

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PROCESO JUDICIAL CAUTELAR

Análisis económico de la ineficiencia


Por el Dr. Nicolás Bonina¹

El siguiente artículo fue publicado en Revista La Ley, 2012-E, 6 y se reproduce con autorización expresa de su autor.

Fallos Comentados:

Corte Suprema de Justicia de la Nación - Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c. Estado nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad (2012-07-03)

Corte Suprema de Justicia de la Nación - Grupo Clarín S.A. y otros s/medidas cautelares (2012-05-22)

SUMARIO

I. Introducción	01
II. El análisis económico del proceso y de las medidas cautelares	02
II.1. Introducción: qué es la economía	02
II.2. El proceso como instrumento alienante	03
II.3. La ineficiencia económica del proceso y de las medidas cautelares	04
III. Corolario: disyuntivas, incentivos y el Óptimo de Pareto	10

I. INTRODUCCIÓN

Hemos definido al derecho como una técnica de gestión social.²Y, particularmente, al derecho administrativo, como *una técnica, una herramienta, un producto del hombre que se utiliza para gestionar la desigualdad y el conflicto entre quienes*

1. Abogado, docente y emprendedor. Experto en asuntos regulatorios, infraestructura, Derecho 4.0 y nuevas tecnologías. Fundador y Director de LexRock, fundador de Bonina Legal y Co-fundador de la Alianza Latinoamericana de Innovación Legal. Docente universitario (Universidad Austral y UCEMA), miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, del Consejo de Redacción del Suplemento de Derecho Administrativo de La Ley, del capítulo argentino de Legal Hackers y de la Mesa de Innovación Financiera Fintech Lab del Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS) de UDESA. Autor de diversos artículos, columnas de opinión y libros de su especialidad.

2. BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, *La deconstrucción del derecho administrativo*, México D.F., Novum, °2012.

ejercen la función administrativa y quienes interactúan con aquellos y, cuya gestión incluye a todas las materializaciones y formas que adoptan tales interacciones.³

Desde esta perspectiva conceptual y metodológica, nos proponemos efectuar algunas consideraciones a partir de los fallos de la CSJN, in re: “Grupo Clarín S.A. y otros s/ Medidas Cautelares” y “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c. Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad” introduciendo elementos del denominado análisis económico del derecho.⁴

Vale aclarar, sin embargo, que partimos de la base epistemológica de la imposibilidad de obtener una imagen geométrica o matemática del mundo, mediante la cual podamos obtener *certeza-seguridad*.⁵ De allí que apliquemos la teoría del análisis económico del derecho como modo de reflexión, como otro mecanismo, *entre muchos*, para evaluar la eficiencia de ciertas conductas, institutos, gastos, etc., pero nada más. No utilizamos el *Economic Analysis of Law* como herramienta para obtener seguridad-certeza, sino sólo como una herramienta más para abrir el debate y la reflexión.

II. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PROCESO Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

II.1. Introducción: qué es la economía

La “*economía* estudia el modo en que *eligen* los individuos, las empresas, el Estado y otras entidades de nuestra sociedad, y el modo en que esas elecciones determinan la manera en que ésta utiliza sus recursos.”⁶

Es decir, mediante el análisis económico del derecho podemos advertir la “*racionalidad*” de las elecciones sociales y la “*eficiencia*”⁷ de las mismas.

3. BONINA, NICOLÁS, “El derecho alienante. Conjeturas para un nuevo concepto de derecho administrativo”, *LL, Sup. Adm.* 2012 (junio), p. 1.

4. Ver, por todos y a modo de introducción a esta teoría, POSNER, RICHARD A., *El análisis económico del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998.

5. BONINA / DIANA, *La deconstrucción del derecho administrativo*, op. cit., Cap. III.

6. STIGLITZ, JOSEPH E. / WALSH, CARL E., *Microeconomía*, 4° ed., Madrid, Ariel, 2009, p.26.

7. Nos referimos a la eficiencia no sólo en términos laicos, sino también económicos, tal como explican STIGLITZ y WALSH, al señalar que “[e]n lenguaje cotidiano decimos que algo es eficiente cuando implica un despilfarro reducido. Para los economistas, el concepto de eficiencia está relacionado con la preocupación por el bienestar

Tal como se ha señalado, “la elección de distintas opciones implica **disyuntivas**”, con lo cual “[a]l optar por las diversas opciones, los individuos responden a **incentivos**”.⁸ Mantengamos en mente estos conceptos pues serán fundamentales en el desarrollo del presente trabajo.

