

SISTEMA JUDICIAL Y EFICIENCIA: UNA VISIÓN DESDE EL MODELO DE FALLAS DEL MERCADO

SEBASTIÁN RUBIANO-GROOT GÓMEZ*

CRISTIAN FELIPE TORRES SEMANATE*

RESUMEN

Las instituciones no son *per se* fuentes de seguridad jurídica, son un actor fundamental en los mercados que debe ser estudiado al momento de tratar de explicarse el mejor o peor funcionamiento de los mismos. En las sociedades existen sistemas de incentivos que dirigen o incitan a los individuos a comportarse de determinada manera, a tomar determinadas decisiones. De esta comprobación surge la necesidad de analizar el comportamiento de las instituciones y su relación con el sistema de incentivos que genera para los individuos, con el fin de determinar si su influencia sobre el funcionamiento económico es positivo o negativo. La Rama Judicial es una de esas instituciones públicas que juega un papel preponderante en el intercambio y en el funcionamiento de la sociedad en conjunto. El modelo explicativo de fallas del mercado aplicado al sistema judicial desde una perspectiva del análisis económico del derecho, pone en evidencia que la crisis del sistema judicial colombiano no se explica únicamente en función de deficiencias administrativas sino que guarda una directa relación con la forma en cómo los particulares se relacionan con el mismo. Toda esta red de relaciones genera un sistema de incentivos que explican el porqué del funcionamiento y los resultados del sistema.

Palabras clave: Sistema Judicial, litigio, fallas del mercado, eficiencia judicial, costos de transacción.

Fecha de recepción: 20 de julio de 2012
Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2012

* Estudiantes de octavo semestre. Derecho, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá
Correo electrónico: sebasrubiano@hotmail.com
Correo electrónico: cristian.0993@hotmail.com

JUDICIAL SYSTEM AND EFFICIENCY: A PERSPECTIVE FROM LAW AND ECONOMICS

ABSTRACT

Institutions are not, by their one means, a source of stability in the law system, they are only one of the fundamental actors that play a role that needs to be explained and studied when understanding the dynamics of markets. Among individuals there is a complex system of incentives that have a big influence in the choices they make and in the way they will interact one with another. The relationships between institutions and the network of incentives they imply appear to be fundamental when understanding the economics of a certain society. The judicial system is one of those Institutions that plays a preponderant role in the Systems of Exchange and the well functioning of societies as a whole. We consider that an analysis of the Colombian judicial System, of the network of incentives it implies, the transactions costs it produces, and in general its possibilities as a market, is basic when trying to understand de causes of its crisis and the effects produced in economic performance.

Key words: *Judicial System, suit, markets, judicial efficiency, transaction costs.*

1. INTRODUCCIÓN: SISTEMA JUDICIAL Y EFICIENCIA

Cualquier estudio que se haga sobre un sistema judicial está ineludiblemente cargado de un alto contenido axiológico y valorativo en la medida en que el rol que juega dicho sistema dentro de las sociedades está íntimamente ligado con la consecución de la justicia en las relaciones entre los particulares y de los mismos con el Estado. Es entonces fácil de entender la razón por la cual tradicionalmente se haya evaluado el funcionamiento de la rama judicial en términos de principios y valores filosóficos dejando de lado un estudio sobre la misma en términos de eficiencia, costos y beneficios¹.

Está claro que la justicia no puede ser definida y evaluada únicamente en función de criterios económicos, un estudio que use metodologías económicas para evaluar su funcionamiento no deja de lado una valoración moral de la misma.

¹ VARGAS VIANCOS, J.E. (2003). Eficiencia en el sistema judicial. Revista *Sistemas Judiciales*. Buenos Aires. Centro de Estudio de Justicia de las Américas, págs. 68-92.

En efecto algunos de los más importantes exponentes del análisis económico del derecho han visto en la eficiencia un criterio moral². Autores como Posner y Mattei defienden la moralidad de la maximización de riqueza que “*sería compatible con una variedad de posiciones morales, como la justicia correctiva aristotélica, la deontológica kantiana, el utilitarismo o el igualitarismo.*”³ En últimas la eficiencia aparece como una manifestación de la equidad⁴.

La eficiencia entonces, como criterio de evaluación, además de tener un alto contenido explicativo no es ajeno a una consideración moral; sin embargo, dicho enfoque no puede dejar de lado todos los contenidos propios de una función pública que esta intrínsecamente ligada con la ideología. La forma en como las personas ajustan sus comportamientos a las normas y se relacionan con el sistema judicial.

*“está determinado por una percepción doble en la que intervienen, por una parte, el cálculo racional y estratégico de los costos y beneficios que trae consigo el cumplimiento y por otra, una apreciación del valor de la norma en términos de legitimidad e importancia, que por lo general remite a una visión general de las instituciones, no solo en términos de legitimidad, sino también de eficacia.”*⁵

De esta manera el presente escrito tendrá como objeto analizar el sistema judicial utilizando el modelo de fallas del mercado propio del análisis económico sin que dicho enfoque suponga una toma de partido en contra del contenido valorativo. Partimos de la base simplemente de que el análisis económico posee un alto contenido explicativo que se erige como útil herramienta para entender el funcionamiento y las falencias institucionales.

2. JUSTICIA, NEOINSTITUCIONALISMO Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

El postulado neoclásico que explica el crecimiento económico en función de la existencia de capital y de la cantidad de factores de producción resulta insuficiente

2 POSNER R.A.; LANDES, W.; KELMAN, M. (2011). Estudio preliminar: Morales de Setién Ravina C. *Análisis económico del derecho*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, págs. 32-56.

3 *Ibid.*

4 Con esta afirmación no estamos dejando de lado todo el debate en torno a la justificación moral de la eficiencia. El único objeto es poner de presente la perspectiva de los autores citados.

