

# Reglas de costas y sanciones pecuniarias: un análisis económico para la reforma procesal civil en Chile\*

**José Huerta**

JSM Stanford University. Profesor Instructor Derecho Civil, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Asociado Internacional Shearman & Sterling LLP Asociado Claro y Cía. [jose.huerta@shearman.com](mailto:jose.huerta@shearman.com)



The presentation and defense of civil complaints involves a series of legal costs. From the point of view of the economic analysis of law, the costs associated with litigation influence the parties' behavior at every stage of the process. From the decision to file a complaint to the decision to compromise or go forward with litigation, all of the stages of the process are influenced by the cost of going forward. As a result, altering the costs and benefits to the parties and establishing rules for payment and/or fines can alter the parties' decisions at each stage of the trial. These rules change the incentives that are available to the litigants, modifying the expected settlement for the complainant as well as the expected cost for the respondent. This purpose of this analysis is to help establish which system best satisfies the objectives of a new Civil Procedure Code in Chile.

El objetivo de este artículo es describir, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, los efectos de diferentes modelos de reglas de costas y sanciones pecuniarias en las decisiones de las partes de demandar, litigar o transar un juicio.<sup>1,2</sup>

Este trabajo está hecho en relación con el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil del Gobierno de Chile. El borrador de proyecto actualmente existente establece un sistema oral de presentación de pruebas, en una audiencia pública conducida personalmente por el tribunal.<sup>3</sup> La desastrosa

experiencia de los nuevos tribunales de familia, pareciera demostrar que el éxito de una reforma que implementa la oralidad en materia civil, depende de, entre otros factores, reducir el número de causas que actualmente tramita cada juzgado. En efecto, un juez que requiere estar presente en todas las audiencias de pruebas que se conducen en su tribunal es físicamente incapaz de tramitar un número ilimitado de litigios. En tal sentido, la oralidad acompañada de sobrecarga, puede conllevar una mayor demora en la tramitación de juicios.<sup>4</sup>

La justicia civil chilena actualmente presenta muy altos niveles de sobrecarga. Como es posible apreciar en la Figura 1, las estadísticas judiciales muestran que en los últimos seis años el número de causas ingresadas en los juzgados civiles de primera instancia de la ciudad de Santiago se ha incrementado en un 260%. Mientras en 2000, 198.865 demandas

\* Este artículo fue escrito sobre la base de mi trabajo realizado durante el segundo semestre de 2006 y el primer semestre de 2007, en el seminario de *Law and Economics* del profesor A. Mitchell Polinsky, en Stanford University.

1 Por partes me refiero a las partes involucradas en el proceso y no a sus abogados. Los abogados, en algunos casos, pueden tener incentivos económicos distintos a las partes que representan. Por ejemplo, los incentivos de un abogado en las decisiones de demandar, transar o litigar pueden variar sustancialmente dependiendo de si sus honorarios son pagados por hora o por resultado.

2 Aunque el sistema de apelaciones es otro factor importante en relación a la cantidad de litigios y a sus costos, en este artículo no voy a referirme a él. De cualquier forma, en la literatura del análisis económico del derecho existe abundante material relativo a los efectos del sistema de apelaciones en la cantidad de juicios y en sus costos.

3 Ministerio de Justicia del Gobierno de Chile, *Propuesta de Bases para Redactar un Nuevo Código de Procedimiento Civil para la República de Chile*, no publicado (2006).

4 La experiencia vivida en Chile en los Tribunales de Familia muestra como la oralidad en tribunales que sufren sobrecarga puede ser fuente de mayor demora. Actualmente la demora para programar una audiencia en Tribunales de Familia puede llegar a ser de entre seis y nueve meses, e incluso más. Para mayor información respecto de los problemas experimentados por los Tribunales de Familia puede verse Casas, Lidia; Duce, Mauricio; Marín, Felipe; Riego, Cristián y Vargas, Macarena, *El Funcionamiento de los Nuevos Tribunales de Familia: Resultados de una Investigación Exploratoria*, p.16 (Universidad Diego Portales ed.) (2006) y *Encuesta Fundación Comunidad*, 2006, en [http://www.comunidadmujer.cl/cm/actividades/0actividades06\\_Tribunales\\_01.asp](http://www.comunidadmujer.cl/cm/actividades/0actividades06_Tribunales_01.asp).

fueron presentadas en dichos tribunales, en 2006 dicho número fue 716.154. En 2000, cada juzgado civil recibió un promedio de 6.629 nuevas demandas. En 2006, dicho promedio fue 23.872. En dicho período en cada juzgado se ingresó un promedio de 87.143 nuevas causas. Asimismo, la cantidad de causas sin resolución también es extremadamente alta. De acuerdo con las estadísticas judiciales, entre los años 2000 y 2006 la diferencia entre las causas ingresadas y las resueltas fue 247.980. Sin embargo, respecto de este dato, debe tenerse en consideración que en estas estadísticas las causas enviadas

a archivo judicial fueron consideradas como causas terminadas.<sup>5</sup> En efecto, como puede verse en la Figura 2, en el año 2000, el 66% de los procesos considerados terminados para efectos estadísticos fueron en realidad enviados a archivo judicial antes de su término formal. Con tan altos niveles de sobrecarga, el panorama de la reforma procesal civil no resulta auspicioso. Antes de poner en funcionamiento un sistema oral de presentación de pruebas parece ser necesario reducir la cantidad de litigios que se tramitan por tribunal.

Figura 1  
Casos Ingresados en Juzgados Civiles de Santiago desde 2000 a 2006<sup>6</sup>

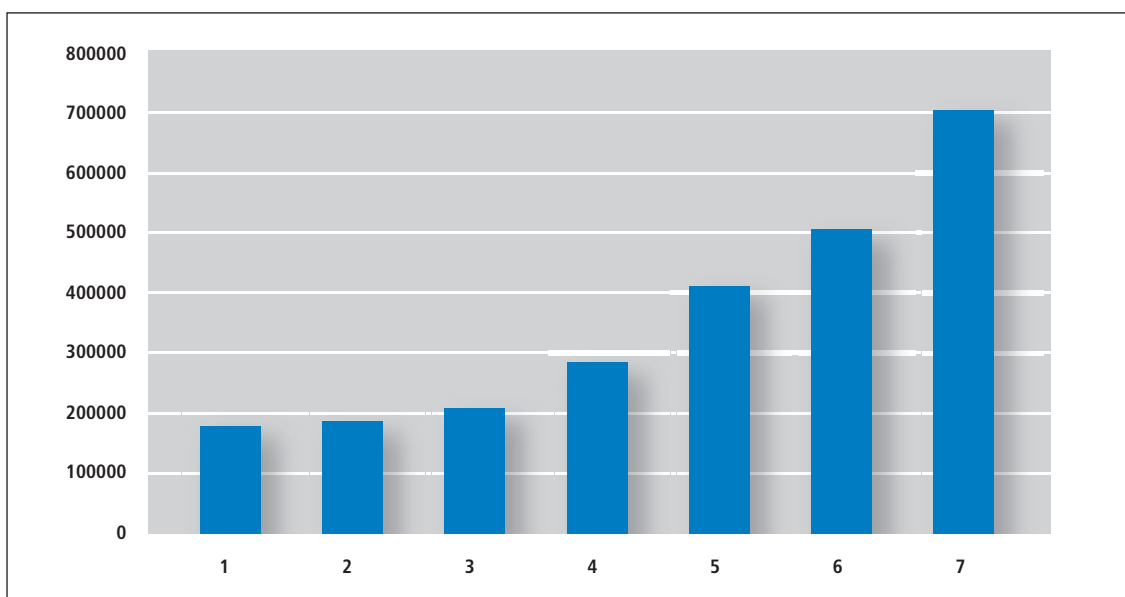
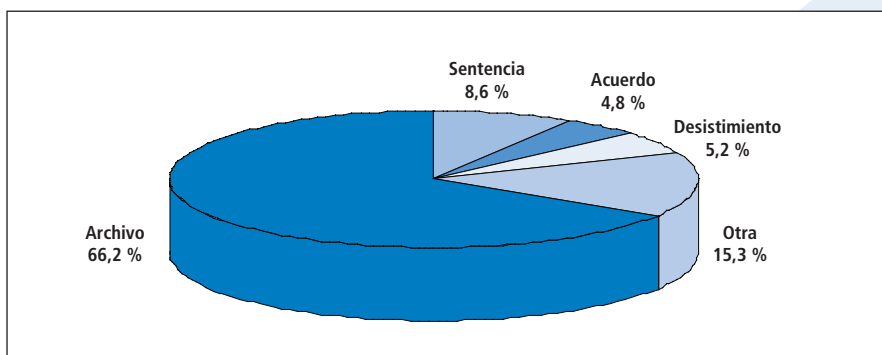


Figura 2  
Forma de Término Causas en Juzgados Civiles de Santiago año 2000<sup>7</sup>



<sup>5</sup> Debido a que los juicios enviados a archivo judicial sin sentencia o equivalente jurisdiccional no han sido formalmente terminados, en teoría, su tramitación podría reiniciarse en cualquier momento.