II.2. El proceso como instrumento alienante

La primera conclusión a la que arribamos basada en la perspectiva metodológica y conceptual referida al inicio del presente trabajo⁹ es que *el proceso judicial es un instituto jurídico que materializa y hace efectiva la alienación del ser humano moderno, pues se basa en la obligación y necesidad del hombre de ceder la defensa de su conflicto a determinados auxiliares (abogados, peritos, etc.) y la resolución misma del conflicto a una entidad supuestamente “independiente” que le va a decir si tiene o no razón. O sea, enajena a tal punto el dominio de sus propias condiciones materiales de existencia, que debe depositar en otros la defensa y resolución de sus conflictos.*

En esta dinámica, este conflicto deja de pertenecerle, se vuelve algo distinto a él. Se cosifica. Y el ser humano pierde poco a poco el dominio sobre sí mismo, sobre sus propias circunstancias y, lo que es lo peor, *pierde su capacidad para alcanzar el orden, la paz y la convivencia por sí mismo y desde su propia libertad.*¹⁰

de quienes integran la economía. Cuando no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin que empeore el de alguna otra, se dice que la distribución de los recursos es **eficiente en el sentido de Pareto**.” (STIGLITZ / WALSH, *Microeconomía*, op. cit., pp. 247-248).

8. STIGLITZ / WALSH, *Microeconomía*, op. cit., p. 27.

9. Ampliar, fundamentalmente, en BONINA / DIANA, *La deconstrucción del derecho administrativo*, op. cit. y; BONINA, “El derecho alienante...”, op. cit.

10. Esto no siempre fue así. En la Prehistoria, los individuos solucionaban sus problemas entre sí, sin necesidad de instituir a un ente externo, independiente, artificial y abstracto como el Estado o el Poder Judicial para resolver los conflictos. De hecho “en la época de las sociedades de cazadores-recolectores de la Prehistoria no existía una organización ni un ejercicio del poder y de la autoridad semejante a la que luego se dio en las tribus sedentarias y civilizaciones posteriores. Al respecto, señala SERVICE que “[l]as sociedades cazadoras-recolectoras carecen de las estructuras formales, legales y gubernamentales a las que estamos acostumbrados en la sociedad moderna [...]. Podríamos imaginar que en ausencia de un gobierno formal y de instituciones legales sería necesario un «hombre fuerte» para castigar personalmente a los desviacionistas, dirigir a los grupos y juzgar en términos de su propia autoridad personal. Pero, sorprendentemente, las sociedades de bandas se caracterizan por su falta de jefes autoritarios. De hecho esta clase de sociedad es tan igualitaria, y los poderes de las personas particulares se hallan tan restringidos, que sería mejor hablar de personas de *influencia* más que de personas de autoridad. [...]. La influencia se ejerce de modo tan informal que es difícil saber siempre cómo caracterizar su acción y su origen.” Ver, SERVICE, ELMAN R., *Los cazadores*, 3° ed., Barcelona, Editorial Labor, 1984, pp. 97-98. Sobre un análisis de las sociedades de cazadores-recolectores prehistóricos aplicado al derecho, ver BONINA, “El derecho alienante...”, op. cit.

II.3. La ineficiencia económica del proceso y de las medidas cautelares¹¹

La segunda conclusión de este trabajo es que, desde una perspectiva del análisis económico del derecho, *el proceso judicial argentino y las medidas cautelares son económicamente ineficientes.*

Retomemos los conceptos económicos referenciados al inicio de este análisis para “[a]prender a «pensar como un economista»” que, en definitiva, “significa aprender a descubrir las disyuntivas y los incentivos que uno afronta, las implicaciones del intercambio, el papel de la información y las consecuencias de la distribución.”¹²

Veamos. El proceso es una herramienta para solucionar conflictos con legitimidad jurídico-institucional.¹³ Por su parte, el proceso cautelar tiene como fin asegurar la eficacia de la sentencia final que se dicte en dicho proceso.¹⁴

El fundamento de la existencia de un proceso judicial es monopolizar la resolución de conflictos con legitimidad jurídico-institucional a fin de evitar que los individuos sean jueces de sí mismos en sus propios casos.