5 UPRIMNY YEPES, R., RODRÍGUEZ GARAVITO, C.A. & GARCÍA VILLEGAS, M. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma. pág. 96.

para entender el funcionamiento más o menos eficiente de los mercados. Los costos técnicos alrededor de los procesos productivos tienen un alto potencial explicativo, pero dejan de lado toda una gama de interacciones sociales de diversa índole que tienen una repercusión directa en el desarrollo económico⁶. En las sociedades existen sistemas de incentivos que dirigen o incitan a los individuos a comportarse de determinada manera, a tomar determinadas decisiones. Esas decisiones crean fricciones entre los determinados agentes pues sus intereses no parecen estar alineados. La cooperación armónica entre individuos racionales que tienen como objetivo maximizar la riqueza individual solo es posible en determinados contextos, no cualquier escenario es un escenario propicio para un intercambio beneficioso.

De esta manera, por fuera de las relaciones que existen entre los individuos que intercambian un bien en el mercado, existe todo un marco institucional que influye directamente en la eficiencia de dicho intercambio. El aporte fundamental de la teoría económica neoinstitucional, que tiene como principal exponente a Douglas North, es poner de presente ese rol protagónico que juegan las instituciones en el funcionamiento de los mercados: *“Las instituciones reducen las incertidumbres propias de la acción humana. Ellas proporcionan la estructura de intercambio que (junto con la tecnología) determina el costo de la transacción y el costo de la información.”*⁷ Ahora bien, del hecho de que las instituciones tengan un papel primordial en el funcionamiento de los mercados no se sigue inevitablemente que este papel sea positivo. Las instituciones no son *per se* fuentes de seguridad jurídica⁸, sino que son un actor fundamental en los mercados, actor que debe ser estudiado al momento de tratar de explicar el mejor o peor funcionamiento de los mercados.

Como bien lo afirma Mauricio Rubio: *“La idea de que las instituciones convergen naturalmente hacia una situación en la que contribuyen a la eficiencia económica, a la reducción de los costos de transacción, resultado insuficiente para explicar la persistencia en algunas sociedades, de instituciones ineficientes”*⁹. Es de esta comprobación de donde surge la necesidad de analizar el comportamiento de las instituciones con el fin de determinar si su influencia

6 *Ibíd.*

7 NORTH D.C. (1995). *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*. México. Fondo de Cultura Económica, págs. 16-30.

8 Con esto no estamos queriendo afirmar que el único objeto de las instituciones es la seguridad jurídica, sino que la seguridad jurídica no es un resultado directo de la existencia misma de las instituciones.

9 RUBIO, M. (1996). *“Reglas del juego y costos de transacción en Colombia”*. Documento CEDE 96-08, Bogotá: Universidad de los Andes, pág. 17.

sobre el funcionamiento económico es positiva o negativa. Existen entonces sociedades que por medio de sus instituciones logran agilizar y facilitar el intercambio y generan un sistema de incentivos que genera un círculo virtuoso hacia el crecimiento, mientras que existen otras cuyas instituciones son tan ineficientes que el costo de intercambio y de protección de los derechos hace imposible la interacción de los agentes en el mercado a tal punto que: “*las ganancias provenientes del incumplimiento y del fraude exceden a la conducta cooperadora.*”¹⁰

Uno de los primeros y sin duda el más famoso e influyente estudio que se realizará sobre el funcionamiento del derecho y sus instituciones y su relevancia y relación con la economía fue el hecho por Ronald Coase en su artículo “*The problem of social cost*”. En dicho artículo Coase sostendría (teorema de Coase) que en ausencia de costos de transacción, es decir siempre que los particulares pudieran negociar sin mayores impedimentos, el derecho resultaría irrelevante para la asignación eficiente de recursos¹¹.

En caso de que existieran dichos costos, como es el caso común, el derecho resultaría relevante; sin embargo, su intervención más o menos eficiente dependería de la capacidad del juez y del sistema en conjunto para prever los resultados y poder acercar su decisión a aquella que más se ajustara a las que las partes hubieren hecho en ausencia de tales costos. El derecho entonces podría resultar eficiente eliminando dichos costos de transacción. Dicho teorema pondría de presente la intrínseca relación existente entre derecho y economía: “*En un mundo en el que existen costos cuando se reasignan los derechos, los tribunales, en los casos de molestias, están tomando decisiones sobre un problema económico y determinando como se emplearán los recursos.*”¹²

A partir de la publicación de dicho teorema se han publicado un sinnúmero de artículos que analizan temas jurídicos en función de modelos económicos con el fin de entender la relación entre las instituciones, los individuos y los mercados. Ya diversos autores han puesto de presente como instituciones jurídicas como los derechos de propiedad, los contratos y las reglas de responsabilidad civil entre otras pueden ser analizadas en términos de incentivos económicos.

La Rama Judicial es una de esas instituciones públicas que juega un papel preponderante en el intercambio y por tanto su funcionamiento puede ser

10 *Ob. cit.* UPRIMNY YEPES R., pág. 73.

11 *Ob. cit.* POSNER, R.A.; LANDES, W.; KELMAN, M., pág. 53.

12 COASE R. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3, october, págs. 22-23.

estudiado utilizando metodologías económicas. Consideramos entonces, que un análisis del sistema judicial colombiano, de los incentivos que genera, de su fortaleza o eficiencia para hacer valer los derechos en disputa, es fundamental para entender a cabalidad las causas de su crisis así como para entender su relación con las dinámicas del mercado.

3. LA JUSTICIA COMO MERCADO

Para poder hacer un análisis económico de la eficiencia de la administración de justicia encontramos que es útil entender a la misma, o las relaciones de intercambio que esta supone, como un mercado, para a partir de dicho supuesto entender sus falencias utilizando las mismas herramientas de análisis que usa la economía para evaluar otro tipo de mercados.

Un mercado en términos muy básicos es: “*un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio. Los compradores determinan conjuntamente la demanda del producto y los vendedores la oferta*”¹³. Los mercados encuentran su punto de equilibrio en aquella situación en la que el precio del determinado bien o servicio se encuentra en el nivel en que la cantidad ofrecida y demandada se igualan, es decir un punto en donde la cantidad marginal de ofrecer un producto es igual al precio marginal de consumirlo¹⁴. A su vez, ese punto de equilibrio que representa la situación de un mercado en competencia perfecta solo puede darse si se cumplen fundamentalmente tres supuestos:

1. Ninguno de los agentes del mercado tiene la capacidad de determinar los precios del mercado.
2. Los bienes y servicios transados son homogéneos.
3. La información de los participantes en el mercado es simétrica de manera que cada uno de los agentes posee la misma información¹⁵.