<sup>6</sup> Corporación Administrativa del Poder Judicial, Base de Datos (2000-2006).

<sup>7</sup> Corporación Administrativa del Poder Judicial, Base de Datos (2000).

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la cantidad de litigios está relacionada con los costos y beneficios asociados a ellos. Dichos costos y beneficios influyen la conducta de las partes en cada etapa procesal. Por la vía de alterar dichos factores, las reglas de pago de costas y sanciones pecuniarias pueden modificar las decisiones de las partes durante el juicio. Dichas reglas cambian los incentivos de los litigantes induciéndolos a litigar o a evitar el proceso. Dichas reglas modifican el valor esperado del juicio para el demandante y el costo esperado del mismo para el demandado.

La situación descrita hace interesante el análisis de este artículo para la reforma procesal civil. Anticipar los efectos de reglas de costas y de sanciones pecuniarias en la cantidad de litigios parece ser una tarea necesaria antes de materializar una decisión legislativa en un nuevo procedimiento. La literatura existente en el campo del análisis económico del derecho es una herramienta útil para alcanzar dicho objetivo. Los efectos de diferentes sistemas de costas y sanciones en la conducta de los litigantes es una de las áreas de estudio más ricas de esta disciplina. En tal sentido, el objetivo de este artículo es entregar una idea general de dichos puntos de vista. Para tales efectos, este trabajo describe primero los resultados que se obtiene aplicando los dos modelos más clásicos del derecho anglosajón: el sistema norteamericano y el sistema inglés. Luego se describen los efectos de utilizar dos sistemas alternativos: un sistema de sanciones pecuniarias por demandas frívolas y un sistema que mezcla los modelos norteamericano e inglés.

Este trabajo está organizado en tres capítulos: en el Capítulo I se analizan los efectos de los sistemas norteamericano e inglés en las decisiones de interponer una demanda, litigar o transar un juicio. En el Capítulo II se estudian los efectos en dichas decisiones de sanciones pecuniarias por demandas frívolas. Este análisis considera que el monto de la pena puede ser entregado a los Tribunales, a la Tesorería o al demandado que gane el pleito. El Capítulo III presenta un análisis de los efectos de un sistema alternativo, consistente en combinar los sistemas norteamericano e inglés. Finalmente se consignan las conclusiones de este estudio.

Por la vía de alterar (...) las reglas de pago de costas y sanciones pecuniarias pueden modificar las decisiones de las partes durante el juicio.

## A. Objetivo y marco teórico

En este capítulo se analizan los efectos de los sistemas norteamericano e inglés en las decisiones de interponer una demanda, litigar o transar un juicio. Para simplificar dicho análisis, se utiliza el siguiente marco teórico: i) se asume la existencia de un caso particular con dos litigantes, un demandante y un demandado; ii) para ambos, demandante y demandado, litigar involucra costos; iii) las partes en un juicio actúan racionalmente buscando maximizar sus retornos en el litigio, por lo mismo, el demandante va a gastar hasta el punto en que los retornos de sus gastos son maximizados y el demandado hará lo mismo para minimizar sus pagos; iv) cuando se analiza la decisión de presentar o no una demanda, se asume que el demandante incurre en sus costos inmediatamente luego de tomada dicha decisión; v) cuando se analiza la decisión de transar o no un juicio, se asume que las partes incurren en costos inmediatamente luego de tomada la decisión de litigar en lugar de transar. El análisis se realiza considerando partes neutras y partes aversas al riesgo.<sup>8</sup>

## B. Sistemas Norteamericano e Inglés

Los costos de un juicio pueden ser asignados de distintas formas usando diferentes reglas de costas. Los sistemas más tradicionales del derecho anglosajón son el sistema norteamericano, en virtud del cual cada parte paga sus costos en el juicio; y el sistema inglés, en virtud del cual la parte perdedora paga sus costos y los costos de la parte ganadora.<sup>9</sup>

## C. Efectos en la decisión de presentar una demanda

Por un lado, utilizando el sistema inglés, cuando la probabilidad de un demandante de ganar un

<sup>8</sup> Que las partes sean aversas al riesgo significa que se preocupan no sólo respecto del valor o costo esperado de una situación riesgosa, sino que además de la magnitud total de dicho riesgo. Por ejemplo, una persona aversa al riesgo, a diferencia de una persona que no es aversa al riesgo, no será indiferente entre la certidumbre de ganar \$5.000 o un 50% de posibilidades de ganar \$10.000. La persona aversa al riesgo, por definición, va a preferir ganar \$5.000 por seguro (Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, p. 31 (2003)).

<sup>9</sup> En el sistema inglés, la transferencia de costos a la parte perdedora tiene ciertas limitaciones; por ejemplo, el monto transferido tiene que ser razonable y el costo del juicio no se puede transferir a partes indigentes.

juicio es baja, existe una mayor probabilidad de que dicho demandante tenga que pagar sus costos y los costos judiciales del demandado. En tal caso, desde el punto de vista del demandante, el sistema inglés aumenta los costos del litigio, disminuye el valor del proceso y desincentiva la presentación de una demanda. Por otro lado, utilizando dicho sistema y cuando las probabilidades del demandante de ganar un juicio son altas, existe también una mayor probabilidad de que al demandante le paguen los costos del juicio, además del monto que demanda en el pleito. Como consecuencia de ello, en tal caso, desde el punto de vista del demandante, el sistema inglés disminuye los costos del juicio, aumenta el valor del litigio e incentiva la presentación de demandas con altas posibilidades de éxito.<sup>10</sup>

Por ejemplo, en una demanda con un monto demandado de 10.000, gastos de 1.500 para cada parte y una probabilidad de 0,20 de que el demandante gane, el valor esperado del juicio para el demandante (X) utilizando el sistema inglés es:

#### Ejemplo 1

$$X = 0,20 (10.000) - 0,80 (1.500 + 1.500) = -400$$

En este ejemplo, el valor esperado del juicio es negativo. En consecuencia, el demandante no presentará una demanda.

Usando el sistema norteamericano en el mismo ejemplo, los resultados son distintos. En este caso el valor esperado del juicio es:

#### Ejemplo 2

$$X = 0,20 (10.000) - 1.500 = 500$$

Como ahora el valor esperado del juicio es positivo, el demandante sí presentará una demanda.

Este primer análisis muestra cómo el sistema inglés es más efectivo que el norteamericano en la disuasión de demandas con bajas probabilidades de éxito. Mientras más bajas son las probabilidades de ganar del demandante, mayor es el aumento en sus costos esperados por la presentación de una demanda. Luego, utilizando el sistema inglés en lugar del norteamericano, es razonable esperar que menos demandas con bajas probabilidades sean presentadas.

Usando el mismo ejemplo, pero ahora con probabilidad de triunfo para el demandante de 0,80, aplicando el sistema inglés el valor esperado del juicio para el demandante (X) es:

#### Ejemplo 3

$$X = 0,80 (10.000) - 0,20 (1.500 + 1.500) = 7.400$$

Como el valor esperado es positivo, en este caso el demandante presentará una demanda. Sin embargo, si en el mismo ejemplo se aplica el sistema norteamericano, el resultado es distinto:

#### Ejemplo 4

$$X = 0,80 (10.000) - 1.500 = 6.500$$

Nuevamente el valor esperado del juicio es positivo y el demandante querrá litigar. Sin embargo, como consecuencia del cambio de sistema, ahora sus incentivos son más bajos que utilizando el sistema inglés. En relación a dicho efecto, es posible encontrar casos en los que si el monto en disputa es bajo en relación a los costos del juicio, usando el sistema norteamericano el demandante no va a presentar una demanda y utilizando el sistema inglés sí la presentará. Por ejemplo, en un caso con un monto en disputa de 1.000, gastos de 850 para cada parte y una probabilidad de 0,80 de que el demandante gane, utilizando el sistema norteamericano el valor esperado del juicio para el demandante es:

#### Ejemplo 5

$$X = 0,80 (1.000) - 850 = -50$$

En este caso, aunque sus probabilidades de éxito son muy altas, el demandante no presentará una demanda, porque el valor esperado del juicio es negativo. Sin embargo, aplicando el sistema inglés los resultados son diferentes:

#### Ejemplo 6

$$X = 0,80 (1.000) - 0,20 (850 + 850) = 460$$

El valor esperado el juicio es positivo y, en consecuencia, el demandante querrá litigar.