Hoy en día, el proceso judicial en Argentina es:

11. Recomendamos la lectura de POSNER, *op. cit.*, Cap. XXI, p. 516 y ss. en donde plantea distintas opciones ilustrativas.

12. STIGLITZ / WALSH, *Microeconomía*, *op. cit.*, p. 27.

13. PALACIO ha definido al proceso “como el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí de acuerdo con reglas preestablecidas, que conducen a la creación de una norma individual destinada a regir un determinado aspecto de la conducta del sujeto o sujetos, ajenos al órgano, que han requerido la intervención de éste en un caso concreto, así como la conducta del sujeto o sujetos, también extraños al órgano, frente a quienes se ha requerido esa intervención.” (PALACIO, LINO ENRIQUE, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17° ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p 52). En este sentido, este autor señala “como finalidad del proceso, a la creación de una norma individual destinada a regir un aspecto específico de la conducta de determinados sujetos, poniendo de resalto, asimismo, la *extraneidad* de aquéllos en relación con el órgano.” (PALACIO, *Manual...*, *op. cit.*, p 53).

14. PALACIO afirma que “[e]l proceso cautelar tiende a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener a través de un proceso (de conocimiento o de ejecución), pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de la sentencia que le pone fin”. (PALACIO, *Manual...*, *op. cit.*, p 77). En similar sentido, la Sala IV de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal ha expresado que “las medidas cautelares tienden a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación de un proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva” (conf. esta sala “Canop Nazar”, 13/12/90, entre otras)” (C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, *Centro de Agrimensores de la Provincia de Entre Ríos y otros c. Estado nacional (Ministerio de Educación y Justicia)*, LL, 1996-A, 644, 16/02/1995).

- Lento (como mínimo y exceptuando los procesos ejecutivos que requieren de algún título ejecutivo para su procedencia, un proceso judicial promedio puede durar aproximadamente cinco años entre que se inicia la mediación hasta que se hace efectiva la sentencia).
- Burocrático (el justiciable debe recurrir primero a un abogado, luego a una mediación, luego iniciar un juicio escrito interminable, lleno de ritos, rituales y mitos, lleno de actos procesales también interminables, recursos, contestaciones, traslados, notificaciones, etc.).
- Caro (honorarios letrados, gastos de la mediación, gastos de inicio del proceso, costas judiciales, tasa de justicia, más el costo financiero que implica en juicios patrimoniales, una duración aproximada de cinco años, ya que a tales procesos hay que sumarle la devaluación de un 20 a 30% de inflación en los casos de reclamos en pesos moneda nacional, etc., todo eso sin tener en cuenta, obviamente, en los casos de procesos contra el Estado, la mayor duración, el posterior procedimiento de ejecución de sentencias más la eventual consolidación de deudas, etc.).

Desde esta realidad, partimos entonces con el primer concepto económico: *la escasez*. Tal como sostienen STIGLITZ y WALSH, “[e]l concepto de escasez ocupa un lugar destacado en economía: las elecciones son importantes porque los recursos son escasos [...] *Nadie da nada a cambio de nada. Tener más de una cosa requiere renunciar a alguna otra. La escasez significa que las disyuntivas constituyen un hecho básico en la vida.*”¹⁵

Dada la lentitud, el elevado costo y la burocratización del proceso como instrumento de resolución de conflictos con legitimidad jurídico-institucional, los justiciables se enfrentan con distintas disyuntivas.

Siendo ello así, averigüemos qué incentivos pueden tener las partes en casos como los que comentamos en este trabajo para decidirse por un proceso extenso, escrito, largo, caro y burocrático. Ello es así pues, *[q]uienes toman decisiones*

15. STIGLITZ / WALSH, *Microeconomía*, op. cit., p. 27-28.

responden a incentivos; para comprender las elecciones, pues, importa conocer los incentivos."¹⁶

Tenemos entonces los casos de *Grupo Clarín S.A.* y *Barrick Exploraciones Argentinas S.A.* Ambas empresas se encontraron ante la sanción de leyes formales que, según su entender, perjudicaban sus intereses. ¿Por qué embarcarse en un proceso judicial en vez de utilizar alguna otra herramienta de resolución de conflictos?