Aplicando este modelo de mercado al sistema de justicia tendríamos que las relaciones comprendidas en el mismo podrían ser visto como: “*las relaciones de intercambio entre oferentes y demandantes de servicios judiciales de protección*”

13 MANKIW, G. (2007). *Principios de economía*. Cuarta edición, pág. 47.

14 Fierro, H. (2006). *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, págs. 25-53.

15 MÁRQUEZ, C.P. (2005). *Anotaciones sobre Análisis Económico del Derecho: Escuelas* (1a. ed.). Bogotá: JAVEGRAF, pág. 48.

de derechos”¹⁶ La demanda estaría representada por la cantidad de demandas o acciones judiciales que entran a las jurisdicciones mientras que la oferta estaría representada por la cantidad de sentencias o de procesos concluidos que son capaces de resolver los funcionarios judiciales.

En Colombia la demanda de justicia está subsidiada por el Estado en el sentido de que los individuos no tienen que pagar un costo directo por dicho servicio de manera tal que el precio que operaría en este mercado estaría determinado por el valor de los beneficios y costos que esperan obtener los demandantes después de concluido el proceso judicial. Por su parte el punto de equilibrio sería aquel en el cual la cantidad de demandas promovidas es igual a la cantidad que la administración está en capacidad de resolver.

¿Es el mercado de justicia un mercado en competencia perfecta? Sin necesidad de un análisis detallado de las cifras de la administración de justicia en Colombia es evidente que probablemente no exista un mercado que se aleje más de los supuestos de competencia perfecta, que el mercado de justicia. Cada uno de los supuestos sobre los que descansa el modelo de competencia perfecta presenta fallas que impiden que se llegue al punto de equilibrio.

De esta manera, a partir del modelo de fallas del mercado, intentaremos identificar cuáles son los supuestos o las situaciones que impiden que el mercado de servicios judiciales opere eficientemente y llegue a un punto de equilibrio. Analizaremos en qué manera el comportamiento de los agentes, la naturaleza del bien o servicio, la información y finalmente los precios de este mercado influyen en el funcionamiento del mercado de servicios judiciales.

4. ¿QUÉ TANTO DE BIEN PÚBLICO O DE BIEN PRIVADO TIENE LA JUSTICIA?

Responder a la pregunta de si la justicia es un bien público o privado no resulta ni ha resultado nada fácil a lo largo de los últimos años, producto de que la discusión que se ha desatado en relación con este tema es compleja y tiene múltiples aristas para considerar una u otra cosa. Es por esta razón que tomando argumentos de ambas partes (tanto de quienes dicen que es un bien público como de quienes dicen que es un bien privado) consideramos pertinente más bien enunciar qué de público y qué de privado tiene la justicia, mencionando y

16 MERY NIETO, R. “Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile”. Documento de trabajo N° 7, Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial. Universidad Diego Portales Santiago de Chile, pág. 3.

haciendo hincapié en algunos apartes lo concerniente a la justicia civil, para con esto lograr explicar la inescindible relación que hay entre este tema y los costos que se generan por acceder a la administración de justicia.

La caracterización básica de lo qué es un bien público puede encontrarse fácilmente en cualquier libro de teoría económica, para estos efectos, traemos a colación la definición dada por Gregory Mankiw quien considera este tipo de bienes como aquellos que *“no son ni excluibles ni rivales en el consumo. Es decir, no es posible impedir a nadie utilizar un bien público y su uso por parte de una persona no reduce la capacidad de otra para utilizarlo”*.¹⁷ Con esto a primera vista podría considerarse a la justicia dentro de dicha clasificación de bienes ya que resulta bastante complicado, en primer lugar, impedir que alguien acceda a la justicia más aun, cuando el acceso a la justicia tiene talla de derecho fundamental. En segundo lugar también es difícil imaginar que el uso de la justicia por parte de las personas reduzca la capacidad de otras de poder acceder a la misma, por razones de cantidad y agotamiento en la provisión de dicho bien público, es decir, la justicia no se va a acabar porque otros accedan a ella.

En la misma dirección apunta la teoría del análisis económico del derecho al considerar las más de las veces que la justicia genera una serie de beneficios considerados como no rivales¹⁸, también llamados externalidades positivas, los cuales en este caso en particular se concretan en la disuasión que produce la tutela de los derechos vulnerados para que con esto a futuro no sean afectados en la misma medida. Además de la importancia que genera un precedente judicial en el caso en el que *“otros potenciales consumidores de justicia lo pueden usar para reducir la incertidumbre acerca de la titularidad de sus derechos.”*¹⁹

Es por lo anteriormente mencionado, que surge la postura contraria que afirma que la justicia y más específicamente la justicia civil ciertamente no es un bien público sino al contrario, se trata de un bien privado. Quienes acogen esta posición comienzan por desvirtuar aquella particularización esencial de la no-rivalidad de los bienes públicos afirmando que si bien no se puede impedir que alguien acceda a la justicia, el hecho de que todas las personas puedan hacerlo genera un represamiento que ocasiona que los jueces no puedan prestarle atención a todos los casos, sino solo a unos cuantos. Y que esos otros cuantos procesos que no logran ser fallados, se demoren mucho más y sigan cercando

17 *Ob. cit.*, MANKIW, pág. 158.

18 BRAVO HURTADO, P. <http://www.reformaprocesalcivil.cl/?p=285> (consultado 23 septiembre de 2012).

19 *Ibid.* BRAVO HURTADO.

el círculo vicioso de la congestión judicial, lo que sin lugar a dudas genera una exclusión que no logra encajar dentro de aquella característica de no-rivalidad propia de los bienes públicos.