Este análisis muestra que cuando existe una alta probabilidad de que el demandante gane el pleito, el sistema inglés aumenta el valor esperado del juicio para el demandante. En la medida que esta probabilidad se acerca a un 100%, los costos esperados del juicio para el demandante se acercan a 0. Así, usando el sistema inglés, las demandas con altas probabilidades de éxito son más viables que usando el sistema norteamericano. Al contrario, utilizando este sistema, las demandas con bajas probabilidades de éxito resultan menos viables que usando el sistema norteamericano. En efecto, en la medida que

<sup>10</sup> Ver Hughes, James W. and Snyder, Edward A. *Allocation of Litigation Costs: American and English Rules*, The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law pp. 51 – 53 y Shavell, S. *Suit, settlement and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal cost: evidence confront theory*, 11 Journal of Legal Studies 55 pp. 58 - 61 (1982).

esta probabilidad se acerca a 0%, mayores posibilidades tiene el demandante no sólo de no obtener el monto demandado, sino que además de pagar sus costos y los costos de la parte contraria.

Cabe señalar que en los ejemplos anteriores se ha asumido que los demandantes no tienen aversión al riesgo. Si los demandantes tienen aversión al riesgo, asignarán un menor valor esperado a sus casos, ello por cuanto un litigio es una circunstancia riesgosa. Dependiendo de cuán aversos al riesgo sean, su decisión de presentar o no una demanda en dichos ejemplos puede variar. Mientras más aversos al riesgo sean, menor interés tendrán en presentar una demanda.

#### D. Efectos en la decisión de transar asumiendo que existe información simétrica<sup>11</sup>

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la factibilidad de una transacción depende del tamaño relativo del valor esperado de un juicio para el demandante y del costo esperado del mismo para el demandado.<sup>12</sup> El demandante querrá transar si el demandado hace una oferta de transacción un peso sobre su valor esperado del litigio. El demandado querrá transar si el demandante requiere un peso menos que su costo esperado del litigio. Cuando existe una diferencia positiva entre el costo esperado del demandado y el valor esperado del demandante, existirá espacio para transacción.

Los números utilizados en el ejemplo 3 son útiles para ilustrar las consecuencias de una situación en que las partes tienen información simétrica.<sup>13</sup> En dicho caso, usando el sistema norteamericano, el valor esperado del demandante es 6.500 (X) y el costo esperado del demandado es 9.500 (Y):

##### Ejemplo 7

$$X = 0,80 (10.000) - 1.500 = 6.500$$

$$Y = 0,80 (10.000) + 1.500 = 9.500$$

En este caso existe un espacio para transar de 3.000, el cual es equivalente a la suma de los costos del litigio de ambas partes. No importa cuáles sean las probabilidades de las partes en el caso o el monto en disputa, el espacio para una transacción en este caso será siempre igual a la suma de los costos de ambas partes.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Que las partes tengan información simétrica significa que comparten la misma idea respecto de sus probabilidades de ganar o perder un juicio.

<sup>12</sup> Hughes, supra 11 en p. 54.

<sup>13</sup> En el ejemplo el monto en disputa es 10.000, los gastos 1.500 para cada parte y las probabilidades del demandante de ganar el juicio de 0,80.

<sup>14</sup> Si tomamos el ejemplo 2, que es idéntico al ejemplo 3 pero con probabilidad del demandante de ganar de 0,20, el espacio para

Usando los mismos números y aplicando el sistema inglés, el valor esperado del caso para el demandante es 7.400 (X) y el costo esperado para el demandado es 10.400 (Y):

##### Ejemplo 8

$$X = 0,80 (10.000) - 0,2 (1.500 + 1.500) = 7.400$$

$$Y = 0,80 (10.000) + 0,8 (1.500 + 1.500) = 10.400$$

Nuevamente el espacio para una transacción es de 3.000, igual a la suma de los costos del litigio para ambas partes. Tal como ocurre utilizando el sistema norteamericano, no importa cuáles sean las probabilidades de las partes en el caso o el monto en disputa, con información simétrica el espacio para transacción será igual a la suma de los costos de ambas partes.

Esta situación ilustra como usando el sistema norteamericano o inglés y teniendo las partes información simétrica, siempre va a existir espacio para una transacción. El tamaño de dicho espacio está determinado por la suma de los costos de litigar de ambas partes.<sup>15</sup> Como consecuencia de esto, con información simétrica, adoptar el sistema norteamericano o inglés no hace diferencia en relación al número de transacciones que pueden esperarse.<sup>16</sup>

Otra vez para este análisis se ha asumido que las partes no tienen aversión al riesgo. Si las partes tienen aversión al riesgo, ellos estarán en una situación más riesgosa litigando que transando el juicio. Una transacción elimina el riesgo que soportan las partes en un juicio. Luego, si las partes tienen aversión al riesgo, el espacio para una transacción será mayor utilizando tanto el sistema norteamericano como el inglés. Mientras más aversas al riesgo las partes sean, mayor será el espacio para una transacción.

#### E. Efectos en la decisión de transar asumiendo que no existe información simétrica

Asumir que las partes en un juicio comparten una misma idea respecto de sus posibilidades de ganar o perder no es realista. Normalmente las partes tienen diferentes perspectivas respecto de dichas posibilidades. Más aún, por lo general los litigantes no poseen la misma información. Dada esta realidad, una transacción es más factible cuando las partes son relativamente pesimistas respecto de sus posibilidades de

una transacción nuevamente es 3.000, igual a la suma de los costos judiciales de ambas partes.

<sup>15</sup> Polinsky, supra 9 en p. 137.

<sup>16</sup> Cabe señalar que si bien asumir la existencia de información simétrica generalmente no es realista, si se quiere reducir la carga de los tribunales civiles, estas conclusiones constituyen una buena razón para crear instancias de intercambio de información en una etapa temprana del proceso.

ganar un juicio que cuando son relativamente optimistas. Un demandante pesimista estará dispuesto a aceptar menos en una transacción y un demandado pesimista estará dispuesto a pagar más en la misma. Mientras más relativamente pesimista son las partes, mayor es el espacio para una transacción.

Continuando con las cifras utilizadas en el ejemplo 3, asumiremos que el demandante estima sus posibilidades de ganar en 0,30 y el demandado estima las posibilidades del demandante de ganar en 0,80. En este caso, el valor y costo esperado para el demandante y demandado usando el sistema norteamericano es el siguiente:

#### Ejemplo 9

$$X = 0,30 (10.000) - 1.500 = 1.500$$

$$Y = 0,80 (10.000) + 1.500 = 9.500$$

El espacio para una transacción es 8.000. Debido a que las partes son relativamente pesimistas, el espacio para una transacción es mayor que cuando las partes tenían información simétrica. Este incremento es consecuencia de que las partes tienen distintas expectativas en relación con las posibilidades de que el monto en disputa sea en definitiva pagado.

Aplicando el sistema inglés a la misma situación, el resultado es el siguiente:

#### Ejemplo 10

$$X = 0,30 (10.000) - 0,7 (1.500 + 1.500) = 900$$

$$Y = 0,80 (10.000) + 0,8 (1.500 + 1.500) = 10.400$$

Ahora el espacio para una transacción es 9.500, esto es, mayor que bajo el sistema norteamericano.

Aplicando el sistema inglés, el grado de pesimismo influye no sólo las expectativas de las partes respecto de las posibilidades de que el monto en disputa sea pagado —que son las mismas que bajo el sistema norteamericano— sino que también el grado en el cual las partes internalizan los costos del juicio. Como consecuencia de esto, con partes relativamente pesimistas, el espacio para una transacción usando el sistema inglés será mayor que usando el sistema norteamericano.

Sin embargo, las perspectivas en relación a una transacción serán las contrarias en el caso que los litigantes sean relativamente optimistas. Utilizando ambos sistemas, las partes relativamente optimistas reducen lo que están dispuestas a ceder al negociar una transacción. Más aún, el grado de optimismo puede llegar a eliminar todo espacio para una transacción. Por ejemplo, si utilizando las cifras de los casos anteriores asumimos que el demandante estima sus probabilidades de ganar en 0,80 y el

demandado estima las posibilidades del demandante de ganar en 0,20, los valores esperados usando el sistema norteamericano son:

#### Ejemplo 11

$$X = 0,80 (10.000) - 1.500 = 6.500$$

$$Y = 0,20 (10.000) + 1.500 = 3.500$$

En este caso, el demandante solicitará a lo menos 6.500 al negociar una transacción y el demandado no estará dispuesto a pagar más de 3.500. Ahora el espacio para una transacción es  $-3.000$ , es decir, el optimismo relativo ha hecho una transacción imposible.