Se podría señalar que los canales de diálogo con el gobierno no eran los óptimos. Con lo cual no tenían ningún incentivo de intentar una solución no conflictiva.

Pero, además, el incentivo más fuerte, a nuestro parecer, era la consecución de una medida cautelar en forma rápida, que suspendiera los efectos de las leyes en cuestión. Claro que era un incentivo temporal que no solucionaba el fondo del asunto. Pero ayudaba. Partimos de la base que para ambas empresas los costos del proceso no constituían un desincentivo. En estos casos, la burocratización y lentitud los favorecían. Con una cautelar no innovativa a su favor podían esperar todo el tiempo que fuera necesario. De hecho, esto les generaba una posición de dominancia estratégica, pues ponían el apuro del lado del gobierno. En este esquema, podrían haber especulado con que el gobierno se sentaría a negociar y ello también era otro incentivo. A la vez, el tiempo también jugaba a su favor, puesto que había elecciones presidenciales de por medio, modificación de la integración del Poder Legislativo, etc.

He aquí los incentivos estimados que impulsaron a *Grupo Clarín S.A.* y *Barrick Exploraciones Argentinas S.A.* a judicializar el conflicto en busca de una medida cautelar.

Sin embargo, finalmente, la CSJN revocó ambas medidas cautelares.

Ahora, con estos fallos, el tiempo juega en contra de los actores. Con la revocación de las medidas cautelares, el incentivo del Estado nacional está puesto en esperar.

16. STIGLITZ / WALSH, *Microeconomía*, op. cit., p. 29.

En dejar transcurrir el tiempo. Las leyes son operativas, están vigentes y la lentitud misma del proceso judicial generará que las actoras no obtengan sentencia de fondo antes que el gobierno haga efectivas las normas. La balanza de la dominancia estratégica ahora cambió de bando. Con lo cual, el mayor incentivo del Estado nacional ahora está puesto en esperar y dejar que la lentitud del proceso¹⁷ siga inercialmente. Esto lo favorece, pues para cuando los actores alcancen una sentencia definitiva, los efectos de la aplicación de las leyes serán irreversibles, dando lugar, en todo caso, a una indemnización posterior. Y, más complejo aún, en muchas ocasiones, esta eventual indemnización pecuniaria posterior puede constituir un incentivo para los grandes grupos económicos, pues se considera algo así como una inversión a largo plazo. Un crédito de tamaño envergadura siempre constituye un excelente motivo para imponer en algún momento la propia voluntad contra otro posible gobierno en futuras negociaciones. O sea que muchas veces un panorama procesal contrario también constituye un incentivo para el actor.

El tiempo se convierte así, en el recurso fundamental.¹⁸

La configuración actual de los métodos de resolución de conflictos genera en casos como los que comentamos, los siguientes incentivos: la negociación informal en lo posible pero, cuando ésta es imposible de llevar a cabo, las partes intentan aprovecharse de la lentitud del proceso, sea por la consecución de una cautelar o por la suspensión de la misma.¹⁹

Este es el incentivo de los justiciables, por el cual, se inclinan ciertas veces a un proceso lento y extenso con la posibilidad de medidas cautelares. Justamente, estas últimas son las claves que incrementan el incentivo en términos económicos para la elección del proceso extenso.

17. Lentitud del proceso judicial que muchas veces no puede ser superada por el actor. Porque, seamos claros, en muchas oportunidades no importa cuánta diligencia y energía invierta la parte actora, el proceso es lento porque está lleno de obstáculos burocráticos y formales para que sea lento.

18. Así lo expresan STIGLITZ y WALSH: "Imaginemos el caso de una persona inmensamente rica que puede tener todo lo que quiere. Cabe pensar que la escasez no es algo que le preocupe; hasta que consideramos que *el tiempo es también un recurso*, y que incluso la persona más rica debe decidir con qué caro juguete va a jugar cada día. Teniendo en cuenta el tiempo, pues, la escasez es un hecho en la vida de todo el mundo." (STIGLITZ / WALSH, *Microeconomía*, op. cit., p. 28, el énfasis nos pertenece).