Además de también ser considerada esta situación una externalidad negativa que nos conduce sin vacilar a decir que la justicia civil algo de bien privado tiene, y es de lo cual en particular nos encargaremos de tratar en páginas ulteriores, y ante lo que para terminar, consideramos importante mencionar como lo afirma Héctor Fierro.

“...la resolución judicial puede considerarse como bien privado. Solo en un sentido limitado, no solo porque las partes carecen de plena libertad para escoger entre diversos proveedores de servicios judiciales en un mercado competitivo, sino también porque la resolución privada de controversias es incapaz de ofrecer otros servicios que se derivan de las actividades de los tribunales, como los precedentes y la jurisprudencia.”²⁰

4.1 Repercusiones en torno a la consideración de la justicia como bien público o privado

La principal consecuencia que trae consigo esta confrontación teórica se refleja en la inversión y el financiamiento. Lo anterior motivado por la razón del escaso incentivo que tendría una persona en particular para suministrar dicho tipo de bienes, dadas las características que los particularizan y el aprovechamiento que la mayoría de las personas esperan obtener de estos sin tener que pagar nada a cambio.

Se ha dicho, y es unánime la postura de afirmar que la financiación de los bienes públicos se lleva a cabo por el Estado y de la misma manera la financiación de los bienes privados está a cargo de los particulares. Frente a esto surgen otra serie de objeciones las cuales apuntan a cuestionar que si en los litigios la totalidad o la mayor parte de los costos son sufragados por el Estado, esto favorecería en gran medida a los que litigan. Estos no tendrían que asumir ningún pago o un pago muy bajo, y se generaría el incentivo de que todos accedieran a la justicia sin contemplar otro tipo de alternativas y el resultado sería y es actualmente socialmente ineficiente.

5. EXTERNALIDADES

En los mercados en competencia perfecta el precio refleja un punto de maximización de utilidades no solo para los individuos sino también para la

20 *Ob. cit.*, FIERRO, H. Capítulo 2, págs. 49-100.

sociedad en conjunto. Sin embargo, dicho presupuesto pocas veces se da pues los efectos de las conductas de los agentes en ocasiones exceden la relación entre los intervinientes directos y afectan el bienestar de un tercero. A este fenómeno se le llama externalidad. Esta puede ser definida como “*el efecto no compensado que producen los actos de una persona en el bienestar de otra.*”²¹ Dicho efecto en el bienestar de un tercero puede ser positivo o negativo. Será positivo siempre que las acciones del agente produzcan un beneficio o utilidades mayores respecto del consumo de cierto bien o servicio, y será negativa cuando por el contrario afecten las posibilidades de producción de otro agente toda vez que las reducen²².

Cuando estemos en presencia de una externalidad negativa se produce una ineficiencia en el mercado pues el precio que se paga por el determinado bien no refleja los costos totales sino que solo refleja los costos privados, lo cual genera que la cantidad socialmente óptima sea menor a la cantidad del mercado²³.

Aplicando dicho modelo al mercado de servicios judiciales tenemos que la cantidad de demanda socialmente eficiente, puede diferir, y en efecto difiere, de la cantidad demandada por los particulares. La razón fundamental de esta divergencia se explica en una falta de alineación entre los incentivos particulares y los incentivos socialmente eficientes. Los particulares al momento de decidir si interponen una demanda solamente toman en cuenta los costos y beneficios que individualmente van a recibir sin tener en cuenta los costos y beneficios que dicha demanda y proceso puede llegar a tener para la sociedad, los cuales aparecen entonces como una externalidad negativa.

En términos generales se puede afirmar que un particular entrará a un proceso judicial siempre que los costos de acceder al sistema judicial y obtener una demanda favorable sean menores que el beneficio a título indemnizatorio o a título de restitución de derechos, que el mismo espera recibir. El beneficio que obtiene el individuo es entonces la diferencia que existe entre los costos y el beneficio que recibe con el proceso y será individualmente eficiente litigar siempre que dicha diferencia sea positiva. Por su parte el beneficio que recibe la sociedad en conjunto con un proceso que proteja los derechos, es la disuasión de conductas prohibidas por la ley, y esta será eficiente siempre que ese efecto disuasorio sea superior a los costos de proteger el determinado derecho, es decir lo que le costó a la administración todo el proceso judicial.

21 Ob. cit., MANKIW, G., pág. 138.

22 Ob. cit., MÁRQUEZ, C.P., págs. 130-139.

23 Ob. cit., MANKIW, G., pág. 141.

El incentivo que tienen los particulares para empezar una demanda no siempre coincide con el óptimo social de demandas, en efecto la cantidad de demandas podría estar por debajo o por encima del nivel óptimo dependiendo del caso²⁴. Shavell demuestra dicha tesis afirmando que dos pueden ser los escenarios en que se produce un resultado social que no es óptimo: la primera se presenta cuando entablar una demanda, cualquiera sea la causa, no tiene ningún efecto disuasorio significativo y sin embargo acarrea una cantidad de costos para la parte demandada y para el Estado que el individuo que ha sufrido un daño no tiene en cuenta, generando una externalidad negativa. Bajo estas situaciones el beneficio social de dicha demanda no existe y el mismo beneficio individual podría haber sido logrado por otros medios, como por ejemplo una conciliación sin causarle costos al sistema judicial.

El segundo escenario posible es aquel en el cual el individuo que ha sufrido un daño, por ser los costos muy altos, no entabla una demanda que de haber sido interpuesta y resuelta habría producido un efecto disuasorio importante y habría generado un beneficio social, caso en el cual también se produce un resultado que no es socialmente eficientemente en cuanto parecen generarse incentivos para actuar en contra de la ley.

En Colombia los costos de los litigios son muy altos. En estudio hecho por el CSJ (*Consejo superior de la judicatura, Sala Administrativa, Costos del servicio de justicia en Colombia, Estudio de caos, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, CID. 1998*) se demostró que el costo promedio para los particulares en proceso de pequeña cuantía era:

Para un proceso laboral: 940.000 pesos.

Para un proceso civil ejecutivo hipotecario 1.093.000 pesos.

