sin embargo, pocos casos con sanciones punitivas.

46. Durante 1993 ocurrieron en la Argentina dos casos muy graves de consumo de productos defectuosos (vino de mesa y propóleo) que incluso causaron la muerte de varias personas. En ambos casos, la regla de la negligencia hubiera bastado para condenar a las empresas porque se trató de evidentes fallas de control de calidad en el proceso de producción.

47. Véase Coase (1960).

48. Véase Cooter (1991) para una propuesta en este sentido.

49. Véase Bork (1978) y Paredes (1991) para argumentos de este tipo.

50. Esta sección se basa en Boner y Krueger (1991); Demsetz (1992); Posner (1992) capítulo 10 y Paredes (1991).

51. Véase, por ejemplo, Bain (1951) y Modigliani (1958).

52. Si no existen barreras a la entrada y a la salida importantes, la amenaza potencial de entrada impide que incluso una sola firma pueda cobrar precios superiores a los de competencia. Este es el argumento de la teoría de los mercados disputables de Baumol. Ver Baumol (1982).

53. Véase Dixit (1979).

54. La estrategia es consistente porque el costo de oportunidad de las inversiones hundidas, luego de realizadas, es cero.

55. Véase Kreps y Wilson (1982).

56. Véase, por ejemplo, Bain (1951) y Weiss (1974).

57. Véase, por ejemplo, Demsetz (1973) y Demsetz (1982b).

58. Los convenios anticompetitivos entre varias firmas potencialmente competidoras se denominan acuerdos horizontales, en contraposición a las relaciones verticales entre una firma y sus proveedores de insumos o sus distribuidores. Las relaciones verticales se discuten más adelante.

59. Ninguna de estas condiciones debería llevar a una penalización automática precisamente porque su mera existencia no sirve como prueba de que existe un daño a los consumidores.

60. Paredes (1991) señala la existencia de acuerdos entre cientos de profesionales para fijar aranceles mínimos avalados por una regulación pública como una muestra de que los convenios entre muchos oferentes pueden ser posibles. En general, se requiere en estos casos un apoyo del gobierno. Demsetz (1974) sostiene que los monopolios más probables y rentables son aquellos que se consiguen con el apoyo del Estado, y no accionando en el mercado.

61. No debe sorprender que la mayoría de los países desarrollados que prohíben los acuerdos horizontales de precios para las ventas al mercado interno los acepten para las exportaciones. Esto ha planteado algunos problemas en los procesos de integración. Ver Boner y Krueger (1991).

62. Boner y Krueger (1991) sugieren que es mejor prohibirlos per se, mientras Demsetz (1992) y Paredes (1991) sostienen la posición opuesta.

63. Esto ocurría porque el carbón se vendía por tamaño. Cada comprador generaba implícitamente un producto residual que era más fácil de colocar si se centralizaba toda la información al respecto, minimizando así los costos de inventario.

64. Véase Demsetz (1982).

65. Demsetz (1982) utiliza este argumento para defender el uso de licencias en los taxis: el taxista que engaña a un pasajero tiene algo que perder si es detecta-

do. Klein y Leffler (1981) lo mencionan como forma de generar incentivos para producir bienes de mayor calidad: la presencia de cuasirrentas alienta a los productores a respetar los compromisos y a no aprovecharse de los consumidores, quienes no pueden detectar con precisión la calidad de todos los productos que adquieren en el momento de la compra.

66. Véase, por ejemplo, Nelson (1974).

67. Véase Demsetz (1982).

68. Véase el resumen de Comanor y Wilson (1967).

69. Existe un sesgo contable por la forma de depreciar los gastos en difusión de productos que tiende a favorecer una correlación espuria entre intensidad en publicidad y beneficios. Las reglas contables obligan a tratarla como gasto y esto reduce el valor de los activos en los sectores con mayor intensidad publicitaria. Como la rentabilidad se mide en relación con el total de activos se sesgan los resultados a favor de la correlación entre publicidad y beneficios.

70. Véase Demsetz (1979).

71. Véase Hirschey (1981).

72. Se supone que es más barato que los distribuidores presten estos servicios en lugar de la propia empresa.

73. Un consumidor habitual conoce que en los locales de Mc Donalds se venden sólo gaseosas de Coca Cola, hamburguesas de determinado tipo y calidad. Por lo tanto, cuando entra a un local de esta marca conoce ex-ante qué tipo y calidad de comida y bebida puede comprar.

74. Véase Klein (1980) para un análisis de las franquicias comerciales.

75. Este problema es más grave cuanto menos clientela estable tenga el local que deteriora la calidad.

76. Para una discusión de la integración vertical véase Klein, Crawford y Alchian (1978). Nótese que no puede argumentarse que se utilizan franquicias para abusar económicamente de los franquiciados porque en este caso ninguna persona hubiera estado interesada en tener ese rol. Aunque los hubieran engañado al comienzo, en el mediano plazo se hubieran desligado de la marca, cosa que no ocurre en el ejemplo analizado en el texto. Esto prueba que los franquiciados obtienen, al menos, una rentabilidad normal sobre su capital invertido.

77. Alguien podría pensar que cualquier corporación que reciba los depósitos tiene un incentivo a hacerle ella un *free-ride* a los franquiciados y quedarse con los fondos. Sin embargo, la compañía perdería en ese caso su reputación comercial y no conseguiría en el futuro a nadie que esté dispuesto a ser su franquiciado. En la medida en que la firma esté ganando una cuasirrenta sobre su inversión en reputación con relación a la alternativa de integrarse verticalmente, no existe tal peligro. En otras palabras, ambas partes en la transacción tienen algo que per-

der si salen de ella: la corporación, el valor de su reputación (que equivale al valor presente de las cuasirrentas futuras) y los franquiciados, sus depósitos o cualquier otro tipo de pena que se haya utilizado para el caso en particular. Para más detalles véase Klein (1980); Klein y Kenney (1985) y Klein y Saft (1985).

78. Este fue uno de los mecanismos utilizados por Mc Donalds en los Estados Unidos y que fue castigado por la justicia.

79. Este ejemplo es también válido para el caso de distribuidores.

80. Klein y Saft (1985) mencionan el caso de una empresa que vende pollo frito en los Estados Unidos que fue penalizada por obligar a sus franquiciados a utilizar determinados insumos.

81. Véase, por ejemplo, Borenstein (1991) y Shepard (1990).

82. Paredes (1992) analiza el caso de la venta de combustibles en Chile.

83. Podría argumentarse que existe una restricción en el número de sitios atractivos para instalar locales. La Comisión Antimonopolio del Reino Unido analizó este argumento para las ventas de combustibles (que requieren terrenos grandes y para las cuales el problema podría ser más grave a priori) y no encontró evidencia de competencia desleal de las refinerías grandes a los pequeños minoristas por aumento en los precios de los terrenos. Ver Monopoly and Mergers Commission (1989).

84. Véase Posner (1992).

85. La discriminación perfecta de precios no genera un costo de eficiencia sino un problema redistributivo.

86. Véase Klein y Leffler (1983) para una análisis detallado de este caso.

87. Véase Demsetz (1982) y (1992).

88. Véase, por ejemplo, Bork (1978) para un análisis detallado de este punto.

89. Boner y Krueger (1991) argumentan que cuando el mercado de capitales funciona en forma imperfecta quien ejecuta la acción depredatoria puede dar una señal a los bancos de que es el más fuerte y, por ello, recibir más fondos.

90. Demsetz también argumenta que no es de utilidad relacionar las reducciones de precios a los costos porque es difícil medir los costos relevantes y porque la caída en los valores de venta reduce los beneficios de todos los oferentes del mercado (el depredador y sus competidores) independientemente de cuál sea el nivel de erogaciones de cada uno.

91. Véase Paredes (1991).

92. Proyecto de Ley Nacional de Defensa de la Competencia. En 1993 obtuvo media sanción de Diputados e ingresó para su tratamiento en la Cámara de Senadores.

93. Véase Boner y Krueger (1991) para un detalle de cada país.

94. Para una análisis detallado de la historia de la legislación antitrust en los Estados Unidos véase Bork (1978). El resumen del texto para los Estados Unidos está basado en Demsetz (1992).

95. Sin embargo, véase el reciente fallo de la Corte Suprema contra Kodak. La empresa fue penalizada por su conducta en el mercado de fotocopiadoras por obligar a los compradores a utilizar determinados insumos de la marca propia, aun cuando no poseía una participación relevante en el mismo. Para un análisis del caso Kodak véase Klein (1993).