Utilizando el sistema inglés el resultado también es negativo:

#### Ejemplo 12

$$X = 0,80 (10.000) - 0,20 (1.500 + 1.500) = 7.400$$

$$Y = 0,20 (10.000) + 0,20 (1.500 + 1.500) = 2.600$$

En este caso, el espacio para una transacción es  $-4.800$ , es decir aún menor que utilizando el sistema norteamericano. Nuevamente el optimismo relativo de las partes ha hecho una transacción imposible, pero el espacio es menor debido a que las partes, a diferencia de lo que ocurría con el sistema norteamericano, ni siquiera han internalizado completamente los costos propios del litigio. Utilizando el sistema inglés, la perspectiva de que la otra parte pagará los costos propios exagera el efecto negativo del optimismo en las posibilidades de una transacción, disminuyendo el espacio para que ella exista. El monto que solicita el demandante para transar aumenta y el monto que el demandado está dispuesto a pagar disminuye. Luego, el espacio para transar es menor que utilizando el sistema norteamericano.

En tal sentido, el cambio desde el sistema norteamericano al sistema inglés puede transformar un caso con un espacio para transar positivo en un caso con espacio para transar negativo. Por ejemplo, siguiendo con el caso anterior, pero ahora con costos de 1.000 para cada parte, un demandante que estima sus posibilidades de ganar en 0,60 y un demandado que estima las posibilidades del demandante de ganar en 0,41, la situación es la siguiente:

#### Ejemplo 13 (Sistema Norteamericano)

$$X = 0,60 (10.000) - 1.000 = 5.000$$

$$Y = 0,41 (10.000) + 1.000 = 5.100$$

$$\text{Espacio para una Transacción} = 100$$

#### Ejemplo 14 (Sistema Inglés)

$$X = 0,60 (10.000) - 0,40 (1.000 + 1.000) = 5.200$$

$$Y = 0,41 (10.000) + 0,41 (1.000 + 1.000) = 4.920$$

$$\text{Espacio para una Transacción} = -280$$

Puede concluirse de este análisis, que si los litigantes no comparten la misma idea respecto de sus posibilidades de ganar o perder un pleito, el espacio para una transacción puede ser mayor o menor dependiendo de si son relativamente optimistas o pesimistas. Si son relativamente pesimistas, dicho espacio aumenta usando tanto el sistema norteamericano como el inglés. Sin embargo, el aumento será mayor usando el sistema inglés. Si son relativamente optimistas, dicho espacio disminuye bajo ambos sistemas, pero disminuye más usando el sistema inglés.<sup>17</sup> Antes la conclusión fue que usando el sistema inglés puede esperarse que menos acciones con bajas posibilidades sean presentadas –casos con demandantes pesimistas– y más acciones con altas posibilidades sean interpuestas –casos con demandantes optimistas–. Como el segundo tipo de acciones tienen menos perspectivas de ser transadas, utilizando el sistema inglés es razonable esperar que menos demandas interpuestas terminen por transacción.<sup>18 19</sup>

### A. Objetivo y marco teórico

En el Capítulo I se analizó cómo la elección de diferentes sistemas de pago de costas puede afectar la decisión de presentar una demanda y de transar o litigar un asunto. En relación a dicho análisis, este capítulo explora cómo adoptando un sistema de sanciones pecuniarias contra litigantes frívolos es también posible cambiar el valor y los costos esperados de las partes en un juicio y, en consecuencia, influenciar las decisiones de presentar una demanda y de transar o litigar un pleito.<sup>20</sup>

Para efectos de este análisis, además de los hechos asumidos en el capítulo anterior, se asume lo siguiente: i) si bien no se define el concepto de demandante frívolo, un demandante frívolo tiene menos posibilidades de ganar un juicio que las que tiene un demandante legítimo, presentando ambos la misma acción; ii) si el demandante pierde

el litigio, el demandado puede solicitar que se le apliquen sanciones pecuniarias por ser un demandante frívolo; iii) si el demandado busca la aplicación de sanciones, ambas partes incurren en costos adicionales a los del juicio principal; iv) el sistema norteamericano se aplica tanto el juicio principal como el proceso para la aplicación de sanciones; v) el demandante es condenado a pagar una sanción pecuniaria sólo cuando es considerado frívolo en el proceso para la aplicación de sanciones; vi) aunque el proceso para la aplicación de sanciones es siempre correcto en calificar a un demandante como frívolo, sólo a través del mismo es posible identificar a un demandante frívolo. Inicialmente se asumirá que el monto de la sanción es pagado íntegramente al demandado, luego se asumirá que es en parte pagados al demandado y en parte a los Tribunales o a la Tesorería. Para algunos ejemplos se asumirán ciertos hechos adicionales.

### B. Efectos en la decisión de solicitar la aplicación de sanciones

Si el demandado ganador del juicio principal sabe de antemano la tendencia general de potenciales demandas frívolas –es decir, la probabilidad de que el demandante perdedor sea frívolo– y, en consecuencia, sus probabilidades de obtener una pena pecuniaria, solicitará la aplicación de dicha pena si el valor esperado de ella excede sus costos para su obtención.

Por ejemplo, si la sanción es de 1.000, sus gastos en el proceso sancionatorio 200 y sus probabilidades de obtener la pena 0,10, el demandado no iniciará un proceso para la aplicación de sanciones, debido a que, como se muestra a continuación, el valor de dicho proceso es negativo:

**Ejemplo 15**  

$$X = 0,10 (1.000) - 200 = -100$$

Sin embargo, en el mismo caso, si la sanción es de 3.000, el demandado sí iniciará un proceso sancionatorio:

**Ejemplo 16**  

$$X = 0,10 (3.000) - 200 = 100$$

Este análisis muestra que aumentando el monto de la sanción, es posible obtener una mayor cantidad de solicitudes para su aplicación. Adicionalmente, la demanda por sanciones aumenta en la medida que las posibilidades de que un demandante perdedor sea frívolo son más altas.

<sup>17</sup> Hughes, supra 11 en p. 54.

<sup>18</sup> Hughes, supra 11 en p. 54.

<sup>19</sup> Si en los ejemplos previos las partes fueran aversas al riesgo, ellas asumirían mayores costos para sus casos. Luego, usando el sistema norteamericano o el sistema inglés, con aversión al riesgo los demandantes estarán dispuestos a aceptar menos para transar y los demandados estarán dispuestos a pagar más en una negociación. El espacio para una transacción será en consecuencia mayor en la medida que las partes sean más aversas al riesgo.

<sup>20</sup> En este capítulo se sigue el análisis realizado por los profesores A. Mitchell Polinsky y Daniel L. Rubinfeld en “Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis”, *Georgetown Law Journal*, V. 82, N°2, Dec. (1993).

### C. Efectos en la decisión del demandante legítimo de presentar una demanda

Aplicando este modelo, para calcular el valor esperado de una acción judicial, un demandante legítimo debe considerar no sólo el costo del procedimiento principal, sino que también el costo de un eventual proceso sancionatorio.<sup>21</sup> En consecuencia, asumiendo que el demandado presentará una demanda cada vez que gane un juicio y que todas las demandas serán resueltas por decisión judicial, un demandante legítimo debe considerar en su análisis de valor esperado la probabilidad de perder multiplicada por sus costos en el proceso sancionatorio.

Por ejemplo, en una demanda con un monto en disputa de 4.000, una probabilidad de 0,60 de que el demandante gane el juicio y gastos de 2.100 en el proceso principal y 200 en el proceso sancionatorio, el valor esperado del litigio para el demandante es el siguiente:

#### Ejemplo 17

$$X = 0,60 (4.000) - 2.100 - 0,4 (200) = 220$$

En este ejemplo, pese a la existencia de costos adicionales en el proceso sancionatorio, el demandante presentará una demanda. Sin embargo, si los costos del proceso sancionatorio son relativamente altos, la situación puede cambiar y un demandante legítimo con un valor esperado positivo puede pasar a tener un valor esperado negativo en el mismo proceso. Ese es el caso si, en el ejemplo anterior, los costos del demandante en el proceso sancionatorio fueran 1.000:

#### Ejemplo 18

$$X = 0,60 (4.000) - 2.100 - 0,4 (1.000) = -100$$

De acuerdo con este análisis, un procedimiento de penas pecuniarias a demandantes frívolos afecta no sólo a dicho tipo de demandantes, sino que también a demandantes legítimos. Como este sistema aumenta los costos esperados de un litigio, constituye un desincentivo a la presentación de demandas. Mientras más altos son los costos del proceso sancionatorio, menor será la cantidad de demandas.