19. POSNER señala que "[a]sí como los intereses anteriores al juicio aumentan la probabilidad de litigio al aumentar los intereses en juego, la demora parecería reducir la probabilidad de litigio al reducir los intereses en juego, suponiendo que las partes tienen tasas de descuentos positivas" (POSNER, op. cit., p. 525).

Veamos ahora cómo esta preferencia por la lentitud del proceso repercute en la manera en que nosotros –la sociedad– asignamos los recursos colectivos y si esta asignación es eficiente y racional:

- Los procesos judiciales extensos, escritos y lentos incrementan los costos sociales. Es decir, incrementan la cantidad y calidad de recursos que se le asigna a la estructura judicial y administrativa para poder gestionarlos.
- Por ejemplo, los procesos escritos y lentos incrementan en forma general y exponencial, el gasto energético estatal, el gasto de recursos materiales, el costo de los recursos humanos, los costos ambientales, basados en la polución urbana y medio ambiental que el soporte papel y la infraestructura judicial y administrativa necesaria generan.
- Paralelamente, este régimen de procesos escritos extensos obliga a tener una gran dotación de personal bajo relación de dependencia permanente. La falta de objetivos basados en el mérito de los empleados genera una *burocratización* del Poder Judicial, ya que los empleados no tienen otro incentivo más que *permanecer* para ascender. No deben ser ni eficaces, ni eficientes. Esta *burocratización* hace que los procesos duren más. Pues no existe ningún incentivo en los empleados para lo contrario. Y la mayor duración de los procesos genera mayor *burocratización*. Esto confluye en un círculo vicioso. Más *burocratización* y procesos más largos generan un mayor gasto que además es ineficiente. Y además, este círculo vicioso desincentiva al empleado a capacitarse, con lo cual, tenemos mayores empleados menos capacitados que tendrán menos herramientas para satisfacer en tiempo oportuno las necesidades del proceso, lo que hace que sean más extensos. Este gasto es mayor para el Estado como empleador, puesto que se requieren más empleados ineficientes para hacer la labor que menos empleados más eficientes y capacitados podrían hacer, pero también es mayor para los ciudadanos en sí, porque tenemos procesos que por su duración cuestan más caros y se solventan con los tributos. Estos recursos que podrían utilizarse para cubrir otras necesidades, se utilizan para solventar una maquinaria que se presenta como ineficiente. Y, obviamente, también encarece los costos de los justiciables. Sin

mencionar que además se generan castas de personas insatisfechas: los empleados judiciales por una parte, los justiciables por otra.

- En particular, los procesos tan extensos contra el Estado terminan siempre teniendo un costo financiero mucho más alto que si se arreglase en el momento en que el conflicto estalla, aunque fueran convenios de pago a cuotas. Ciertamente, como sostuvimos alguna vez,²⁰ las consolidaciones de deudas, los juicios a 20 años, etc., favorecen relativamente a los gobiernos de turno, pero no al Estado. Y no a los ciudadanos.

Adviértase que si se trata de juicios patrimoniales contra el Estado y finalmente este último pierde, el mayor costo financiero se puede apreciar en los intereses y en el régimen de consolidación de deudas que se aplique, sin computar todos los costos asociados que el proceso extenso contra el Estado acarrea.

En los supuestos de juicios contra el Estado en los cuales éste arrastró obligatoriamente a los administrados y gana, sea porque el importe del juicio aún con sentencia en contra, se devaluó o licuó lo suficiente; sea porque gana con sentencia a favor o sea porque consolida la deuda; en todos los casos el costo para la sociedad es que tendrá cada vez contratos administrativos más caros, inversiones más especulativas en el país, o con peores condiciones para el pueblo, mayor corrupción, etc.