96. Boner y Krueger (1991) mencionan un fallo en contra de una empresa americana que se rehusó a proveer a una firma italiana con el objeto de lograr una participación en el mercado del bien producido por la empresa europea. Dada la existencia de otros competidores era poco probable que esto hubiera afectado a los consumidores y, sin embargo, la comisión antimonopolio de la Comunidad Económica Europea penalizó a la firma de los Estados Unidos. Es posible que en este fallo hayan primado argumentos extraeconómicos (nacionalismo).

97. Algunas excepciones son Suecia, España y el Reino Unido donde se analizan caso por caso porque pueden generar ahorros de costos.

98. En el proyecto del Ejecutivo argentino se obliga a informar ex-ante las fusiones de empresas de tamaño mediano y grande, sin considerar si los bienes que producen son comerciables o no internacionalmente.

99. Para un análisis de las políticas de reconversión industrial véase, por ejemplo, Artana y Bour (1990) y FIEL (1991 y 1993).

100. A priori, los funcionarios gubernamentales deberían preocuparse más por los acuerdos horizontales. En este caso no existen muchos incentivos para que las empresas hagan denuncias, sea porque pertenecen al cartel o porque se benefician del aumento de precios generado por la reducción en las cantidades ofrecidas al mercado. En los acuerdos verticales las firmas tienen un incentivo para denunciar a otras empresas relacionadas a ellas que les imponen restricciones que las perjudican. La experiencia de Chile resumida por Paredes (1991) muestra un mayor porcentaje de denuncias de los funcionarios para casos horizontales.

101. Paredes (1991 y 1992) ilustra este punto con el mercado de combustibles líquidos y también menciona la decisión de Citroën de reemplazar a sus distribuidores independientes por concesionarios luego de un fallo contrario a la empresa en un caso de provisión de repuestos.

102. Si la probabilidad de detectar la maniobra anticompetitiva es un tercio y se fijan daños triples se dejaría indiferentes a las empresas neutrales al riesgo y se desalentaría a las adversas al riesgo. En general, por las posibilidades de diversificar sus portafolios de inversión se supone que las firmas son neutrales al riesgo.

103. Posner argumenta que en este caso se mantiene el incentivo a llevar a cabo acuerdos anticompetitivos que ahorran costos por un monto mayor a la suma

de los beneficios del monopolista y el costo de eficiencia. Sin embargo, esto no es claro si, a los efectos del cálculo de la multa, se mide el costo de asignación de recursos en relación con el nuevo equilibrio de competencia perfecta que resultaría si los precios se fijan al nivel de los nuevos costos marginales (más bajos).

104. Véase Owen (1992) para los fundamentos de la propuesta del Ejecutivo argentino y un análisis de las sanciones aplicadas en el marco de la legislación vigente.

105. Por otro lado, la ausencia de estas inversiones hundidas puede facilitar la existencia de un comportamiento oportunista, con un eventual deterioro en la calidad de los productos comercializados.

106. Véase Instituto Di Tella (1992) para una propuesta en este sentido.

107. Existe bastante evidencia empírica que muestra que los mecanismos de antidumping o de derechos compensatorios han sido meras excusas proteccionistas. Véase, por ejemplo, Messerlin (1988) y Finger y Murray (1990). Este resultado es perfectamente consistente con la evidencia prácticamente nula respecto de los supuestos peligros de los precios predatorios en los mercados domésticos.

108. Un ejemplo es la producción de acero en muchos países europeos que fue subsidiada en los 80 para evitar su reestructuración, a la espera de mejores condiciones. Quince años después se mantiene vigente el mismo problema: producción ineficiente que exige subsidios permanentes.

109. Que debe ser más costosa en los casos en que se optó por empresas independientes con alguna restricción vertical entre ellas porque si no se hubiera elegido en primer lugar.

110. Shocks inesperados pueden cambiar las condiciones iniciales y hacer conveniente una "expropiación" contractual de la otra parte. Véase Klein (1993) que aplica un razonamiento de este tipo al caso de Kodak.

111. No puede argumentarse que la gente se equivoca en forma sistemática, en particular para explicar la conducta de las empresas.

**PARTE 3**  
**CONCLUSIONES**

## Capítulo VII PROPUESTAS PARA LA REFORMA DE LA ADMINISTRACION JUDICIAL

### VII.1. RECOMENDACIONES PARA MEJORAR LA CALIDAD Y EL COSTO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA DE JUSTICIA

La pregunta central que se ha formulado este trabajo se refiere a la magnitud del costo de la resolución judicial de pleitos en la Argentina. La evaluación presentada permite concluir que este costo es más alto en nuestro país que en otras experiencias comparables.

Si bien es difícil establecer comparaciones globales, por la diversidad de la organización jurídica de cada país, la identificación de aspectos comparables esenciales al funcionamiento del sistema permitió dar un sustento sólido a la afirmación de que la organización judicial argentina (que incluye tanto a la administración judicial pública como a la representación legal privada) tiene un desempeño insatisfactorio.

Este diagnóstico tuvo en cuenta, principalmente:

- La asignación del gasto público en justicia nacional y provincial.
- El sistema de incentivos a los jueces y a los empleados judiciales.
- El sistema de incentivos a los representantes legales y peritos.

Sobre la base de la evaluación de cada uno de estos temas se construyó un conjunto de recomendaciones que se presenta a continuación.

#### *Jueces*

Un sistema que asigna a los jueces una gran responsabilidad en la resolución de las disputas exige extremar los recaudos respecto de la calidad de los integrantes del cuerpo de magistrados. En la Argentina, por diversas razones, el nombramiento de jueces es mucho menos exigente que el proceso que rige en otros países; no se evalúa en forma periódica a los magistrados, las penalidades por faltas comunes son leves y la remoción para los casos graves a través del juicio político se ha politizado

a un grado tal que impide remover incluso a los magistrados que sus pares consideran que han cometido faltas graves en su labor cotidiana.

En este marco, se ha concedido una autarquía limitada al Poder Judicial volviendo más difícil el control por parte de los otros poderes del Estado.

Aun cuando es difícil encontrar una solución clara porque existe un compromiso evidente entre la necesidad de la independencia de decisión de los jueces y la responsabilidad de éstos ante la comunidad por el manejo de fondos públicos, es posible mejorar el diseño institucional argentino, porque adolece de fallas importantes.

Por ello se sugiere:

1. *Nombramiento de jueces.* La entrada al Poder Judicial debería estar reservada a personas de conducta intachable y con excelentes antecedentes. Ello exige modificar el sistema actualmente vigente, donde el Ejecutivo no se guía por ningún patrón claro y no se investiga la conducta previa de los postulantes. Tampoco el propuesto Consejo de la Magistratura da garantías suficientes porque no resulta claro que su labor será meramente profesional y que se establecerán requisitos severos al ingreso de los jueces.

La sugerencia es adoptar un esquema de investigación de antecedentes para los candidatos por parte del Ejecutivo (o de agencias privadas si se prefiere más neutralidad) y de las asociaciones de abogados u otros canales de opinión pública similar al que se realiza en los Estados Unidos. Además, como única vía para acceder al cargo debería instrumentarse un sistema de concurso de antecedentes y oposición, con un examen de aptitud respecto de la materia que será su competencia. Los camaristas o los jueces de mayor antigüedad deberían ser los integrantes del comité examinador. Una alternativa más extrema consistiría en adoptar el sistema alemán, con nombramientos provisorios durante los tres primeros años.

2. *Motivación de los jueces.* Para dar incentivos a los jueces a desempeñar su labor en forma eficaz las alternativas disponibles pasan por asegurar un salario o retiro razonable y por mecanismos de penalización a las inconductas. La posibilidad de ascensos (carrera judicial) es una motivación adicional, que cobraría mayor importancia si se introduce un esquema como el comentado en el párrafo anterior.

Los salarios de los magistrados en la Argentina parecen ser suficientemente atractivos en la comparación con los casos de España y los Estados Unidos. Pero estas remuneraciones se conceden independientemente del desempeño individual. Para premiar a los mejores magistrados podría evaluarse la posibilidad de introducir un premio al momento del retiro que se concedería solamente a un grupo reducido que obtenga las mejores calificaciones en la evaluación anual realizada por los camaristas. Esta evaluación anual del desempeño de los jueces de primera instancia, a cargo de los camaristas, debería ser obligatoria y podría ser complementada por un sistema similar realizado por las asociaciones de abogados, tal cual se hace en los Estados Unidos.