Si en lugar de asumir que el proceso sancionatorio es siempre correcto en la identificación de demandantes frívolos, se asume que en dicho proceso la decisión puede ser incorrecta —luego

<sup>21</sup> Como se ha asumido que el procedimiento sancionatorio es siempre correcto y este análisis en particular se refiere a un demandante legítimo, el demandante no considerará en sus cálculos el costo de la sanción.

demandantes legítimos pueden ser erróneamente calificados como frívolos y, por ende, sancionados— un mayor número de demandantes legítimos será disuadido de presentar acciones judiciales. En efecto, si existe la posibilidad de que se cometan errores, algunos demandantes legítimos no sólo pagarán los costos del proceso sancionatorio, sino que también una pena. Esta situación reduce aún más los incentivos para que demandantes legítimos presenten demandas.<sup>22 23</sup>

### D. Efectos en la decisión del demandante frívolo de presentar una demanda

Si un demandante frívolo pierde su acción, tendrá que pagar una pena pecuniaria. En consecuencia, utilizar un procedimiento de sanciones pecuniarias a demandantes frívolos conlleva costos adicionales para este tipo de demandante. Dichos costos están asociados no sólo con los gastos del proceso sancionatorio —como es el caso de los demandantes legítimos— sino que también con la cantidad que eventualmente se tendrá que pagar como sanción. Asumiendo nuevamente que los demandados presentarán una solicitud de sanciones cada vez que ganen un litigio, los demandantes frívolos deberán considerar en su análisis la posibilidad de perder el litigio multiplicada por la pena y por sus costos en el proceso sancionatorio.

Por ejemplo, en una demanda con un monto en disputa de 10.000, una probabilidad de 0,20 de que el demandante gane, una sanción de 2.000 y gastos de 1.500 en el proceso principal y de 200 en el proceso sancionatorio, el valor esperado del juicio será el siguiente:

#### Ejemplo 19

$$X = 0,20 (10.000) - 1.500 - 0,80 (2.000 + 200) = -1.260$$

En este caso el demandante no demandará, sin embargo, sin el procedimiento sancionatorio, el caso

<sup>22</sup> Como esta situación crea un nuevo riesgo para el demandante, su efecto disuasivo en demandantes legítimos será mayor si es que son aversos al riesgo.

<sup>23</sup> De acuerdo con los profesores Mitchell Polinsky y Daniel L. Rubinfeld, en este caso el incentivo del demandante legítimo para demandar puede ser restaurado aumentando el premio de los demandantes ganadores en el proceso principal y la pena a ser impuesta en el proceso sancionatorio. Aumentar el premio de los demandantes ganadores en el proceso principal motivará a más demandantes frívolos a presentar demandas. Sin embargo, como los demandantes legítimos tienen mayores posibilidades de ganar el proceso original que los demandantes frívolos, aumentar el premio beneficiará más a los primeros. Además, como los demandantes frívolos tienen mayores posibilidades de ser sancionados, un aumento en la pena los afectará más que a los demandantes legítimos (Polinski, supra 21 en p. 420).



sí tiene un valor esperado positivo.<sup>24</sup> Luego, en este ejemplo, la sanción ha funcionado como disuasión para demandantes frívolos. Mientras más altos son los costos del proceso sancionatorio y la sanción, menor será la cantidad de demandas frívolas.<sup>25</sup>

#### E. Efectos en la decisión de transar asumiendo que existe información simétrica

La conclusión en el Capítulo I, sección D, fue que con información simétrica siempre existirá espacio para una transacción en la cual ambas partes litigantes quedarán en una mejor posición. El tamaño del espacio para una transacción está siempre determinado por la suma de los costos judiciales de ambas partes. El uso de sanciones pecuniarias modifica esta situación. Al utilizar un sistema sancionatorio, los demandantes frívolos van a considerar costos adicionales en el litigio. Dichos costos corresponden a los eventuales costos de un proceso sancionatorio y la sanción, ambos multiplicados por la probabilidad de que el demandante pierda su acción. Además, los demandados en acciones frívolas tendrán también costos esperados adicionales –los gastos del proceso sancionatorio multiplicados por la probabilidad de que el demandante pierda-. Estos nuevos factores modifican el espacio para una transacción.

Por ejemplo, en un proceso con un demandante frívolo, una probabilidad de 0,20 de que el demandante gane su acción, un monto en disputa de 20.000 y costos para cada parte en el proceso de 1.500, el espacio para una transacción con información simétrica y sin pena, usando el sistema inglés o norteamericano será siempre 3.000 –la suma de los costos de ambas partes-. Sin embargo, usando un procedimiento sancionatorio con costos adicionales de 500 para cada parte y una pena de 2.000, el espacio para una transacción es de 3.800. Ahora, con el procedimiento sancionatorio, el espacio para una transacción ya no es igual a los costos de cada parte:

##### Ejemplo 20

$$X = 0,20 (20.000) - 1.500 - 0,80 (500) - 0,80 (2.000) = 500$$

$$Y = 0,20 (20.000) + 1.500 + 0,80 (500) - 0,80 (2.000) = 4.300$$

<sup>24</sup> Sin el procedimiento sancionatorio el valor esperado de este caso es:  $X = 0,20 (10.000) - 1.500 = 500$ .

<sup>25</sup> Si bien este resultado corresponde a los objetivos de la reforma procesal civil en Chile, debido a que este sistema requiere un procedimiento adicional para determinar quiénes son demandantes frívolos, también es fuente creadora de nuevas disputas judiciales.

Como las partes tienen costos adicionales, el espacio para una transacción es mayor.<sup>26</sup> De esta forma, la utilización de un sistema de sanciones pecuniarias no sólo disuade a demandantes frívolos, sino que también aumenta las posibilidades de una transacción cuando las partes tienen información simétrica.

#### F. Efectos en la decisión de transar asumiendo que no existe información simétrica

En el Capítulo I la conclusión fue que mientras las partes son más relativamente pesimistas, mayor es el espacio para una transacción. Al contrario, mientras las partes son más relativamente optimistas, menor es dicho espacio. Utilizando un sistema de sanciones pecuniarias la situación es similar. Sin embargo, si las partes son relativamente optimistas, el espacio para una transacción será reducido con sanciones más altas y aumentado con mayores costos en el proceso sancionatorio.<sup>27</sup> Por ejemplo, si asumimos que en un caso con un demandante frívolo el monto en disputa es 20.000, los gastos en el proceso principal 1.500 para cada parte, los costos adicionales en el proceso sancionatorio 300 para cada parte, la pena 4.000, y que las partes son relativamente optimistas, estimado el demandante sus posibilidades de ganar en 0,40 y el demandado las posibilidades de que el demandante gane en 0,30, el resultado es el siguiente:

##### Ejemplo 21

$$X = 0,40 (20.000) - 1.500 - 0,60 (300) - 0,60 (4.000) = 3.920$$

$$Y = 0,30 (20.000) + 1.500 + 0,70 (300) - 0,70 (4.000) = 4.910$$

En este ejemplo, con un sistema de sanciones pecuniarias, el espacio para una transacción es 990. Sin ellas, usando el sistema norteamericano, dicho espacio es 1.000 y usando el sistema inglés, es 700.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Como las partes comparten una misma idea respecto de las posibilidades del demandante de ganar el juicio, el monto de la sanción no es un factor relevante al determinar el espacio para una transacción.

<sup>27</sup> Debe recordarse que se ha asumido que el demandante es frívolo. Asimismo se ha señalado que el optimismo de las partes es en relación a la contraparte. Luego, es perfectamente posible tener un demandante frívolo relativamente optimista en relación al demandado. Por ejemplo, es posible tener un demandante frívolo que estima sus posibilidades de ganar el caso en 0,20 y un demandado que estima las posibilidades del demandante frívolo de ganar el mismo caso en sólo 0,10. En este caso las partes serán relativamente optimistas.