Para un proceso de familia 1.856.000 pesos²⁵.

Con estas cifras alarmantes, se podría afirmar que siempre que la indemnización no superara dichos montos la persona injuriada no demandaría y por tanto generaría incentivos para que dichos actos se siguieran cometiendo. En pocas palabras las lesiones que generan una indemnización de pequeña cuantía

24 SHAVELL, S. (2003). "Economic Analysis of Litigation and Legal Process". En: *NBER Working Paper*, No. 9697 (Massachusetts, National Bureau of Economic Research).

25 Es importante resaltar que los criterios escogidos por el Consejo Superior de la Judicatura para evaluar el funcionamiento de la rama judicial, además de sus resultados estadísticos han sido altamente cuestionados por otros agentes del sistema tales como abogados litigantes e investigadores.

serían incentivadas por una imposibilidad de demanda por parte de la persona que resulta dañada como consecuencia de unos costos litigiosos demasiado altos.

Además de esa discordancia general entre cantidad social eficiente y cantidad individualmente eficiente se presentan en el sistema judicial otra gama de situaciones que generan externalidades que a continuación explicaremos:

1. Bajo el supuesto de congestión en los juzgados, lo cual genera demora en la resolución de los casos, la indemnización que recibirá la parte demandante es menor pues cada unidad monetaria pierde valor adquisitivo y obliga a este a no poder decidir durante un tiempo cuál es el mejor uso que quiere darle a dicha suma de dinero. Para el caso en que la restitución sea un derecho sobre un bien, el individuo pierde la capacidad de usar dicho bien para aquel uso que el mismo tuviera presupuestado²⁶. En Colombia según el mismo estudio realizado por el Consejo Superior de la judicatura el tiempo en que se resuelven los procesos ordinarios toma más de 4 años “*lo que representa casi cinco veces el máximo legalmente establecido.*”²⁷
2. Después de que se escoge acudir a la vía judicial en vez de llegar a un acuerdo, ambas partes invertirán la mayor cantidad de dinero posible en abogados, con el fin de ganar el pleito. Cuando una parte contrata un abogado muy experto esto obliga a la otra parte a hacer lo mismo sin que sea estrictamente necesario un servicio de tan alta calidad y obliga también indirectamente al juez a oír los argumentos de abogados expertos que demoraran el juicio más de lo que es necesario. Se gastan entonces más recursos y capital humano de lo que es socialmente eficiente²⁸.
3. Toda vez que los abogados ven en la pérdida o éxito de la demanda un indicador de rendimiento, tratarán de encontrar la mayor cantidad de pruebas posibles independientemente de la cantidad que el juez necesita. Se produce entonces un derroche de esfuerzo probatorio que a su vez obligará al juez a dedicar tiempo en la verificación de cada una de las pruebas independientemente de que bastará con menos pruebas²⁹.

26 *Ob. cit.*, MERY, R., págs. 5-6.

27 DE LA CALLE, J.M. (2010). *La justicia que necesita Colombia*. Legis, págs. 46-64.

28 *Ob. Cit.*, SHAVELL, S.

29 ARTANA, D. & Cristini M. *Un análisis económico del poder judicial en la Argentina*. Asociación Argentina de Economía Política - XXX reunión anual Sede: Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Río Cuarto.

6. ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN

Como expusimos con anterioridad, uno de los presupuestos fundamentales para que exista un mercado en competencia es la ausencia de información asimétrica entre los agentes. Siempre que la información que tenga cada uno de los agentes no sea simétrica estos tendrán que tomar decisiones sin tener la posibilidad de prever a cabalidad los efectos de sus acciones³⁰.

Son muchas las situaciones en que ocurre que los agentes no tienen igual acceso a la información necesaria para maximizar sus beneficios; sin embargo, los economistas destacan la importancia de dos fenómenos que han denominado problemas de agencia y características ocultas que generan una selección adversa. Los problemas de agencia se refieren a aquellas situaciones en las cuales una persona (agente) realiza una tarea en representación o en favor de otra (principal) sin que el primero pueda controlar que dicho representante actúe de acuerdo a sus intereses ni pueda probar si en efecto lo está haciendo (riesgo moral) los problemas de agencia surgen y parten del supuesto de que las personas se interesan por sí mismas antes que por los otros lo cual resulta en que cualquier modelo de cooperación produce choques entre esos intereses.

El resultado de dichos choques se puede representar económicamente como una pérdida de eficiencia y utilidades esperadas de las relaciones de cooperación sumada a los costos en que incurren las partes para tratar de controlar esos intereses disímiles de uno y otro.

Por su parte los problemas de selección adversa se presentan cuando una de las partes posee información relevante para la decisión de la otra sin que exista ningún incentivo en revelarla, lo cual induce a que la parte desinformada termine obteniendo bienes o servicios de una calidad distinta a la esperada.

Los problemas de asimetría de información se encuentran presentes en muchas de las relaciones que existen en un proceso judicial y que influyen directamente en las decisiones de los individuos durante el proceso. Un estudio exhaustivo de cada uno de ellos excedería el propósito de este estudio razón por la cual nos centraremos en el análisis del que resulta de mayor relevancia para el contexto colombiano cual es el de las relaciones entre abogados y clientes.

6.1 Relaciones entre abogado y cliente

Los abogados juegan un rol fundamental dentro del proceso judicial toda vez que son ellos los representantes de los individuos ante las autoridades en la gran

30 *Ob. cit.* Márquez, pág. 64.

mayoría de los casos y el valor de sus servicios representa el principal costo de litigar. La oferta de abogados en Colombia es una de las más altas del mundo pues Colombia es el segundo país con mayor cantidad de abogados según estudios publicados por la corporación excelencia a la justicia que indican que en Colombia existen 365 abogados por cada 100 mil habitantes lo cual es una cifra que dobla la media de los países que fueron estudiados en la investigación. (Anexo 1).