El mecanismo informal de investigación de denuncias que hoy realizan las cámaras debería generar estadísticas que se publiquen regularmente (aunque sin mencionar el nombre de los jueces). Cuando una denuncia tiene mérito podría ser investigada por una comisión de jueces, que debería recomendar la pena (con excepción de la remoción, reservada a otra instancia). Dentro de las sanciones debería permitirse la suspensión de un magistrado si la falta es severa.

### *Empleados del Poder Judicial*

Al igual que en el caso de los jueces debería asegurarse el incentivo de una carrera laboral que premie el mérito, a la vez que resulta urgente racionalizar el generoso régimen de licencias y horario de la administración judicial. Se debe volver a utilizar, sin excepciones, el ingreso por concurso de oposición y antecedentes. Deberían aumentarse las exigencias de entrenamiento técnico y exigirse conocimientos de computación, prácticas de arbitrajes y otros.

No existen argumentos sólidos para que los empleados públicos tengan una regulación laboral diferente de la que enfrentan los trabajadores del sector privado. No obstante ello, y si se mantiene un régimen diferente para la Administración Nacional que el que norma la Ley de Contrato de Trabajo, cabría adaptar el estatuto de los empleados judiciales a las condiciones que rigen para el resto de los empleados públicos.

### *Presupuesto*

De la comparación entre países surge que el Poder Judicial argentino no enfrenta un problema de insuficiencia de fondos presupuestarios. Tampoco parece haber un achatamiento marcado en las escalas salariales, pero sí existe un exceso de empleados de apoyo a los magistrados.

La autarquía presupuestaria no permite el control por parte de otros organismos del Estado y de los ciudadanos y por ello cabría plantear su eliminación. En los Estados Unidos y España no existe tal autonomía presupuestaria, pero en el primer caso, el Ejecutivo no puede reducirle los fondos al Poder Judicial; ésta es una responsabilidad del Congreso, quien la utiliza con frecuencia. También debería evaluarse la posibilidad de descentralizar la administración del presupuesto judicial nacional.

## VII.2. RECOMENDACIONES PARA GENERAR UNA DEMANDA PRIVADA EFICIENTE Y REDUCIR EL COSTO PRIVADO DE LITIGAR

En la sección II.3. se han estudiado los sistemas alternativos de asignación de costas y fijación de honorarios, y se ha identificado el caso argentino con el "sistema inglés con cuota litis".

Debe mencionarse que esta clasificación estilizada no significa desco-

nocer la institución de la condena en costas como integrante del derecho argentino.<sup>1</sup> Sin embargo, la evaluación del funcionamiento actual de esta institución, presentada en la sección II.4., muestra resultados muy insatisfactorios. La combinación de la condena de costas con un beneficio amplio de litigar sin gastos, particularmente en el fuero laboral, generó altos costos de representación privada. Una ley de honorarios cuestionable completó el conjunto de incentivos distorsivos, fomentando la llamada “industria del juicio”.

Cabe preguntarse si la envergadura de estos problemas no autoriza una revisión amplia que alcance al principio de la condena en costas. Si se acepta esta posición, una primera alternativa a evaluar sería la adopción del sistema de “costas americano” para la Argentina.

La adopción de dicho sistema tendría como primer efecto positivo modificar la composición de las demandas presentadas en tribunales: si bien permitiría un mayor acceso a la justicia por la reducción de riesgo que enfrentan los demandantes, induciría a los representantes legales a internalizar los costos de litigar ineficientemente, contrarrestando ese mayor grado de litigiosidad.

En este nuevo marco de incentivos, probablemente aumentaría el número de demandas fundadas que hoy no se efectivizan por la aversión al riesgo de los damnificados, y disminuiría el número de demandas infundadas (y la extensión de sus procedimientos) por una “internalización” de los costos de litigar por parte de los representantes legales.

En segundo lugar, significaría la efectiva eliminación de la restricción crediticia para acceder a la justicia de los menos pudientes, y puede cumplir incluso el rol hoy asignado al beneficio de litigar sin gastos,<sup>2</sup> pero transfiriendo los costos de litigar desde la primera demanda (y del Estado) al representante legal del demandante, corrigiendo los incentivos perversos que se observan en la actualidad (especialmente en el fuero laboral).<sup>3</sup>

Por último, el sistema de asignación de costas americano, y la consiguiente desregulación de honorarios, conduce a una reducción no sólo de la tarea regulatoria del juez, sino que también permite descongestionar el sistema. Al respecto, aproximadamente el 33% de las causas ingresadas en segunda instancia en los fueros civil y comercial de la Capital Federal en 1992 fueron apelaciones de honorarios (7,1% de las causas ingresadas en primera y segunda instancia para dichos fueros en ese año).<sup>4</sup>

La acción pública complementaria a la adopción de un sistema de costas por su orden debería dirigirse a (i) minimizar la posibilidad de que se practiquen demandas con fines depredatorios, (ii) hacer pública la información sobre alternativas disponibles en el mercado de representación legal, y (iii) asegurar el cumplimiento de los pactos celebrados entre clientes y representantes legales (distribuyendo la eventual indemnización de acuerdo con los pactos presentados ante el juez).

Sin embargo, se entiende que una reforma de esta naturaleza contra-ria una práctica que ha sido tradicional en el sistema judicial argentino.

Por ello, cabría plantear la posibilidad de realizar una implementación gradual.

Una alternativa es llevar a cabo una prueba piloto al estilo de la comentada en el caso del estado de Florida en los Estados Unidos. En esa oportunidad, se planteó la hipótesis de revisar un sistema diferente de asignación de costas, y para ello se adoptó la alternativa en un estado. En la Argentina, existe la posibilidad de realizar la prueba piloto en una provincia o en un fuero. Si de la experiencia surgiera con nitidez que la propuesta de este trabajo es mejor que el sistema argentino actual podría extenderse en forma paulatina a otras provincias o fueros.

En caso de rechazarse la posibilidad de una reforma tan profunda en el sistema de asignación de costas, es incuestionable, según el análisis de la legislación realizado, que la ley de honorarios vigente en la Argentina hasta 1995 era incompatible con un funcionamiento razonable del sistema de representación legal. Entre los aspectos más preocupantes se destacaban:

- La protección del derecho de los abogados sobre sus honorarios, independientemente del mérito de su actuación.
- La disociación de objetivos de clientes y representantes, fomentando una mala representación profesional legal tendiente a litigar en exceso.
- La posibilidad de que el abogado traicione los pactos firmados con su cliente.
- La asignación casi total del riesgo a los clientes, llevando a que los individuos más adversos al riesgo eviten litigar causas justas pero de resultado incierto.
- El incentivo a presentar demandas depredatorias por parte de quienes gozan del beneficio de litigar sin gastos.
- La adopción de jurisprudencia contradictoria debido a la inconsistencia manifiesta en la definición del monto del juicio.

Por otra parte, en la tarea de peritaje mantenía una vinculación inapropiada entre la remuneración de la actuación judicial y el valor del litigio.

La nueva Ley de honorarios profesionales (ley 24.432) representa una mejora sustancial, ya que, al eliminar el carácter público de los honorarios profesionales, permite la libre contratación entre clientes y representantes, y faculta la regulación de honorarios por debajo de los límites inferiores establecidos en la banda regulatoria de acuerdo con el mérito de la tarea profesional.

Al respecto, una propuesta de reforma más amplia debería tomar ventaja de la naturaleza de la estandarización de los honorarios a través de la utilización de la banda porcentual que rige actualmente, y reducir la dispersión entre el máximo y el mínimo en cada caso, de modo tal de dotar de mayor certeza al costo de representación, limitando la decisión discrecional del juez y reduciendo los efectos negativos mencionados.

En cuanto al beneficio de litigar sin gastos, en particular en el fuero



laboral, conviene tratar el problema en dos partes, la referida a accidentes de trabajo y la correspondiente a despidos, cobros de diferencias salariales u otros pleitos.

Con respecto a los accidentes de trabajo, una reforma de la ley correspondiente, de 1991, intentó limitar los costos a través de topes sobre las prestaciones y el cálculo de los honorarios sobre la base del trabajo realizado efectivamente, y sobre el monto de la condena (no sobre la demanda). Sin embargo, la posibilidad de accionar por el Código Civil –donde no rigen límites a la demanda– mantuvo el carácter incierto del costo en que puede derivar esta contingencia. Recientemente la ley sobre riesgos del trabajo avanzó considerablemente en línea con la recomendación siguiente.<sup>5</sup>

Un mecanismo de seguro sobre accidentes y enfermedades, debe contemplar la *internalización* de los riesgos de tales eventos por parte de las firmas. Se trata de construir un esquema en el cual los incentivos premien a quien minimiza los riesgos de infortunio, y penalice proporcionalmente con mayor fuerza a quien descuida estos factores de seguridad. A la vez, la *automaticidad* del mecanismo debe procurar evitar el carácter litigioso de la norma en todos aquellos casos en que no existe dolo. Esta litigiosidad sólo favorece la expansión del gasto judicial, y en honorarios de peritos y abogados, sin una contraparte de mayor resarcimiento para la víctima del infortunio, y sin un claro incentivo para que las empresas reduzcan la probabilidad de accidente.