<sup>28</sup>  $X = 0,40 (20.000) - 1.500 = 6.500$   
 $X = 0,40 (20.000) - 0,60 (1.500 + 1.500) = 6.200$   
 $Y = 0,30 (20.000) + 1.500 = 7.500$   
 $Y = 0,30 (20.000) + 0,30 (1.500 + 1.500) = 6.900$

En este caso el efecto del proceso sancionatorio es reducir el espacio para una transacción. Si las partes son relativamente optimistas, mientras más alta es la sanción, menor es el espacio para una transacción. El demandante espera pagar una sanción menor a la que el demandado espera recibir en el proceso sancionatorio. Mientras más relativamente optimistas son las partes, mayor es esta diferencia.<sup>29</sup>

Al contrario, si las partes son relativamente pesimistas, el efecto de introducir un sistema de sanciones pecuniarias es aumentar el espacio para una transacción. Para ilustrar este punto es posible asumir que el demandado relativamente pesimista no va a considerar en su análisis la posibilidad de solicitar una pena –como es pesimista, equivocadamente piensa que el demandante frívolo es en realidad legítimo-. Al contrario, el demandante frívolo pesimista, como tal, sí va a considerar la posibilidad de dicho proceso sancionatorio. Bajo estos supuestos, el efecto de introducir un procedimiento de sanciones pecuniarias puede ilustrarse usando los mismos números del ejemplo anterior, pero con un demandante que estima sus posibilidades de ganar el caso en 0,40 y un demandado que estima sus posibilidades en 0,60:

#### Ejemplo 22

$$X = 0,40 (20.000) - 1.500 - 0,60 (300) - 0,60 (4.000) = 3.920$$

$$Y = 0,60 (20.000) + 1.500 = 13.500$$

En este ejemplo el espacio para una transacción es 9.580. Sin un proceso sancionatorio es 7.000 utilizando el sistema norteamericano, y 7.600 usando el sistema inglés.<sup>30</sup> Como el valor esperado del juicio para el demandante es siempre menor como consecuencia de la posibilidad de una sanción y de costos adicionales, el espacio para una transacción es siempre mayor. Mientras mayores sean los gastos y las sanciones, y mientras más relativamente pesimista sean las partes, mayor será el aumento en el espacio para una transacción.

Esta situación variará ligeramente si es que se asume que el demandado relativamente pesimista considerará la posibilidad de solicitar una sanción por demandas frívolas. En dicho caso, el efecto del procedimiento sancionatorio puede mostrarse utilizando nuevamente las cifras del ejemplo 21, pero

<sup>29</sup> Cabe señalar que este efecto del procedimiento sancionatorio puede ser mitigado por los gastos asociados al mismo. Mientras más altos son dichos gastos, mayor es el espacio para una transacción.

<sup>30</sup>  $X = 0,40 (20.000) - 1.500 = 6.500$   $X = 0,40 (20.000) - 0,60 (1.500 + 1.500) = 6.200$   
 $Y = 0,60 (20.000) + 1.500 = 13.500$   $Y = 0,60 (20.000) + 0,60 (1.500 + 1.500) = 13.800$

con un demandante que estima sus posibilidades de ganar el caso en 0,30 y un demandado que estima las posibilidades del demandante de ganar en 0,40.

#### Ejemplo 23

$$X = 0,30 (20.000) - 1.500 - 0,70 (300) - 0,70 (4.000) = 1.490$$

$$Y = 0,40 (20.000) + 1.500 + 0,60 (300) - 0,60 (4.000) = 7.280$$

Con esta modificación, el espacio para una transacción es ahora 5.790. Sin el procedimiento sancionatorio y utilizando el sistema norteamericano es 5.000 y utilizando el sistema inglés 5.300.<sup>31</sup> Como las partes son relativamente pesimistas, mientras mayor sea la sanción, más grande será el espacio para una transacción. La sanción que el demandante espera pagar, es siempre mayor que la sanción que el demandado espera recibir en pago. Mientras más relativamente pesimistas son las partes, más alta es la diferencia entre las sanciones esperadas. Más todavía, mientras mayor son los gastos asociados con el proceso sancionatorio, también más grande es el espacio para una transacción.

De acuerdo con este análisis, el utilizar un sistema de sanciones en contra de demandantes frívolos no necesariamente incrementa la cantidad de transacciones. El efecto de dicho sistema en las transacciones dependerá de cuán relativamente optimistas o pesimistas son las partes. Si las partes son relativamente optimistas, el resultado será reducir el espacio para transacciones. Si las partes son relativamente pesimistas, el efecto de un procedimiento sancionatorio será aumentar la cantidad de transacciones y reducir la cantidad de litigios.

## G. Efectos si es que la sanción es dividida

Es posible asumir que la sanción impuesta en un demandante frívolo puede ser mayor que el monto que el demandado recibe. Dicho exceso puede ser entregado a los Tribunales o a la Tesorería. Entregando parte de la sanción a los Tribunales o la Tesorería es posible mantener sanciones altas –manteniendo el efecto disuasivo– y evitar incentivos excesivos para que los demandados que ganan los juicios soliciten la aplicación de sanciones –evitando así un exceso de procesos sancionatorios.<sup>32</sup>

<sup>31</sup>  $X = 0,30 (20.000) - 1.500 = 4.500$   $X = 0,30 (20.000) - 0,70 (1.500 + 1.500) = 3.900$   
 $Y = 0,40 (20.000) + 1.500 = 9.500$   $Y = 0,40 (20.000) + 0,40 (1.500 + 1.500) = 9.200$

<sup>32</sup> Si el demandado no recibe una cantidad de lo que se obtiene como multa en el proceso sancionatorio, no tendrá ningún incentivo para solicitar la aplicación de sanciones. En dicho caso, incluso asumiendo que el proceso sancionatorio no conlleva costos para el demandado, el valor esperado de dicho proceso para el demanda-

En el mismo sentido, dando parte de la sanción a los Tribunales o a la Tesorería es posible aumentar el espacio para una transacción. Por ejemplo, asumiendo que las partes tienen información simétrica y utilizando las mismas cifras del ejemplo 20, si la mitad de la sanción es entregada al demandado y la otra mitad a los Tribunales o la Tesorería, el espacio para una transacción aumenta de 3.800 a 4.600:

**Ejemplo 24**

$$X = 0,20 (20.000) - 1.500 - 0,80 (500) - 0,80 (2.000) = 500$$

$$Y = 0,20 (20.000) + 1.500 + 0,80 (500) - 0,80 (1.000) = 5.100$$

Como el demandado recibirá menos dinero por concepto de sanción, estará dispuesto a pagar una mayor cantidad en una transacción. En consecuencia, el espacio para una transacción será mayor. Si las partes no tienen información simétrica, el espacio para una transacción también será aumentado al entregar parte de la sanción a los Tribunales o a la Tesorería. Por ejemplo, usando el ejemplo 21, en el cual las partes son relativamente optimistas, si la mitad de la sanción es entregada a los Tribunales o a la Tesorería el espacio para una transacción aumenta desde 990 a 2.390:

**Ejemplo 25**

$$X = 0,40 (20.000) - 1.500 - 0,60 (300) - 0,60 (4.000) = 3.920$$

$$Y = 0,30 (20.000) + 1.500 + 0,70 (300) - 0,70 (2.000) = 6.310$$

Con partes relativamente optimistas y entregando la sanción íntegramente al demandado, la conclusión fue que mientras mayor es la sanción, menor es el espacio para una transacción. Este resultado fue consecuencia del hecho que el demandante espera pagar una pena menor que el monto que el demandado espera recibir en el proceso sancionatorio. Ahora,

...  
**utilizar un sistema sancionatorio en el cual una parte de la sanción es entregada a los Tribunales o a la Tesorería puede disminuir la cantidad de litigios"**

do será siempre 0 y, en consecuencia, el demandado no solicitará la aplicación de sanciones en contra de demandantes frívolos. En consecuencia, para disuadir la interposición de demandas frívolas vía sanciones pecuniarias, el demandado debe al menos recibir una parte del monto de dicha pena. Más todavía, la cantidad que se entrega al demandado no puede ser muy baja. Si dicha cantidad no es lo suficientemente alta, de acuerdo con el análisis hecho en la sección C de este capítulo, pocos demandados querrán solicitar sanciones. Por otro lado, si la porción entregada a los demandados es muy alta, habrá un gran número de procesos sancionatorios. Asumiendo que la cantidad de litigios está relacionada con los costos de los mismos –un mayor gasto en litigios conlleva una mayor cantidad de juicios–. Más procesos sancionatorios conllevan más gastos y, por ende, más litigios. Luego, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, un proceso sancionatorio es deseable si los costos del juicio principal son relativamente altos en comparación con los costos en el proceso sancionatorio. En dicho caso los costos de los procesos sancionatorios serán compensados por el ahorro que se obtiene al disuadir algunas demandas frívolas.