Esta oferta de abogados tan amplia tiene una repercusión sobre la demanda de servicios judiciales pues abarata los costos de los mismos haciendo que entrar al litigio sea menos costoso. Siempre que los intereses entre los abogados y sus clientes fueran los mismos nada de reprochable tendría que los precios de los abogados disminuyeran; sin embargo, no ocurre así. En las relaciones entre clientes y abogado se presenta tanto problemas de agencia como situación de selección adversa. Los intereses de ambas partes no están necesariamente alineados y el individuo que no conoce el funcionamiento del sistema y tiene unos costos de información muy altos, queda sujeto a las decisiones de su representante.

En primer lugar, en lo que refiere al problema de selección adversa se puede anotar que, teniendo en cuenta la gran cantidad de abogados en Colombia y las características técnicas del servicio prestado, los costos que tiene para el cliente identificar las calidades del servicio prestado por el abogado son muy altos. Si bien es cierto que existen firmas de abogados con prestigio y por medio de los títulos universitarios los abogados revelan información acerca de sus calidades, no muchas personas tienen la capacidad económica para contratar un abogado de estas firmas ni mucho menos conocen las diferencias de calidades de las distintas universidades que ofrecen títulos universitarios para abogados. (Anexo 2).

Dicha situación hará que el cliente termine seleccionando un abogado de baja calidad que no cumpla con las características requeridas o hará que se le pague más a un abogado de altas calidades.

Toda esta situación de información asimétrica genera un círculo vicioso que termina afectando el funcionamiento de todo el mercado, como lo pone de presente Pablo Iglesias.

“La falta de profesionalidad de los algunos abogados derivada del exceso de oferta, además de contribuir al colapso del sistema, puede dar lugar a una problemática de selección adversa. En efecto, cuando un cliente recibe un mal servicio por parte de

su abogado, que le ha hecho perder tiempo y dinero de manera innecesaria, la próxima vez que precise de asistencia letrada estará dispuesto a pagar un precio más reducido por sus servicios, puesto que percibe que las probabilidades de ganar el pleito son inferiores. Ello hace que sólo estén dispuestos a aceptar dichos casos profesionales de menor experiencia o formación, que una vez iniciado el proceso tendrán menores probabilidades de éxito. De este modo la confianza de los ciudadanos en los profesionales de la abogacía será cada vez menor; el precio a pagar más bajo, y en consecuencia, la defensa en juicio se llevará a cabo por abogados con menores posibilidades de éxito. Esta espiral termina por afectar también a los letrados de mayor valía, que deberán reducir sus honorarios si quieren competir en el nuevo escenario."³¹

En Colombia no abundan los estudios sobre la profesión jurídica; sin embargo, Mauricio García Villegas ha publicado recientemente un estudio³² que muestra cifras que vale la pena resaltar y que guardan relación directa con el tema que ahora se trata. Dicho autor muestra cómo en Colombia ha habido un crecimiento gigante en los últimos 20 años del número de facultades y números de estudiantes que estudian Derecho. Entre 1993 y 2008 el país pasó de tener 32 a cerca de 80 facultades. Además se incrementó ostensiblemente el número de estudiantes y su participación porcentual en el total de estudiantes en las universidades públicas: se pasó de tener 36 mil a 70 mil estudiantes y hoy cerca de un 60% de los estudiantes de las universidades públicas son estudiantes de Derecho.

Según el mismo autor en Colombia no existe una regulación adecuada de la profesión jurídica; por ejemplo no existe, como en la gran mayoría de países un filtro para entrar al mundo laboral, basta con una tarjeta profesional, lo cual evidentemente tiene consecuencias negativas en la percepción de los ciudadanos sobre la profesión y en la calidad del servicio. Si relacionamos dichas estadísticas con el análisis que hacíamos de los problemas de asimetría de información salta a la vista que una situación como la que se vive en Colombia es bastante adecuada para acentuar los efectos nocivos de la información asimétrica en términos económicos.

31 IGLESIAS, P. *Problemas de ineficiencia en el sistema judicial español. Una visión transaccional.* (European University Institute, San Domenico di Fiesole), págs. 8-12.

32 El Estudio de GARCÍA VILLEGAS se titula. Los abogados en Colombia. Editorial Universidad Nacional de Colombia 2010. También ver, Colombia, tierradeabogados. http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=cultura_juridica_y_educacion&publicacion=783).

En lo que se refiere al problema de agencia encontramos que la divergencia de intereses entre abogados y clientes tiene su fuente en la forma de pago que se escoja para retribuir el trabajo de estos. El precio que se le paga a los abogados por sus servicios son los honorarios y la forma en que estos se pacten tiene unas repercusiones directas sobre los incentivos que tendrán los abogados para defender correctamente los intereses de sus clientes.

En Colombia, como ocurre en gran parte del mundo, las partes deciden de qué forma se le pagará al abogado. Para esto pueden escoger un sistema de cuota litis en el que se le pagará al abogado un porcentaje de lo que haya ganado o un sistema de pago por hora del servicio. Shavell argumenta que ninguno de los sistemas erradica los problemas de agencia: el sistema de pago por hora genera incentivos para entrar al litigio e incluso para demorar el proceso en detrimento de los intereses del representado, toda vez que el abogado ve incrementados sus ingresos por estas circunstancias.

Además incentiva al abogado a invertir una menor cantidad de trabajo pues este recibe su pago independientemente del resultado del litigio. Por su parte, el sistema de cuota litis, si bien incentivaría al abogado a trabajar más diligentemente y a tratar de evitar la demora de los procesos tendería a subir los precios del servicio pues sería el abogado el que correría con la contingencia de la decisión judicial y por tanto este trataría de asegurar esa contingencia por medio de una cuota más alta.

En Colombia es posible pensar que un sistema de cuota litis resultaría ser más adecuado pues el precio de los abogados, que estaría representado por el porcentaje de lo ganado en el litigio, no podría incrementarse demasiado pues la oferta de servicios judiciales es muy alta. Este sistema contribuiría, como se explicó anteriormente, a incrementar los esfuerzos en acelerar el proceso, a no iniciar el proceso siempre que no fuere necesario y a incrementar la calidad de la defensa.