Alguien podrá señalar que el planteo del Estado municipal en *Ingeniería Omega*²¹ fue brillante. Pero no. Es la lamentable estrategia de funcionarios públicos que no logran sopesar el interés de la sociedad y no logran ver más allá de sus propios egos. Este tipo de estrategias la pagamos todos. Porque ahora contratar con el Estado cuesta más caro. Porque ningún administrado puede *obligar* al Estado a que respete las formas de los contratos, pero entonces, por si las dudas, en cada contratación, el margen de rentabilidad será más alto. Y estas contrataciones más caras son más caras para el pueblo, obviamente.²²

20. BONINA, NICOLÁS, "El caso de los dogmas sobre la inejecutabilidad del Estado", en *Res Publica Argentina*, 2006-1.

21. CSJN, Fallos, 323:3924, "*Ingeniería Omega Sociedad Anónima v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*", 5-12-00; ver nuestro comentario BONINA, NICOLÁS / DIANA, NICOLÁS, "Contrapunto. Sobre las formas en los contratos administrativos", LL, 2007-A, 780.

22. Esto ya lo ha afirmado y explicado detallada y lúcida Mairal mucho antes de ahora. Ver, MAIRAL, HÉCTOR

III. COROLARIO: DISYUNTIVAS, INCENTIVOS Y EL ÓPTIMO DE PARETO

Tal como señalamos a lo largo de este trabajo, un análisis económico debe empezar por comprender la dinámica de las disyuntivas y de los incentivos.

El proceso escrito y extenso y el régimen de medidas cautelares actuales incentivan estrategias de negociación informal o estrategias cuyo objeto es posponer *sine die* el conflicto en sede judicial.

Agrava esta situación, por lo menos desde la perspectiva estatal, la prohibición de los funcionarios públicos de reconocer la responsabilidad del Estado, la inaplicabilidad del régimen de mediación previa obligatoria para el Estado nacional, lo que redundaría en la falta de incentivos reales y efectivos para que los funcionarios públicos arreglen los conflictos en forma previa, barata y rápida – lo que podría traducirse en acuerdos en cuotas, sin interés y con importantes quitas y con muchísimo menos gasto estructural general–, en vez de posponerlos indeterminadamente, que al fin de cuentas, es pan para el gobierno de hoy pero hambre para el pueblo de mañana. De hecho, se podría pensar en un régimen en el cual se premiara al funcionario que consiguiera reducir la litigiosidad y la cantidad de reclamos y recursos de su área, mediante acuerdos en mediación.²³ Ello constituiría una acción pública para crear incentivos económicamente eficientes ya que redundaría en beneficios para los funcionarios, en acuerdos que podrían llegar a ser mucho más beneficiosos para el Estado, con un programa de pagos a largo plazo, quitas, períodos de gracia, etc., todo eso sumado a una reducción de costos estructurales generales del proceso. Piénsese lo siguiente:

Un litigio promedio contra el Estado, hasta el cobro de la sentencia, dura un promedio determinado de años. Cuando cobre la sentencia, ésta se verá afectada

A., *De la peligrosidad e inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, ED, 179–655; MAIRAL, HÉCTOR A., “La teoría del contrato administrativo”, en *Contratos administrativos. Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho, mayo 1999*, Buenos Aires, 2000, Ciencias de la Administración; MAIRAL, HÉCTOR, “Los Contratos Administrativos en el marco de la Emergencia Pública Argentina”, en AA VV, *El Derecho administrativo de la emergencia*, III (SEBASTIÁN ALANIS - coordinador), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003; MAIRAL, HÉCTOR, “La Teoría del Contrato Administrativo a la luz de recientes normativas”, en AA VV, *El Contrato Administrativo en la actualidad*, AGUSTÍN GORDILLO - Director, La Ley, Suplemento Especial, mayo-2004.

23. Agradecemos la idea a la Dra. NOELIA DI SANZO. No consideramos al reclamo administrativo previo un mecanismo rápido, ágil y barato de solucionar y prevenir los conflictos contra el Estado. Lamentablemente, se ha convertido en otro mecanismo-obstáculo burocrático más dilatar y evitar la solución de los mismos.

por la depreciación monetaria. O sea, la ecuación final de un particular decidido a litiga contra el Estado será:

$$x + v_k - p$$

Donde x es el tiempo que insumirá el litigio, v es lo que cobrará al final del litigio, k es el coeficiente de depreciación monetaria y, p es el costo total de ese litigio. O sea, esta es la ecuación aproximada que tendrá en su cabeza un particular decidido a litigar contra el Estado.