Este mecanismo supone, en esencia, para los casos de conductas no dolosas, la exclusión de la acción civil, el establecimiento de tablas de prestaciones a ser percibidas por los damnificados en forma de beneficios en especie (médico-asistenciales) y dinerarios mensuales, la incorporación del damnificado (cuando corresponda) a programas de reconversión laboral, y la coordinación de los beneficios de accidentes con los vinculados al sistema de la seguridad social (jubilación por invalidez, y otras prestaciones).

Para el resto de los asuntos comprendidos en el beneficio de litig, 10.0385 Tw(2ara)Tj1033-1a Tw(in prinés al (Junir limiteco.Sionr Invalidezse-1)11 0.0122 Tni

## NOTAS

1. “En resumen: el juicio, como medio de conseguir el ejercicio del derecho, no puede conducir sino a la declaración de éste en su mayor y posible integridad; el derecho, según ya dije al ocuparme de la doctrina romana, debe reconocerse como si lo fuese en el momento de interponerse la demanda; todo lo que fue necesario para este reconocimiento, es disminución del derecho y debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin de que éste no sufra detrimento por causa del pleito. No es necesario decir que estos principios lo mismo son aplicables al derecho que el demandante invoca, que al que defiende el demandado.

De este modo la condena en costas, como complemento necesario de la declaración de derecho, participa de la naturaleza de éste.” Chiovenda (1928).

2. En particular, la protección de los trabajadores debería dirigirse hacia la forma en que se actualiza el monto de la demanda desde la fecha del conflicto hasta la sentencia, por ejemplo, castigando a las empresas por no cumplir con sus obligaciones laborales con una tasa de interés real positiva, pero al mismo tiempo evitando la connivencia entre trabajadores y abogados para litigar y hacer que el empleador cargue con las costas del juicio en todos los casos, con o sin causa justa.

3. Para una persona afectada por un conflicto existen pocas posibilidades de diversificar el riesgo que éste genera. Para los abogados es posible reducir o incluso eliminar el riesgo porque el número de casos en que interviene hace posible su diversificación. En otras palabras, el honorario que percibe de los juicios que gana, le permite hacer frente a los gastos de esos litigios y de los que pierde. Cuanta mayor sea su eficiencia mayor será su remuneración neta de gastos. Esta posibilidad de diversificación es la que convierte al letrado en un “mejor candidato” para soportar el riesgo.

4. Si se considera la Justicia Federal, sin embargo, los porcentajes correspondientes al conjunto de los fueros Contencioso Administrativo y Civil y Comercial fueron algo menores en ese año (23,7% y 4,8%, respectivamente).

5. La norma se halla en curso de implementación y sus resultados no son aún evaluables.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

“Abogados y Procuradores. Arancel de Honorarios”, ley 21.839.

*Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación.*

Credit Practices, Final Report to the US Federal Trade Commission and Proposed Trade Regulation Rule, Bureau of Consumer Protection, 16 CFR Part 444.

Decreto 30.439 (1944), Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores (ratificado por ley 12.997, 1952).

Decreto-Ley 1813: Honorarios de peritos, martilleros y demás auxiliares de la Justicia. Creación de un registro en jurisdicción del Poder Judicial de la Nación, 1992.

Decreto 1480: Institucionalización y desarrollo de la mediación como método de solución de los conflictos. Declaración de interés nacional - Cuerpo de Mediadores - Creación, agosto de 1992.

“Ley de Accidentes de Trabajo. Derogación de las leyes 9688 y 23.643”, ley 24.028, 1991.

“Ley Orgánica de la Justicia Nacional”, Texto Actualizado al 1-8-93.

“Ley Arancelaria de las Profesiones de Abogados y Procuradores”, ley 8904, Provincia de Buenos Aires, 1977.

“National Center for State Courts. State Court Caseload Statistics”, annual Report 1992, NCSC. SJI, febrero de 1994.

“Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo”, ley 18.345, 1969.

- "Proyecto de Ley de Honorarios Profesionales del Poder Ejecutivo", 1994.
- Adler, Barry, "Financial and Political Theories of American Corporate Bankruptcy", *Stanford Law Review*, 45, enero de 1993.
- Aghion, Philippe; Hart, Oliver y Moore, John, "The Economics of Bankruptcy Reform", trabajo presentado en la Conferencia de NBER, febrero de 1992.
- Akerloff, G., "The market for lemons", *Quarterly Journal of Economics*, 1970.
- Allen, F., "The Prevention of Default", *Journal of Finance*, 36: 271-277.
- Alvarez, Gladys S. y Gaibrois, Luis M., "Mediación con apoyo informático", *La Ley*, Año LV, N° 157, martes 20-8-91.
- Alvarez, Gladys S. y Highton, Elena I., "Bienvenida a un proyecto de ley que significa implementar la mediación anexa o conectada a los tribunales", mimeo, 1994.
- Ames, Nancy, "An Evaluation of the U.S. Trustee Pilot Program for Bankruptcy Administration: Findings and Recommendations", Consultant's Study for the U.S. Department of Justice, 1983.
- Anderson, G.; Shughart II, W. y Tollison, R., "On the Incentives of Judges to Enforce Legislative Wealth Transfers", *Journal of Law and Economics*, abril de 1989.
- Artana, D. y Bour, J., "Reconversión industrial", Bariloche, *Anales del Coloquio de IDEA*, 1990.
- Artana, D. y Soto, L., *Desregulación y crecimiento*, Tesis, Buenos Aires, 1988.
- Artana, D. y Szewach, E., "Regulación y desregulación. Teoría y evidencia empírica", *Revista de Economía del Banco Central del Uruguay*, agosto de 1989.
- Bain, J., "Relation of profit rates to industrial concentration", *Quarterly Journal of Economics*, 1951.
- Baumol, W., "Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure", *American Economic Review*, 1982.
- Baird D., "Revisiting Auctions in Chapter 11", *Journal of Law and Economics*, abril de 1993.
- Baird, Douglas, "The Uneasy Case for Corporate Reorganizations", *Journal of Legal Studies*, enero de 1986.
- Baron, Paul, *Federal Regulation of the Real Estate*, WG&L Law firm, 3ª edición, 1993.
- Barr, J. y Willging, T., "Decentralized Self-regulation, Accountability, and Judicial Independence under the Federal Judicial Conduct and Disability Act of 1980", *University of Pennsylvania Law Review*, 1993.
- Barro, Robert, "The Loan Market, Collateral, and Rates of Interest", *Journal of Money Credit and Banking*, v8(4), 1976, págs. 439-456.
- Barth, James; Cordes, Joseph y Yezer, Anthony, "Benefits and Cost of Legal Restrictions on Personal Loan Markets", *Journal of Law and Economics*, Vol. XXIX, octubre de 1986.
- Barth, James; Gotur, Padma; Manage, Neela y Yezer, Anthony, "The Effect of Government Regulations on Personal Loan Markets: A Tobit Estimation of a Microeconomic Model", *Journal of Finance*, Volume XXXVIII, N° 4, septiembre de 1983.
- Bebchuk, Lucian, "A New Method for Corporate Reorganization", documento no publicado, Harvard Law School, 1986.
- Becker, Gary, "A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence", *Quarterly Journal of Economics* XCVIII, N° 3, agosto de 1983.
- Bentley, Arthur, *The Process of Government*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988.
- Blankenberg, E., "Legal Insurance, Litigant Decision and the rising Case-loads of Courts: a West German Study", *Law Society Review*, 1981-1982, 16: 601-624.
- Blume, L. y Rubinfeld, D., "The Dynamics of the Legal Process", *Journal of Legal Studies*, junio de 1982, 11(2), págs. 405-419.
- Boner, R. y Krueger, R., "The basics of antitrust policy. A review of ten nations and the European Communities", *The World Bank Technical Paper*, N° 160, 1991.