7. COSTAS EN LOS PROCESOS JUDICIALES, INCENTIVOS O DESINCENTIVOS

Es común encontrarse en gran parte de los procesos judiciales, sobre todo en los civiles, con las denominadas costas judiciales, las cuales por lo general están a cargo de la parte vencida en el proceso, decimos por lo general ya que existen legislaciones (Chile en particular) donde encontramos como excepción al pago de estas costas por parte del vencido, la existencia de un hecho plausible para litigar³³.

33 *Ob. cit.* MERY, R., pág. 25.

Analizar las costas judiciales se convierte de esta manera en un punto cardinal para entrar a determinar si estas incentivan o desincentivan a un individuo al momento de tomar la decisión de recurrir o no, al sistema judicial. Son muchas las personas que en ocasiones se encuentran en la ambivalencia de inclinarse o no por someter su caso a consideración de un juez. Las razones de esta incertidumbre han sido analizadas desde una perspectiva tanto social como económica y han determinado que muchas veces las personas prefieren abstenerse de iniciar un proceso judicial, por los altos costos no solo económicos que este proceso representa sino también por el costo de oportunidad que ocasiona la tardanza del mismo.

Dentro de los costos que debería analizar una persona antes de iniciar un pleito, debe indudablemente estar el de las costas judiciales, que se causarán una vez sea proferida la sentencia en contra de la parte que resulte vencida. Frente al tema de la imputación de pago de estas, vale la pena resaltar los sistemas que frente a la asignación de costas existen: Uno de ellos es el denominado sistema de costas inglés, en el cual son asumidas por la parte derrotada en el proceso, y el otro es el sistema americano en el cual las costas son asumidas por la parte vencida y por la parte vencedora del litigio, es decir, ambas partes asumen sus costas respectivamente.

Las preguntas que frente a lo anterior entonces deberían formularse, están relacionadas con la probabilidad de poder conocer o tener certidumbre de manera previa al proceso si se puede ganar o se puede perder. Ante lo cual la respuesta es difícil de dar, por las múltiples variables que la asisten, ya que entre otros factores, la escogencia y la persuasión que sobre el cliente ejerza el abogado es determinante. Lo anterior fruto del problema de agencia que acá se presenta, ya que por lo general los temas jurídicos los entienden mejor los abogados que las personas del común que a ellos acuden. Y la segunda pregunta que vale la pena acotar está relacionada con la cuestión determinante de identificar de que manera las costas persuaden o disuaden en lo que respecta a las probabilidades de tener éxito en un litigio, en otras palabras esto significa lo siguiente, ¿Que repercusión tiene el sistema de costas americano o inglés, cuando de probabilidades altas o bajas de ganar un caso se trata? La respuesta a este interrogante que ya ha sido tratado por Rafael Mery, está encaminado a demostrar que la relación es medular desde la perspectiva de la eficiencia por cuanto quien cree que tiene altas probabilidades, podrá entonces invertir en un mejor abogado ya que sabe que si gana, las costas subsidiarán en parte esos gastos en los que incurrió (esto en el sistema inglés donde quien paga es el vencido), además que de ganar el proceso sus ingresos se incrementarán en razón de resultar victorioso. De otra parte, quien desde un comienzo sabe que la posibilidad de salir avante no es

tan alta, buscará bajo otros medios (mecanismos extrajudiciales) resolver su conflicto, ya que además de perder el caso corre el riesgo de tener que pagar las costas si se falla en su contra.

Por el contrario, si se está en frente del sistema americano lo que se ha afirmado del tema es que la parte que considere que tiene mayores probabilidades de ganar, va a desincentivarse de acudir al litigio y buscará otros mecanismos extrajudiciales, fruto de saber que los costos de acudir al pleito le van a resultar más onerosos porque igual va tener que pagar las costas. Por el contrario quien sabe que tiene menos probabilidad de ganar, va igual a litigar ya que las costas van a ser sufragadas por partes iguales en caso de resultar vencido.

Por vía de una breve explicación de este tema queríamos poner de presente, lo que en términos de incentivos causan los distintos esquema de causación de costas, ya que en la medida en que estas tengan que ser sufragadas por unos o por otros, van a influir sobre la decisión de acudir o no a un pleito, y aun más cuando la probabilidad de triunfar o perder también se encuentran presentes, ya que como se explicó anteriormente, estos dos temas van de la mano a la hora de tomar la decisión de judicializar o no un conflicto civil.

CONCLUSIONES

1. Las relaciones comprendidas en el sistema judicial pueden ser vistas como: *“las relaciones de intercambio entre oferentes y demandantes de servicios judiciales de protección de derechos”*³⁴ La demanda estaría representada por la cantidad de demandas o acciones judiciales que entran a las jurisdicciones mientras que la oferta estaría representada por la cantidad de sentencias o de procesos concluidos que son capaces de resolver los funcionarios judiciales.
2. El incentivo que tienen los particulares para empezar una demanda no siempre coincide con el óptimo social de demandas, en efecto la cantidad de demandas podría estar por debajo o por encima del nivel óptimo dependiendo del caso. Dos pueden ser los escenarios: a) entablar una demanda, cualquiera sea la causa, no tiene ningún efecto disuasorio significativo y sin embargo acarrea una cantidad de costos para la parte demandada y para el Estado que el individuo que ha sufrido un daño no tiene en cuenta. b) el individuo que ha sufrido un daño, por ser los costos muy altos, no entabla una demanda que de haber sido interpuesta y resuelta

34 *Ibid.* MERY NIETO, R., pág. 3.