Si a este particular se le ofrece en mediación un acuerdo consistente en un plan de pagos en cuotas con un periodo de gracia determinado, que en conjunto sea menor al tiempo total que le hubiera insumido el litigio, con una quita de dinero que esa inferior o idéntica a la depreciación monetaria que sufriría en caso de litigar y, que el importe total a cobrar fuera mayor o igual al importe final que cobraría al final del litigio con la depreciación monetaria incluida, la ecuación sería la siguiente:

$$(a + b) + r_o - z$$

Donde $(a + b)$ es el acuerdo de pagos con período de gracia, r_o es el importe total que cobrará con la quita y, z es el costo total de la mediación.

En este esquema:

$$(a + b) < x$$

$$r_o \geq v_k$$

$$z < p$$

Donde $(a + b)$ es menor que x ; r_o es mayor o igual a v_k y, z es menor a p . O sea, en la ecuación final, el acuerdo extrajudicial equivaldría a menor tiempo de tramitación, menores costos y un arreglo patrimonial mayor o igual al que se obtendría con la sentencia final. Desde ya, aclaramos que se trata de un modelo muy simple y

básico, pero creemos que vale a efectos de cuestionar el régimen actual y abrir el debate.²⁴

Volviendo a las conclusiones de nuestro modelo, podemos afirmar, que si se implementara un régimen jurídico en el cual la mediación –o una instancia prejudicial con un tercero independiente– fuera obligatoria para el Estado y se introdujeran premios administrativos para que los funcionarios llegaran a acuerdos beneficiosos basados en un análisis económico del caso en cuestión, se introducirían incentivos para arreglar en tal instancia prejudicial, no sólo para el funcionario, sino también para el particular decidido a litigar, ya que la segunda ecuación resulta en un acuerdo más eficiente y económico que el litigio, aún cuando se manejen tiempos similares. Para el Estado, el acuerdo implicaría prácticamente el mismo desembolso de dinero, en casi el mismo período de tiempo. Pero, tanto para el particular como para el Estado y, en definitiva, para la sociedad toda, la reducción de los costos generales del proceso sería cuantitativa, volviendo a la distribución de los recursos mucho más eficiente.

Peor aún, no sólo no se incentiva a este tipo de acuerdos –debido a la inaplicabilidad de la mediación obligatoria previa para el Estado–, sino que se castiga o se amenaza con el castigo al funcionario que autorice gastos que no hayan sido “aprobados” por sus superiores. Castigo político o eventual riesgo de acciones en su contra, en los términos de los arts. 130 y 131 de la Ley de Administración Financiera No. 24.156.²⁵

De esta manera, todo funcionario rechazará cualquier reclamo de un administrado, aunque sea ajustado a derecho, salvo que este último haya “acordado” dicho pago

24. Para modelos más complejos, con interacción de muchas más variables, ver los ejemplos que ofrece POSNER, *op. cit.*, Cap. XXI, p. 516 y ss.

25. MAIRAL, al referirse a la persecución penal de los funcionarios públicos, expresa claramente: “El sistema penal que hemos así construido es doblemente imperfecto: No logra frenar los abusos pero trata con crueldad al inocente y con lenidad al culpable. Si bien ambos son igualmente hostigados por el sistema, por lo general ninguno de los dos es finalmente sancionado. El hostigamiento es castigo excesivo para el honesto e insuficiente para el culpable.

”Cabe preguntarse si no sería del caso establecer pautas más estrictas para habilitar la persecución penal de los funcionarios públicos. La mera existencia de un perjuicio fiscal no debiera ser suficiente al efecto. Tampoco se debería procesar por el delito de violación de deberes del funcionario público cuando la validez de la conducta del funcionario es dudosa y no existe clara evidencia de dolo. De lo contrario, proliferan las causas penales de neto contenido político, que es una de las razones por las cuales la justicia no puede avanzar con mayor rapidez en los casos en que sí hay pruebas de cohecho. Perder tiempo investigando a los honestos es una de las maneras de no tener tiempo para investigar a los corruptos” (MAIRAL, HÉCTOR A., *Las raíces legales de la corrupción: o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, 1º ed., Buenos Aires, RAP, 2007, p. 45).

con los superiores. Muchas veces el cobro no se obtiene ni aun con sentencia judicial favorable.