- Borenstein, S., "Selling costs and switching costs: explaining retail gasoline markets", *Rand Journal of Economics*, 1991.
- Bork, R., *The antitrust paradox. A policy at war with itself*, 1978.
- Braeutigam, Ronald; Bruce, Owen and Panzar, John, "An Economic Analysis of Alternative Fee Shifting Systems", *Journal of Law and Contemporary Problems*, vol. 47, N° 1, págs. 173-185, invierno de 1984.
- Buchanan, James, "Better than Plowing", *Quarterly Review 159, Banca Nazionale del Lavoro*, diciembre de 1986.
- Bulow J. y Rogoff K, "A Constant recontracting problem model of sovereign debt", *Journal of Political Economy*, 97, págs. 155-178, 1989.
- Butler, G. y Miller, B., "Fiddling while Rome Burns: A Response to Hensler", *Judicature*, febrero-marzo de 1992.
- Cavagna Martínez, M.; Bielsa, R. y Graña, E., *El Poder Judicial de la Nación. Una Propuesta de Reconversión*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1994.
- Coase, R., "The problem of social cost", *Journal of Law and Economics*, 1960.
- Cohen, M., "The Motives of Judges: Empirical Evidence from Antitrust Sentencing", *International Review of Law and Economics*, 1992.
- Comanor y Wilson, "Advertising, market structure and performance", *Review of Economics and Statistics*, 1967.
- Cooter, R., "The Objectives of Private and Public Judges", *Journal of Public Choice*, 1983: 41(1), págs. 107-132.
- Cooter, R., "Economic Theories of Legal Liability", *Journal of Economic Perspectives*, verano de 1991.
- Cooter, R y Kornhauser L., "Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges?", *Journal of Legal Studies*, enero de 1980, págs. 139-163.
- Daniels, S. y Martin, J., "Don't kill the messenger 'till you read the message: products liability verdicts in six California Counties, 1970-1990", *The Justice System Journal*, 1993.
- Danzon, P., "Liability for medical malpractice", *Journal of Economic Perspectives*, verano de 1991.
- De Barros Magalhães, Ana Lucía, "Consumidor: Defendiéndose en Brasil versus defendiéndose en Argentina", mimeo.
- Demsetz, H., "The market concentration doctrine", *AEI-Hoover Policy Studies*, 1973.
- Demsetz, H., "Information and efficiency. Another viewpoint", *Journal of Law and Economics*. 1969.
- Demsetz, H., *Two systems of belief about monopoly*, en Goldschmid, Mann y Weston (editores), "Industrial concentration, the new learning", 1974.
- Demsetz, H., "Barriers to entry", *American Economic Review*, 1982.
- Demsetz, H., "Accounting for advertising as a barrier to entry", *Journal of Business*, 1979.
- Demsetz, H., "Economic, legal and political dimensions of competition", *F. De Vries Lectures in Economic Theory*, North Holland, 1982b.
- Demsetz, H., "How many cheers for antitrust's 100 years?", *Economic Inquiry*, 1992.
- Dixit, A., "Recent developments in oligopoly theory", *American Economic Review*, 1979.
- Easterbrook, F., "Ways of Criticizing the Court", *Harvard Law Review*, febrero de 1982: 95(4), págs. 802-832.
- Eisenberg, T. y Henderson, J., "Inside the quiet revolution in products liability", *UCLA Law Review*, 1992.
- Engelman, K. y Cornell B., "Measuring the costs of Corporate Litigation: five case studies", *Journal of Legal Studies*, junio de 1988: 17(2), págs. 377-399.
- Fama, Eugene y Merton, Miller, *The Theory of Finance*, Dryden Press, 1972.
- Fama, Eugene, *Foundations of Finance*, Nueva York, Basic Books, 1976.
- Ferejohn, J. y Weingast, B., "A Positive Theory Statutory Interpretation",

- International Review of Law and Economics*, junio de 1992: 12(2), págs. 263-279.
- Finger, J. y Murray, T., "Policing unfair imports. The US example", *The World Bank. Working Papers*, 1990.
- Flanders, S., "Courts and the Litigation Crisis: Where's the problem? Where's the solution?", *Journal of Business Economics*, octubre de 1992: 27(4), págs. 25-30.
- Freyer, Dana, "The Integration of ADR into Corporate Law Firm Practice", *Arbitration Journal*, volume 45, N° 4, 1990.
- Froeb, L. y Kobayashi, B., "Competition in the Production of Costly Information: An Economic Analysis of Adversarial versus Court-Appointed Presentation of Expert Testimony", *Law and Economics Working Paper Series*, George Mason University, 1993, N° 5.
- Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), *Hacia una economía de mercado*, Buenos Aires, Manantial, 1990.
- Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), *Reconversión y estímulo a las actividades productivas*, Buenos Aires, Manantial, 1993.
- Fundación Mediterránea, *Programa de Asistencia al Poder Legislativo. Ley de Defensa del Consumidor*, N° 80 y N° 81, diciembre de 1992.
- Galanter, M., "News from Nowhere: The Debased Debate on Civil Justice", *Denver University Law Review*, 1993.
- Galanter, M., "Reading the Landscape of Disputes: What we don't and don't Know". *UCLA Law Review*, octubre de 1983: 31, págs. 4-71.
- Galanter, M. y Epp, C., "A Beginner's Guide to the Litigation Maze", *Journal of Business Economics*, octubre de 1992: 27(4), págs. 33-38.
- Gare D. y Hellwig M., "Incentive Compatible debt Contracts: The one period problem", *Review of Economic Studies*, 30:3-31, 1989.
- Ghersi, Carlos A., *La reforma de los códigos civil y comercial por la ley de defensa del consumidor*, Doctrina, 1994-I.
- Goldberg, S. B.; Green, E. D. y Sander, F. E., *Dispute Resolution*, Boston, Little-Brown, 1985.
- Gravelle, H. S. E., "Rationing Access to Civil Justice: Implications for Reform of the Legal Service", documento N° 198, Department of Economics, QMW, University of London, 1989.
- Gray, Cheryl, "Legal Frameworks in Emerging Market Economies", trabajo no publicado, noviembre de 1992.
- Gray, Cheryl; Hanson, Rebecca y Heller, Michael, "Legal Reform for Hungary's Private Sector", Working Paper, WPS 983, Country Economics Department, Banco Mundial, octubre de 1992.
- Greer, D., "Creditors Remedies and Contract Provisions: An economic and legal Analysis", *Technical Studies*, Volume V, National Commission on Consumer Finance, Washington DC, Government Printing Office, 1974.
- Greer, T., "Product liability in the European Community: the legislative history", *Journal of Consumer Affairs*, 1992.
- Hanson, Roger, Keilitz, Susan y Daley, Henry W. K., "Court-Annexed Arbitration: Lessons from the Field", *State Court Journal*, otoño, págs. 4-9, 1991.
- Hammit, J.; Carroll, S. y Relles, D., "Tort Standards and Jury Decisions", *Journal of Legal Studies*, diciembre de 1985: 14, págs. 751-62.
- Hax, Herbert, "Economic Aspects of Bankruptcy Law", *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 141, 1985.
- Hensler, D., "Taking Aim at the American Legal System: The Council on Competitiveness's Agenda for Legal Reform", *Judicature*, febrero-marzo de 1992.
- Hirshy, M., "The effect of advertising on industrial mobility. 1947-72", *Journal of Business*, 1981.
- Hirshleifer, J., *Price theory and applications*, Mc. Graw Hill, 1983.
- Hoadley, W., "Excessive Litigation: Negative Force in the Economy", *Journal of Business Economics*, octubre de 1992: 27(4), págs. 9-14.
- Hoberman, Jeffrey, *Argentina's Proposed New Bankruptcy Law*, LRP Publications, junio de 1994.
- Huber, P. y Litan, R., *The Liability Maze*, Brookings, 1991.