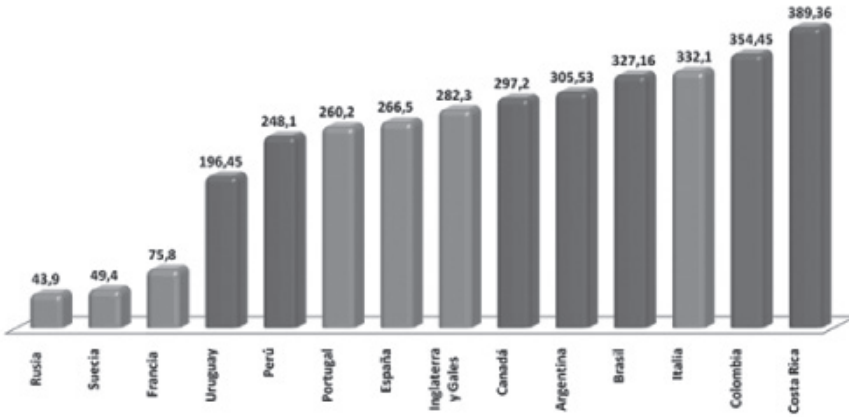
habría producido un efecto disuasorio importante y habría generado un beneficio social.

3. La provisión de justicia no puede ser encuadrada totalmente dentro de las definiciones de bien público y bien privado que ofrece la teoría económica. Es necesario para cada caso hacer una comprobación de las condiciones de uso y efectos para entender la naturaleza del servicio.
4. Siempre que la información que tengan cada uno de los agentes no sea simétrica estos tendrán que tomar decisiones sin tener la posibilidad de prever a cabalidad los efectos de sus acciones. Los problemas de asimetría de información se encuentran presentes en muchas de las relaciones que existen en un proceso judicial y que influyen directamente en las decisiones de los individuos durante el proceso.
5. Las costas en los procesos judiciales juegan un rol determinante, ya que en la medida en que las partes saben si tienen o no probabilidad de ganar el pleito, pueden animarse o desistir de judicializar un conflicto, fruto de la consecuencia que tiene perder el caso, ya que en esa situación además de salir vencido, se va a tener que incurrir en la sufragación de las costas judiciales.

El modelo explicativo de fallas del mercado aplicado al sistema judicial desde una perspectiva del análisis económico del derecho, pone en evidencia que la crisis del sistema judicial colombiano no se explica únicamente en función de deficiencias administrativas sino que guarda una directa relación con la forma en cómo los particulares se relacionan con el mismo. Toda esta red de relaciones genera un sistema de incentivos que explican el porqué del funcionamiento y los resultados del sistema.

ANEXO 1

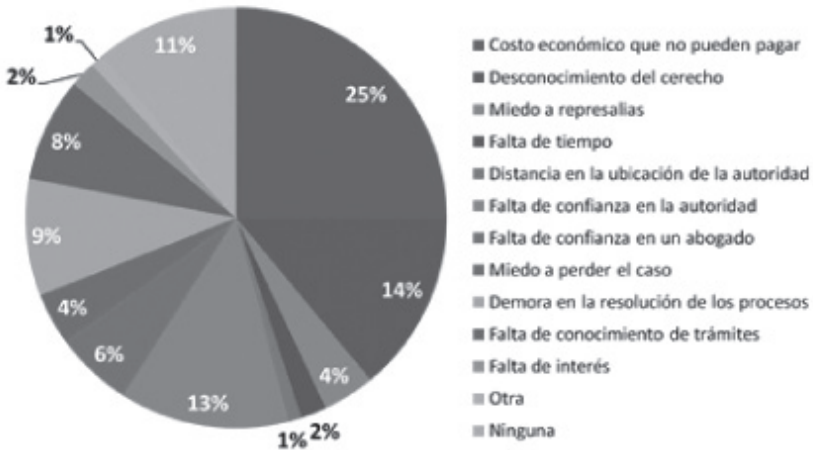
Número de Abogados por cada 100.000 Habitantes



Fuente: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Reporte sobre la Justicia en las Américas 2008-2009.
 Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia, Sistemas Judiciales Europeos: Eficiencia y calidad de la justicia -Edición 2010.
 Nota: Las cifras presentadas corresponden al último año reportado por las autoridades de cada país y hacen referencia exclusivamente al número de profesionales en derecho, no incluye asesores legales ("legal advisors").

ANEXO 2

OBSTÁCULOS PARA ACCEDER A LA JUSTICIA



Fuente: Encuesta de Necesidades Jurídicas. Corporación Excelencia en la Justicia. Deproyectos Ltda 2007

BIBLIOGRAFÍA

- ARTANA, D. & CRISTINI, M. *Un análisis económico del poder judicial en la Argentina. Asociación Argentina de Economía Política - XXX reunión anual*. Sede: Facultad de Ciencias Económicas. Universidad Nacional de Río Cuarto.
- COASE, R. (1960). The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 3. October.
- DE LA CALLE, J.M. (2010). *La justicia que necesita Colombia*. Legis.
- FIERRO, H. (2006). *Tribunales, justicia y eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- IGLESIAS, P. *Problemas de ineficiencia en el sistema judicial español. Una visión transaccional*. (European University Institute, San Domenico di Fiesole).
- MANKIW, G. (2007). *Principios de economía*. Cuarta edición.
- MÁRQUEZ, C.P. (2005). *Anotaciones sobre análisis económico del derecho: Escuelas (1a. ed.)*. Bogotá: JAVEGRAF.
- MERY NIETO, R. "Una aproximación teórica y empírica a la litigación civil en Chile". Documento de trabajo No. 7, Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- NORTH D.C. (1995). *Instituciones, cambio institucional y comportamiento económico*. México. Fondo de Cultura Económica.
- POSNER R.A.; LANDES, W.; KELMAN, M. (2011). Estudio preliminar: Morales de Setién Ravina C. *Análisis económico del derecho*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá.
- RUBIO M. (1996). "Reglas del juego y costos de transacción en Colombia". Documento CEDE 96-08, Bogotá: Universidad de los Andes.
- SHAVELL, STEVEN (2003). "Economic Analysis of Litigation and Legal Process". En: *NBER Working Paper* No. 9697 (Massachusetts, National Bureau of Economic Research).
- UPRIMNY YÉPES, R.; RODRÍGUEZ GARAVITO, C.A. & GARCÍA VILLEGAS, M. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- VARGAS VIANCOS, J.E. (2003). Eficiencia en el Sistema Judicial. *Revista Sistemas Judiciales*. Buenos Aires. Centro de Estudio de Justicia de las Américas.