El cálculo económico del funcionario es el siguiente: si se rechaza todo reclamo patrimonial, nunca se le podrá encontrar responsable por daños económicos al erario público. El funcionario sólo autoriza un pago ante un reclamo, en la mayoría de los casos, cuando tiene la autorización y *bendición política* de su superior. Entonces sí. Porque al tener la bendición sabe que no sólo no será castigado políticamente sino tampoco se le iniciarán cargos en su contra en un eventual futuro.²⁶

El tiempo, los fondos públicos, la energía, el personal del Poder Judicial, la infraestructura, el medio-ambiente, etc., son todos recursos escasos: *disyuntivos*.

Si –como sociedad–, creamos incentivos para posponer *sine die* los procesos, entonces incentivamos indirectamente un incremento y una utilización ineficiente de los *costos sociales*²⁷ para la resolución de conflictos con legitimidad jurídico-institucional. Ello, finalmente, repercute en la asignación y distribución de recursos que efectuamos como sociedad. Pues invertimos en forma irracional e ineficiente en estructuras que podrían ser muchísimo más eficientes y efectivas con una configuración distinta que utilizara lo necesario de estos recursos y nos permitiera, como sociedad, invertir el resto en otras áreas o estructuras necesarias.

De todo ello surge la tercera conclusión del presente trabajo: *en el caso que nos ocupa, el de la estructura de solución de conflictos sociales con legitimidad jurídico-institucional en la Argentina, la asignación de recursos no es eficiente en el sentido de Pareto.*²⁸

26. Esta dinámica ya la ha adelantado GORDILLO, mucho antes de ahora, ver GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 9° ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009, caps. XIX, XX y XXI, así como *La administración paralela*, 1° ed., reimp. Madrid, Civitas, 1997. También se puede ver una excelente explicación de la problemática de los funcionarios públicos en la resolución de los conflictos en MAIRAL, *Las raíces legales de la corrupción...*, op. cit., pp. 44 y ss. y 60 y ss.

27. Ver COASE, RONALD H., "El problema del costo social", gratuitamente en <http://www.eumed.net/cursecon/textos/coase-costo.pdf>, publicado originalmente como COASE, RONALD H., "The Problem of Social Cost", 3 *Journal of Law and Economics* (octubre, 1960), pp. 1-44.

28. STIGLITZ señala que "actualmente la mayoría de las economías occidentales son mixtas, es decir, el Estado toma algunas decisiones, pero son las empresas y los hogares los que toman la mayoría de ellas. Pero existen

De allí que afirmemos que la existencia de procesos judiciales escritos y extensos y el régimen de cautelares o su suspensión, *sine die*, constituye una *decisión económicamente ineficiente e irrazonable para la sociedad argentina, pues genera incentivos incorrectos a los justiciables que incrementan en forma exponencial y profunda los costos sociales y generan una distribución y asignación de recursos ineficiente.*

Por eso, como sociedad, debemos repensar los incentivos adecuados para obtener un sistema de resolución de conflictos más económico, más rápido, con menores costos sociales y con mayor eficacia. Todo lo cual nos permitirá efectuar una distribución y asignación de recursos mucho más eficiente.

Tal vez, también sea tiempo de efectuar un análisis económico serio²⁹ del proceso judicial y de las medidas cautelares que nos permita, como sociedad, tomar una decisión racional.

...para no seguir gestionando el exabrupto económico de nuestra propia incapacidad.

muchas combinaciones. ¿Cómo evaluamos las distintas opciones? La mayoría de los economistas defiende un criterio llamado **eficiencia en el sentido de Pareto** en honor al gran economista y sociólogo italiano Vilfredo Pareto (1848-1923). Las asignaciones de recursos que tiene la propiedad de que [*sic*] no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra se dice que son **eficientes en el sentido de Pareto u óptimas en el sentido de Pareto**. La eficiencia en el sentido de Pareto es a lo que se refieren normalmente los economistas cuando hablan de eficiencia.” (STIGLITZ, JOSEPH E., *La economía del sector público*, Barcelona, Antoni Bosch, p. 69).

29. El análisis que efectuamos es meramente aproximativo. Pero como sociedad, deberíamos emprender un análisis serio y profundo de todas nuestras instituciones para poder tomar las decisiones de asignaciones de recursos que se revelen como las más adecuadas y racionales para la realidad de nuestros días.