- Instituto Di Tella, "Propuesta de convergencia en política de competencia entre Argentina y Brasil", en Centro de Economía Internacional, *El Mercosur: Un desafío*, CEI, Buenos Aires, 1992.
- Jackson, Thomas, "Comment on Baird: Revisiting Auctions", *Journal of Law and Economics*, capítulo 11, abril de 1993.
- Jackson, Thomas, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986.
- Jassán, Elías y Bielsa, Rafael, "Los Medios Alternativos de Resolución de Disputas o 'Equivalentes Jurisdiccionales'", Informe presentado en el Encuentro Sobre Reforma de la Administración de la Justicia (capítulo XI, Volumen II), Buenos Aires, diciembre de 1994.
- Johnson, R. W., *Cost Benefit Analysis of Creditor's Remedies*, West Lafayette, Indiana, Credit Research Center, Purdue University, 1978.
- Kahn, Charles y Urbiztondo, Santiago, "Paying back in Kind", mimeo, University of Illinois, 1993.
- Kakalik, J. y Robyn, A., "Costs of the Civil Justice System", Report R-2888-ICJ, Rand Corporation, 1982.
- Kakalik, J.S. y Pace, Nicholas, M., *Cost and Compensation Paid in Tort Litigation*, The RAND Corporation, Institute for Civil Service, 1986.
- Kaplow, Louis y Shavell, Steven, "Private versus Socially Optimal Provision of Ex Ante Legal Advice", *Journal of Law, Economics and Organizations*, Vol. 8, N° 2, págs. 306-320, 1992.
- Katz, A., "Judicial Decision making and Litigation Expenditure", *International Review of Law and Economics*, diciembre de 1988: 8, págs. 127-143.
- Kelly, Julio Alberto, *Responsabilidad del fabricante*, Editorial Heliasta S.R.L., 1987.
- Kelly, Julio A., "Responsabilidad del fabricante", en La Roe, Mark, "Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization", *Columbia Law Review* 83, 1983.
- Klein, B. y Leffler, K., "The Role of Prices in Assuring Contractual Performance", *Journal of Political Economy*, 1981.
- Klein, B., "Transaction cost determinants of 'unfair' contractual arrangements", *American Economic Review*, 1980.
- Klein, B., "Market power in antitrust: economic analysis after Kodak", *Supreme Court Economic Review*, 1993.
- Klein, B., Crawford, R. y Alchian, A., "Vertical integration, appropriable rents and the competitive contracting process", *Journal of Law and Economics*, 1978.
- Klein, B. y Leffler, K., "The role of market forces in assuring contractual performance", *Journal of Political Economy*, 1981.
- Klein, B. y Kenney, R., "The economics of block booking", *Journal of Law and Economics*, 1983.
- Klein, B. y Kenney, R., "The economics of contractual modification", mimeo, 1985.
- Klein, B. y Saft, L., "The law and economics of franchise tying contracts", *Journal of Law and Economics*, 1985.
- Kobayashi, B. y Parker, J., "No Armistice at 11. A Commentary on the Supreme Court's 1993 Amendment to Rule 11 of the Federal Rule of Civil Procedure", *Supreme Court Economic Review*, Volume 3, 1993.
- Koenig, T. y Rustad, M., "The quiet revolution revisited: an empirical study of the impact of State tort reform of punitive damages in product liability", *The Justice System Journal*, 1993.
- Kornhauser, L. y Sager, L., "Unpacking the Court", *Yale Law Review*, enero de 1986: 96(1), págs. 82-117.
- Kreps, D. y Wilson, R., "Reputation and imperfect information", *Journal of Economic Theory*, 1982.
- Landes, W., "An Economic Analysis of the Courts", *Journal of Law and Economics*, abril de 1971: 14(1), págs. 61-107.
- Langbein, J., "The German Advantage in Civil Procedure", The University of Chicago, *Law Review*, Volume 52, 1985.
- Ley 14.170: Modifica la Ley 12.997 de arancel de honorarios de abogados y procuradores, 1952.
- Ley de Contratos de Trabajo, Ley 20.744, 1974.
- Libra, *Mediación en la Argentina*, número especial, Año 3, N° 4, primavera de 1994.

- MacCoun, Robert J.; Allan Lind E., y Tyler, Tom R., "Alternative Dispute Resolution in Trial and Appellate Courts", *Rand*, RP-117, 1992.
- Macey, J., "Judicial Discretion and the Internal Organization of Congress: Commentary", *International Review of Law and Economics*, junio de 1992: 12(2), págs. 280-283.
- Manage, Neela D., "Interest Rate Ceilings and the Role of Security and Collection Remedies in Loan Contracts", *Economic Inquiry*, Volume XXVIII, abril de 1990.
- McWilliams, J., "Setting the Record Straight: Facts about Litigation Costs and Delay", *Journal of Business Economics*, octubre de 1992: 27(4), págs. 19-24.
- Meckling, William, "Financial Markets, Default, and Bankruptcy: The Role of the State", *Law and Contemporary Problems*, otoño de 1977.
- Meierhoefer, Barbara S., *Court-Annexed Arbitration in Ten District Courts*, Federal Judicial Center, 1990.
- Menell, P., "A Note on Private Versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System", *Journal of Legal Studies*, enero de 1983: 12(1), págs. 41-52.
- Messerlin, P., *Antidumping laws and developing countries*, Banco Mundial, 1988.
- Modigliani, F., "New developments on the oligopoly front", *Journal of Political Economy*, 1958.
- Monopolies and Mergers Commission, *The supply of petrol. A report on the supply in the UK of petrol by wholesale* (1989).
- Moschel, W., "The new institutional economics meets law and economics", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, marzo de 1993: 149(1), págs. 88-91.
- Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo Luis, "Defensa del consumidor", *Ley 24.240*, Editores Rubinzal-Culzoni, 1994.
- Murrin, T., "Economics and consumer protection", *Antitrust Law Journal*, 1991, volumen 60.
- Nelson, Grant, *Real Estate Financing and Development*, West Publishing, 1994.
- Nelson, P., "Advertising as information", *Journal of Political Economy*, 1974.
- Olivera García, Ricardo y Bugallo, Beatriz, "Estudio Económico del Régimen de Quiebras y Concordatos en el País, Foro Seguridad Jurídica y Eficiencia Económica", Centro de Estudios de la Realidad Económica y Social (CERES), Montevideo, noviembre de 1993.
- Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action*, 1965.
- Owen, B., *Competition and policy consumer protection in Argentina*. Economists Incorporated, agosto de 1992.
- Pais Rivanera, G.; Palma de Sáez, L. y Borchardt, M., Uruguay, *Defensa de la competencia. Defensa del Consumidor*, octubre de 1993.
- Page, R., "Argentina. Judicial Infrastructure Project. Technical Analysis and Proposal", DPK Consulting, San Francisco, California, enero de 1994.
- Paredes, R., *Fundamentos para una política antimonopolios*, Universidad de Chile, 1991.
- Paredes, R., "El mercado de combustibles en Chile", mimeo, 1992.
- Pashigian, P., "A Theory of Prevention and Legal Defense with and Application to the Legal Costs of Companies", *Journal of Law and Economics*, octubre de 1982: 25(2), págs. 247-270.
- Pastor Prieto, Santos, *Ah de la Justicia. Política Judicial y Economía*, Ed. Civitas, 1993.
- Peltzman, Sam, "Towards a More General Theory of Regulation", *Journal of Law and Economics*, agosto de 1976.
- Peña González, Carlos, "Sobre la Necesidad de las Formas Alternativas de Resolución de Conflictos", ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Resolución Alternativa de Disputas, Viña del Mar, Chile, septiembre de 1994.
- Peterson, M., "Compensation of Injuries: Civil Injury Verdicts in Cook County", Report R-3011-ICJ, Rand Corporation, 1984.
- Peterson, R. y Frew, J., "Credit Remedy Restrictions and Interstate differences in personal loans rates and availability: a supplementary analysis", *Working Paper 14*, Credit Research Center, Purdue University, West Lafayette, IN, 1977.

- Peterson, Richard, "Creditors Use of Collection Remedies", *The Journal of Financial Research*, Vol. IX, N° 1, primavera de 1986.
- Poder Judicial de Uruguay, *Sentencia N° 105 del Juzgado de Maldonado*, noviembre de 1992.
- Posner, R., *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co., Boston, 1992.
- Posner, Robert, "Theories of Economic Regulation", *Bell Journal of Economics*, invierno de 1974.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Fourth Ed., Little, Brown & Company, 1992.
- Posner, R., *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, marzo de 1993: 149(1), págs. 73-87.
- Posner, R., "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)", *Supreme Court Economic Review*, Volume 3, 1993.
- Priest, G., "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", *Journal of Legal Studies*, enero de 1977: 6(1), págs. 65-82.
- Priest, G., "The modern expansion of tort liability: its sources, its effects, and its reform", *Journal of Economic Perspectives*, verano de 1991.
- Priest, G., "Private Litigants and the Court Congestion Problem", *Boston University Law Review*, Volume 9, 1989.
- Priest, G., "The Selection of Disputes for Litigation". *Journal of Legal Studies*, enero de 1984: 13(1), págs. 1-55.
- Rauma, David y Krafka, Carol, *Voluntary Arbitration in Eight Federal District Courts: An Evaluation*, Federal Judicial Center, 1994.
- Reinganum, Jeniffer y Wilde, Louis L., "Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs", *Rand Journal of Economics*, Vol. 17, N° 4: 557-566, invierno de 1986.
- Report of the Director of the Administrative Office of the US Courts*, Judicial Business of the United States Courts, 1993.
- Reske, Henry, "Bill to Expand Arbitration Defeated", *ABA Journal*, febrero de 1994, Report of the National Commission on Judicial Discipline and Removal, agosto de 1993.
- Rojo, Pablo y Hoberman, Jeffrey, "Introduction of a Special Bankruptcy Regime for Business Reorganization", documento especial, IERAL.
- Rosenfield, "An Empirical Test of Class Action Settlement", *Journal of Legal Studies*, Volume 5, N° 113, 1976.
- Rubin, P., "Why is the Common Law Efficient?", *Journal of Legal Studies*, Volume 6, 1977.
- Rubinfeld, D. y Sappington, D., "Efficient Awards and Standards of Proof in Judicial Proceedings", *Rand Journal*:18, págs. 308-315, 1987.
- Saks, M., "Malpractice misconceptions and other lessons about the litigation system", *The Justice System Journal*, 1993.
- Sappington, David E.M., "Incentives in Principal-Agent Relationships", *Journal of Economic Perspectives*, Volume 5, N° 2, primavera de 1991, págs. 45-66.
- Schwartz, E.; Spiller, P. y Urbiztondo, S., "A Positive Theory of Legislative Intent", *Journal of Law and Contemporary Problems*, N° 1 y 2, 1994.
- Schwarzer, William (Director del Federal Judicial Center), *Statement to the Subcommittee on Courts and Administrative Practice*, Committee on the Judiciary, Senado de los Estados Unidos, octubre 29 de 1993.
- Shaman, J., "State Judicial Conduct Organizations", *Kentucky Law Journal*, 1988.
- Shavell, S., "Suit, Settlement and Trial. A theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs", *Journal of Legal Studies*, enero de 1982a: 11(1), págs. 55-81.
- Shavell, S., *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, 1987.
- Shepard, A., "Pricing behavior and vertical contracts in retail markets", *American Economic Review*, 1990.
- Simon, M., *Product Quality and the Allocation of Legal Costs*, US Department of Justice, enero de 1989.
- Snyder, Edward A. y Hughes, James W., "The English Rule for Allocating Legal Costs: Evidence Confronts Theory", *Journal of Law, Economics and Organization*, Volume 6, N° 2, otoño de 1990, págs. 345-379.



- Spiller, P. y Urbiztondo, S., "Interest Groups and the Control of the Bureaucracy: An Agency Perspective on the Administrative Procedure Act.", *Anales de la XXVI Reunión Anual de la Asociación Argentina de Economía Política*, 1991.
- Spiller, P. y Urbiztondo, S., "Political Appointees vs. Career Civil Servants: A Multiple Principals Theory of Political Institutions", *European Journal of Political Economy*, en prensa, 1994.
- Stiglitz, Joseph y Weiss, Andrew, "Credit Rationing in Markets with Imperfect Information", *American Economic Review*, junio de 1981.
- Stigler, George, "The Economics of Regulation", *Bell Journal of Economics*, primavera de 1971.
- Stigler, G., "Law or Economics", *Journal of Law and Economics*, octubre de 1992: 35(2), págs. 455-468.
- Thomason, Terry, "Are Attorneys Paid What They're Worth? Contingent Fees and the Settlement Process", *Journal of Legal Studies*, Volume XX, págs. 187-223, enero de 1991, Judicial Center, 1994.
- Tollison, Robert, "Chicago Political Economy", *Public Choice*, 1989.
- Toma, E., "Congressional Influence and the Supreme Court: The Budget as a Signalling Device", *Journal of Legal Studies*, enero de 1991.
- Trubek, D., "The Costs of Ordinary Litigation", *UCLA Law Review*, octubre de 1983, págs. 72-127.
- Urbiztondo, S., "On the Role of Monitoring Under Common Agency", mimeo, 1994.
- Villegas, Daniel, "Regulation of Creditor Practices: An evaluation of the FTC's Credit Practice Rule", *Journal of Economic and Business*, 1992.
- Viscusi, W.K., "Product and occupational liability", *Journal of Economic Perspectives*, verano de 1991.
- Weidemer, J., *Real Estate Finance*, Prentice Hall, 1992.
- Weiss, L., *The concentration-profits relationship and antitrust*, en Goldschmid, Mann y Weston (editores). Industrial concentration, the new learning, 1974.
- Wheeler, R. y Bermant, G., *Federal Court Governance. Why Congress Should and Why Congress Should Not Create a Full-Time Executive Judge*.
- Wheeler, R., *Origins of the Elements of Federal Court Governance*, Federal Judicial Center, 1992.
- White M., "Bankruptcy Costs and the New Bankruptcy Code", *Journal of Finance*, mayo de 1983.
- White, M., "Bankruptcy Liquidation and Reorganization", *Handbook of Modern Finance*, Chapter 35, Warren, Gorham & Lamont Editors, Boston, mayo de 1984.
- White, Michelle, "The Corporate Bankruptcy Decision", *Journal of Economic Perspectives*, primavera de 1989.
- Zablotsky, Edgardo, *La Ley de Sufragio Universal, Secreto y Obligatorio. Su Efecto Sobre la Política Económica Argentina*, Centro Internacional para el Desarrollo Económico (ed.), septiembre de 1993.
- Zablotsky, Edgardo, "El Proceso de Gobernar", CEMA, *Documento de Trabajo 89*, marzo de 1993.

FUNDACION DE INVESTIGACIONES  
ECONOMICAS LATINOAMERICANAS

Presidente Honorario: Arnaldo T. Musich

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente: Ing. Víctor L. Savanti

Vicepresidentes: Dr. Juan P. Munro

Sr. Federico J. L. Zorraquín

Dr. Fernando de Santibañes

Secretario: Sr. Carlos R. de la Vega

Prosecretario: Ing. Manuel Sacerdote

Tesorero: Dr. Mario E. Vázquez

Protesorero: Dr. Luis M. Otero Monsegur

Vocales: Dr. Guillermo E. Alchourón, Sr. Alberto Alvarez Gaiani, Sr. Luis Arzeno, Ing. Jorge Brea, Dr. Salvador Carbo, Dr. Eduardo Casabal, Sr. Luis M. Castro, Dr. Enrique C. Crotto (Presidente de la Sociedad Rural Argentina), Sr. Carlos de Jesús, Dr. Jorge L. Di Fiori (Presidente de la Cámara Argentina de Comercio), Dr. Carlos C. Helbling, Dr. Adalbert Krieger Vasena, Sr. Pedro Lella, Ing. Nells León, Sr. Carlos A. Leone, Ing. Franco Livini, Sr. Julio Macchi (Presidente de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires), Ing. Norberto Morita, Dr. Santiago Soldati, Ing. Juan Pedro Thibaud, Dr. David Vázquez, Ing. Esteban Takacs.

CONSEJO CONSULTIVO

Sr. Jorge Rubén Aguado, Sr. Ghislain de Beauce, Dr. Carlos A. Bulghe-roni, Sr. Alberto Cárdenas, Sr. José Gerardo Cartellone, Sr. Jorge R. Cermesoni, Sr. Michael Contie, Sr. Fernando Del Castillo, Sr. Javier D'Ornellas, Sr. José M. Eliçabe, Sr. Eduardo Eurnekian, Lic. Jorge Ferioli, Sr. Luis A. Galli, Sr. Julio Gómez, Sr. Ricardo A. Grüneisen (h), Sr. Egidio Ianella, Ing. Oscar Imbellone, Sr. Alejandro Ivanisevich, Sra. Amalia Lacroze de Fortabat, Ing. Edgardo Lijtmaer, Ing. Juan C. Masjoan, Sr. José Mc Loughlin, Sr. Mariano Montero Zubillaga, Sr. Flemming M. Morgan, Sr. Javier Nadal, Sr. Francisco de Narváez Steuer, Sr. Carlos A. Popik, Sr. Scott Portnoy, Sr. Karl Ostenrieder, Sr. Aldo B. Roggio, Sr. Roberto S. Sánchez, Sr. Walter Schaffer, Sr. Luis Schirado, Sr. Guillermo Stanley, Dr. Amadeo Vázquez, Lic. Mauricio Wior.

CONSEJO ACADEMICO

Ing. Manuel Solanet, Lic. Mario Teijeiro.

## CUERPO TECNICO

Economistas Jefes: Daniel A. Artana, Juan Luis Bour, Ricardo López Murphy, Fernando Navajas.

Economista Principal Dpto. Economía de la Educación: María Echart.

Economistas Senior: Nora Marcela Cristini, Oscar Libonatti, Patricia M. Panadeiros, Abel Viglione.

Economistas: Nora P. Balzarotti, Cynthia Moskovits, Nuria Susmel.

Economistas Juniors: Anabel Fazio, Ramiro A. Moya, Hernán Ortiz Molina.

Investigadores Visitantes: Jorge Bogo, Enrique Bour, Alfonso Martínez, Carlos Rivas, Mario Salinardi, Santiago Urbiztondo.

Asistente de Investigación: R. Sacca, M. Iaryczower.

Asistentes de Estadísticas: S. Auguste, L. Braverman, S. Costa, W. Chiarnesio, N. Fichelson, D. Humphreys, R. Martín Lucero.

Centro de Cómputos: M. Carnevale, M. Flores, R. I. Montaña.

Entidad independiente, apolítica sin fines de lucro, consagrada al análisis de los problemas económicos y latinoamericanos. Fue creada el 7 de febrero de 1964. FIEL está asociada al IFO Institut Für Wirtschaftsforschung München e integra la red de institutos corresponsales del CINDE, Centro Internacional para el Desarrollo Económico. Constituye además la Secretaría Permanente de la Asociación Argentina de Economía Política.

## ESTAS EMPRESAS CREEN EN LA IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACION ECONOMICA PRIVADA EN LA ARGENTINA

ABN Amro Bank  
ABRA - Asoc. de Bancos de la Rep. Arg.  
Acindar, Ind. Arg. de Aceros S.A.  
AGA S.A.  
Agfa Gevaert Arg. S.A.  
Aguas Argentinas S.A.  
Alpargatas S.A.I.C.  
Amoco Argentina Oil Co.  
Arcos Dorados S.A.  
Aseg. de Cauciones S.A. Cía. Seg.  
Aseg. de Créditos y Garantías  
Asoc. Arg. de Agencias de Viajes y Turismo  
Asoc. Argentina de Seguros  
Asoc. de Bancos Argentinos ADEBA  
Astra Cía. Arg. de Petróleo S.A.  
AT&T Global Information Solutions S.A.  
Automóvil Club Argentino  
Autopistas Del Sol S.A.

Bac S.A.  
Bagley S.A.  
Banca Nazionale del Lavoro S.A.  
Banco COMAFI  
Banco de Boston  
Banco de Crédito Argentino  
Banco de Galicia y Buenos Aires  
Banco de la Ciudad de Buenos Aires  
Banco de la Provincia del Chubut  
Banco de Valores S.A.  
Banco del Buen Ayre  
Banco del Sud  
Banco Europeo para América Latina  
Banco Exterior S.A.  
Banco Florencia  
Banco Francés del Río de la Plata S.A.  
Banco General de Negocios  
Banco Israelita de Córdoba S.A.  
Banco Mildesa S.A.  
Banco Morgan  
Banco Quilmes S.A.  
Banco Río de la Plata  
Banco Roberts S.A.  
Banco Sáenz S.A.  
Banco Santander  
Banco Shaw  
Banco Sudameris  
Banco Supervielle Société Generale  
Banco Tornquist  
Banco Velox S.A.  
Banque Nationale de Paris  
Banque Paribas

Bayer Argentina S.A.  
Benito Roggio e Hijos  
Bertora y Asociados S.A.  
Blaisten S.A.C.I.F. Y. M.  
Bodegas Chandon S.A.  
Bodegas Trapiche S.A.  
Bolsa de Cereales de Buenos Aires  
Bolsa de Comercio de Buenos Aires  
Booz Allen & Hamilton de Arg. S.A.  
Bridas S.A.P.I.C.  
Bunge y Born S.A.

C y K Aluminio S.A.  
Cadbury Stani S.A.  
Caja de Seguro S.A.  
Cámara Argentina de Comercio  
Cám. Arg. de Fondos Comunes de Inversión  
Cámara Argentina de Supermercados  
Camuzi Gas Del Sur S.A.  
Cargill S.A.C.I.  
Caspian Securities Incorporated  
CB Capitales Argentina S.A.  
Cencosud S.A.  
Central Costanera S.A.  
Cervecería y Maltería Quilmes  
Chemical Bank  
Ciba Geigy Argentina S.A.  
Cielos del Sur S.A.  
Citibank, N.A.  
Citicorp Equity Investments  
Coca Cola de Argentina S.A.  
Coca Cola FEMSA de Bs. As. S.A.  
Cohen S.A. Soc. de Bolsa  
Compañía de Comunicaciones Personales del Interior S.A.  
Compañía de Radio Comunicaciones Móviles  
Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios  
Consultora Laval S.A.  
COPAL  
Corporación Multimedios América  
Corsiglia y Cía. Soc. de Bolsa S.A.  
Cosméticos Avon S.A.C.I.  
Cyanamid de Argentina

Deloitte and Touche  
Deutsche Bank Argentina S.A.  
Diners Club Argentina  
Disco S.A.  
Dow Química Argentina S.A.

Droguería Del Sud S.A.  
Du Pont Argentina S.A.

Edenor S.A.  
Editorial Atlántida S.A.  
ENCOTESA  
Esso S.A. Petrolera Argentina  
Est. Vitivinícolas Escorihuela

F.V. S.A.  
Federación del Citrus de Entre Ríos  
Ferrosider S.A.  
Ferrosur Roca S.A.  
Ford Argentina S.A.  
Fratelli Branca Dest. S.A.

Glaxo Wellcome S.A.  
Grace Argentina S.A.

Heller-Sud Servicios Financieros S.A.  
Hewlett Packard Argentina S.A.  
Hoechst Arg. S.A.

IBM Argentina S.A.  
Industrias Metalúrgicas Pescarmona  
ING Bank  
Isaura S.A.

José Cartellone Const. Civiles S.A.  
Juan Minetti S.A.

La Plata Cereal Co. SACIAF  
La Previsión Coop. de Seguros Ltda.  
Laboratorios Rontag S.A.  
Lactona S.A.I.C.  
Liquíd Carbonic S.A.  
Loma Negra C.I.A.S.A.  
Luncheon Tickets  
Lloyds Bank (BLSA) Limited

MAPFRE Aconcagua Compañía de Seguros S.A.  
Massalín Particulares S.A.  
Mastellone Hnos. S.A.  
Máxima S.A. AFJP  
Medicus Asistencia Médica y Científica  
Mercado de Valores de Buenos Aires  
Mercedes Benz Arg. S.A.C.I.F.I.M.  
Merchant Bankers Asociados S.A.  
Merck Sharp & Dohme Argentina Inc.  
Merrill Lynch  
Merrill Lynch International  
Molinos Río de la Plata S.A.  
Monsanto Argentina S.A.I.C.  
Morixe Hermanos S.A.C.I.

Murchison S.A. Estib. y Cargas

Nestlé Argentina S.A.  
Nobleza Piccardo S.A.I.C.F.

OCASA  
Organización Techint  
Orígenes AFJP S.A.

Pepsi Cola Argentina S.A.C.I.  
Perez Companc S.A.  
Perkins, Patricio C.  
Petrolera Arg. San Jorge S.A.  
Petroquímica Bahía Blanca S.A.I.C.  
Pfizer S.A.C.I.  
Pirelli Argentina S.A.  
Prefinex S.A.  
Price Waterhouse & Co.

Quaker Elaboradora de Cereales  
Quickfood Alimentos Rápidos S.A.

Refinerías de Maíz S.A.I.C.F.

S.A. Garovaglio y Zorraquín  
SC Johnson & Son de Arg. S.A.I.C.  
SanCor Coop. Unidas Ltda.  
Sandoz Argentina S.A.I.C.  
Shell C.A.P.S.A.  
Siemens S.A.  
Sociedad Comercial del Plata S.A.  
Sociedad Rural Argentina  
Socma Americana S.A.  
Sol Petróleo S.A.  
Startel S.A.  
Sulzer Hnos. S.A.C.I.  
Sun Microsystems S.A.  
Surrey S.A.C.I.F.I.A.  
Swift Armour S.A. Argentina

Telecom Argentina  
Telefónica de Argentina  
Telintar S.A.  
The Chase Manhattan Bank N.A.  
The Exxel Group S.A.  
Tia S.A.  
Total Austral S.A.

Unilever de Argentina S.A.

Vidriería Argentina S.A.  
VISA

Xerox Argentina I.C.S.A.

YPF S.A.

Editado por Manantial SRL, para  
la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas

Impreso en julio de 1996 en Color Efe,  
Paso 192, Avellaneda, Argentina