dependiendo de la fracción de la pena que es entregada a los Tribunales o a la Tesorería, es posible eliminar dicho efecto en las transacciones. Si dicha fracción es suficientemente alta, el sistema sancionatorio aumentará el espacio para transacciones en relación a un sistema sin sanciones en contra de demandantes frívolos. Si las partes son relativamente pesimistas, la consecuencia de entregar una fracción de la sanción a los Tribunales o a la Tesorería será también aumentar el espacio para transacciones. El demandado esperará recibir menos dinero por concepto de pena y, en consecuencia, estará dispuesto a pagar más al negociar una eventual transacción. Este resultado puede ser ilustrado usando los números del ejemplo 23 pero entregando la mitad de la sanción a los Tribunales o a la Tesorería. En dicho caso, el espacio para una transacción aumenta de 5.790 a 6.990:

**Ejemplo 26**

$$X = 0,30 (20.000) - 1.500 - 0,70 (300) - 0,70 (4.000) = 1.490$$

$$Y = 0,40 (20.000) + 1.500 + 0,60 (300) - 0,60 (2.000) = 8.480$$

De esta forma, utilizar un sistema sancionatorio en el cual una parte de la sanción es entregada a los Tribunales o a la Tesorería puede disminuir la cantidad de litigios. Aplicando este sistema, es posible disuadir demandantes frívolos, aumentar el espacio para transacciones tanto para litigantes relativamente optimistas como pesimista, y evitar una excesiva cantidad de procesos sancionatorios.<sup>33,34</sup> Sin embargo, debe señalarse que, en la realidad, determinar la fracción óptima en la cual la sanción debe ser dividida no parece ser una tarea fácil. Más aún, como con este sistema demandantes legítimos tienen un riesgo adicional de gastar dinero en el proceso sancionatorio, e incluso de ser sancionados por error, este sistema no sólo a disuade demandantes frívolos, sino que también a demandantes legítimos.

33 Para calcular la fracción de la sanción que es entregada a los Tribunales o a la Tesorería es posible considerar también el gasto de los Tribunales o de la Tesorería en el litigio. De esta forma es posible eliminar una externalidad negativa de la resolución judicial de los conflictos, consistente en que los demandantes no toman en cuenta en su decisión de litigar los costos que causan en los Tribunales o en la Tesorería (Véase Shavell Steven, "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, V. XXVI, Jun. (1997).

34 Entregar una parte de la sanción pecuniaria a los Tribunales puede crear un incentivo para que estos resuelvan que más litigantes son frívolos. En efecto, mientras más demandantes sean sancionados, mayor será el presupuesto de los Tribunales. A mayor abudamiento, si en la determinación de la sanción son considerados los gastos de los Tribunales o a la Tesorería, se puede crear un incentivo para que dichas entidades gasten más dinero en litigios.

## A. Objetivo y marco teórico

En el Capítulo I se analizó cómo el efecto de implementar el sistema inglés o norteamericano en la cantidad de litigios, va a depender de la relación que exista entre el número de demandantes con altas o con bajas posibilidades y entre partes relativamente optimistas o pesimistas. En este capítulo se analiza cómo dicha incertidumbre puede ser eliminada utilizando un modelo que mezcle el sistema norteamericano con el inglés, al cual llamo “*sistema mixto*”. Bajo este modelo, el sistema inglés será aplicable a cualquiera de las partes que pierda el litigio y el sistema norteamericano a cualquiera de las partes que gane el litigio. Usando este modelo, si el demandado pierde, deberá pagar a los Tribunales o a la Tesorería, y no al demandante, el equivalente a los costos judiciales del demandante. Por su parte, si el demandado gana, el demandante deberá pagar el equivalente a los costos del demandado a cualquiera de dichas instituciones. En la aplicación de este sistema se utiliza el mismo marco teórico del Capítulo I.

## B. Efectos en la decisión de presentar una demanda

Utilizando el sistema mixto, como los costos del litigio no son pagados a la parte ganadora sino que a los Tribunales o a la Tesorería, los incentivos del sistema inglés para presentar demandas con altas posibilidades de éxito son eliminados. Asimismo, los desincentivos del sistema inglés en contra de demandas con bajas posibilidades de éxito son mantenidos. Por ejemplo, en un caso con un monto en disputa de 1.200, gastos para cada parte de 850 y probabilidades de que el demandante gane el litigio de 0,80, una demanda con un valor esperado positivo bajo el sistema inglés puede ser transformada en una demanda con un valor esperado negativo:

### Ejemplo 27<sup>35</sup>

Sistema Inglés

$$X = 0,80 (1.200) - 0,20 (850 + 850) = 620$$

Sistema Mixto

$$X = 0,80 (1.200) - 850 - 0,20 (850) = - 60$$

De acuerdo con este análisis, utilizando el sistema mixto es posible eliminar el crecimiento que el uso del sistema inglés, en relación al norteamericano, produce en las demandas con altas posibilidades

<sup>35</sup> En este ejemplo el caso también tiene un valor esperado positivo bajo el sistema norteamericano ( $X = 0,80 (1.200) - 850 = 110$ ).

de éxito. Más todavía, con este sistema es posible eliminar el crecimiento que el uso del sistema norteamericano, en relación al inglés, produce en las demandas con bajas posibilidades de éxito –la posibilidad de pagar el equivalente de los costos de la parte ganadora disuade dicho tipo de demandas-. Este sistema también elimina los incentivos que existen en el sistema inglés, en acciones con altas posibilidades de éxito, a gastar en exceso –independiente del resultado del pleito, cada parte deberá siempre pagar sus gastos judiciales-. Finalmente, utilizando este sistema, las partes son disuadidas de inducir gastos judiciales excesivos en la contraparte –si es que se pierde el pleito se deberán pagar los costos de la otra parte-.<sup>36</sup>

## C. Efectos en la decisión de transar

Si las partes son relativamente optimistas y el monto que la parte perdedora debe pagar no es entregado a la parte ganadora, sino que a los Tribunales o a la Tesorería, el espacio para una transacción será incrementando tanto respecto del sistema norteamericano como del inglés. Para ilustrar esta situación puede utilizarse un ejemplo en el cual el monto en disputa es 2.200, los costos para cada parte 500, un demandante que estima sus probabilidades de ganar en 0,80 y un demandado que estima las probabilidades del demandante en 0,80:

### Ejemplo 28

Sistema Inglés

$$X = 0,80 (2.200) - 0,20 (500 + 500) = 1.560$$

$$Y = 0,30 (2.200) + 0,30 (500 + 500) = 960$$

$$\text{Espacio para Transacción} = - 600$$

Sistema Norteamericano

$$X = 0,80 (2.200) - 500 = 1.260$$

$$Y = 0,30 (2.200) + 500 = 1.160$$

$$\text{Espacio para Transacción} = - 100$$

Sistema Mixto

$$X = 0,80 (2.200) - 500 - 0,20 (500) = 1.160$$

$$Y = 0,30 (2.200) + 500 + 0,30 (500) = 1.310$$

$$\text{Espacio para Transacción} = 150$$

Utilizando el sistema mixto, como cada parte pagará sus costos judiciales y también anticipa una posibilidad de pagar los costos de la contraparte, el espacio para una transacción con litigantes

<sup>36</sup> Debe tenerse en consideración que este sistema aumenta el riesgo que las partes asumen en un juicio civil. Por lo mismo, el sistema mixto disuade no sólo demandas frívolas, sino que también demandas legítimas, especialmente si el demandante tiene aversión al riesgo. Asimismo, este sistema también disuade demandas que, teniendo bajas posibilidades de éxito, pueden ser consideradas socialmente valiosas, como por ejemplo, en el caso de litigios contra la discriminación racial en los Estados Unidos. Aunque utilizando el sistema mixto es posible efectuar excepciones a la regla para aquellos casos en los cuales se desea incentivar el litigio, en la práctica, nunca es fácil implementar dichas distinciones.

relativamente optimistas será mayor que en los sistemas norteamericanos e inglés. Aplicando este sistema, el espacio para una transacción también será mayor que en los sistemas norteamericano o inglés cuando existan litigantes relativamente pesimistas o con información simétrica. Para ilustrar este punto, es posible utilizar las mismas cifras del ejemplo anterior, primero con litigantes relativamente pesimistas –por ejemplo un demandante que estima sus probabilidades de ganar en 0,40 y un demandado que estima las probabilidades del demandante de ganar en 0,60-; y luego con partes con información simétrica –por ejemplo estimando ambas las probabilidades del demandante de ganar en 0,60-:

#### Ejemplo 29 (Partes Relativamente Pesimistas)

##### Sistema Inglés

$$X = 0,40 (2.200) - 0,60 (500 + 500) = 280$$

$$Y = 0,60 (2.200) + 0,60 (500 + 500) = 1.920$$

$$\text{Espacio para Transacción} = 1.640$$

##### Sistema Norteamericano

$$X = 0,40 (2.200) - 500 = 380$$

$$Y = 0,60 (2.200) + 500 = 1.820$$

$$\text{Espacio para Transacción} = 1.440$$

##### Sistema Mixto

$$X = 0,40 (2.200) - 500 - 0,60 (500) = 80$$

$$Y = 0,60 (2.200) + 500 + 0,60 (500) = 2.120$$

$$\text{Espacio para Transacción} = 2.040$$

#### Ejemplo 30 (Partes con Información Simétrica)

##### Sistema Mixto

$$X = 0,60 (2.200) - 500 - 0,40 (500) = 620$$

$$Y = 0,60 (2.200) + 500 + 0,60 (500) = 2.120$$

$$\text{Espacio para Transacción} = 1.500$$

$$\text{Espacio para Transacción bajo los Sistemas Norteamericano e Inglés} = 1.000$$

Como puede apreciarse de estos ejemplos, el efecto de utilizar el sistema mixto en lugar del norteamericano o inglés es aumentar el espacio para transacción y, por ende, reducir la cantidad de litigios.<sup>37 38</sup>

La existencia de un juicio civil conlleva costos legales. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, los costos legales influyen la conducta de los litigantes en cada etapa de un proceso, desde la decisión de presentar o no una demanda, hasta la decisión de transar un juicio o seguir adelante con el mismo. Al alterar los costos y los beneficios del litigio, distintos sistemas de pago de costas y sanciones pecuniarias alteran las decisiones que las partes realizan en las distintas etapas de un proceso. Dichas reglas cambian los incentivos de los litigantes a lo largo del litigio, modificando los valores y los costos esperados que las partes deben enfrentar. Por lo mismo, diferentes reglas de costas o sanciones pecuniarias, pueden reducir o aumentar la cantidad de juicios civiles.

...  
el efecto de utilizar el sistema mixto en lugar del norteamericano o inglés es aumentar el espacio para transacción y, por ende, reducir la cantidad de litigios.

Los costos legales de un juicio pueden ser asignados de distintas formas. Los sistemas más tradicionales son el norteamericano y el inglés. Utilizando el sistema inglés en lugar del norteamericano, puede esperarse un aumento en el número de demandas con altas probabilidades y una disminución en el número de demandas con bajas probabilidades.

Al contrario, utilizando el sistema norteamericano, en lugar del sistema inglés, puede esperarse un aumento el número de demandas con bajas posibilidades y una disminución en el número de demandas con altas probabilidades. Asimismo, si las partes son relativamente optimistas, el espacio para una transacción será mayor utilizando el sistema norteamericano. Si las partes son relativamente pesimistas, el espacio para una transacción será mayor utilizando el sistema inglés. Si las partes comparten las mismas expectativas en relación al juicio, siempre habrá un espacio para transacción igual a la suma de los costos de ambas partes.

Si se utiliza un sistema de sanciones pecuniarias en contra de demandantes frívolos se alteran también los valores y costos esperados de un litigio civil. Este sistema conlleva costos adicionales tanto para demandantes frívolos como para demandantes legítimos. Dichos costos están asociados con los gastos de un procedimiento sancionatorio y con la sanción pecuniaria. En tal sentido, el procedimiento sancionatorio funciona como una disuasión contra demandas, especialmente contra demandas frívolas. Más aún, como un sistema de sanciones conlleva costos adicionales, su aplicación aumenta el espacio para una transacción cuando las partes tienen información simétrica y cuando son relativamente pesimistas. Sin embargo, si las partes son

<sup>37</sup> Si las partes tienen aversión al riesgo, el espacio para una transacción será aún mayor. En efecto, al transar un juicio las partes están eliminando el riesgo de la incertidumbre del litigio pendiente.

<sup>38</sup> Se podrá pensar que utilizando el sistema mixto no existen incentivos para que la parte ganadora solicite el cumplimiento de la obligación de pagar los costos del juicio en contra de la parte perdedora –dicha cantidad es pagada a los Tribunales o a la Tesorería, no a la parte ganadora. Sin embargo, como dichos costos deben ser pagados por cualquier parte que pierda el litigio, sin que sea necesario un procedimiento que declare que ella fue frívola, no necesariamente se requerirá una acción de la parte ganadora para la ejecución del sistema. Más todavía, para calcular los costos de la parte ganadora, puede establecerse la obligación de la parte ganadora de informar a los tribunales acerca de sus costos judiciales. Asimismo, como este sistema elimina el procedimiento sancionatorio, en comparación con el sistema de sanciones en contra de los demandantes frívolos, también reduce la cantidad de litigios.

relativamente optimistas, mientras mayor sea la sanción, menor será el espacio para una transacción. Esta situación puede ser modificada si la sanción es dividida y se entrega parte de ella a los Tribunales o a la Tesorería y parte al demandado ganador.

También es posible aplicar un sistema que mezcle los modelos norteamericano e inglés, en virtud del cual el sistema inglés se aplica a las partes perdedoras y el sistema norteamericano a las partes ganadoras. Utilizando este modelo, los incentivos que crea el sistema inglés para la presentación de más demandas con altas posibilidades y para gastar más en dichas acciones son eliminados. Asimismo, los desincentivos del sistema inglés para presentar demandas con bajas posibilidades de éxito son mantenidos y, además, las partes son disuadidas de inducir gastos en la contraparte. Más aún, como cada parte pagará siempre sus costos legales y también estima una posibilidad de pagar los costos de la otra parte, en comparación con el sistema inglés o norteamericano, este sistema crea mayor espacio para una transacción.

En resumen, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, diferentes sistemas de pago de costas y sanciones pecuniarias conllevan resultados diversos en la cantidad y el tipo de casos que se litigan. Para obtener una disminución en el número de litigios, todos los modelos analizados en este artículo tienen ventajas y desventajas. Incluso las reglas que son más efectivas en reducir la cantidad de juicios civiles y disuadir demandas frívolas tienen algunos efectos que podrían considerarse no deseados. En tal sentido, para decidir qué modelo debe utilizarse en el nuevo Código de Procedimiento Civil chileno, los legisladores deben tomar en consideración los efectos descritos en este trabajo. Asimismo, los legisladores deben considerar estudios empíricos que informen qué tipo de juicios son actualmente ingresados a nuestros tribunales civiles.

- Baird, Douglas G., Gertner, Robert H. and Picker, Randal C., *Game Theory and the Law* (1994).
- Casas, Lidia; Duce, Mauricio; Marín, Felipe; Riego, Cristián and Vargas, Macarena, *El Funcionamiento de los Nuevos Tribunales de Familia: Resultados de una Investigación Exploratoria* (Universidad Diego Portales ed.) (2006).
- Cooter, Robert D. and Rubinfeld, Daniel L., “Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution”, *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, N°3, pp 1067-1097, Sep. (1989).
- Hay, Bruce L. and Kathryn E. Spier, “Settlement of Litigation”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 442, Peter Newman Ed., MacMillan Reference Limited (1998).

- Hughes, James W. and Snyder, Edward A, “Allocation of Litigation Costs: American and English Rules”, *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, pp. 51 - 53.
- Hughes, James W. and Snyder, Edward A, “Litigation and Settlement Under the English and American Rules: Theory and Evidence”, *Journal of Law and Economics*, V. 38, N°1, Apr. (1995).
- Hylton, Keith N., “Welfare Implications of Costly Litigation Under Strict Liability”, *American Law and Economic Review*, Spring, (2002).
- Kahan, Marcel and Tuckman, Bruce, “Special Levies on Punitive Damages: Decoupling, Agency Problems, and Litigation Expenditures”, *International Review of Law and Economics*, June, (1995).
- Katz, Avery Wiener, “Indemnity of Legal Fees”, *Encyclopedia of Law and Economics*, 7300.
- Kobayashi, Bruce H and Parker, Jeffrey S., “Civil Procedure: General”, *Encyclopedia of Law and Economics*, 7000.
- Merryman, John, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* 120 Stanford University Press ed. (1985).
- Polinsky, A. Mitchell and Rubinfeld, Daniel L., “Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis”, *Georgetown Law Journal*, V. 82, N°2, Dec. (1993).
- Polinsky, A. Mitchell and Rubinfeld, Daniel L., “Welfare Implications of Costly Litigation for the Level of Liability”, *The Journal of Legal Studies*, V. 12, N° 1, pp. 151-164, Jan. (1988).
- Polinsky, A. Mitchell, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, (2003).
- Polinsky, A. Mitchell, “Detrebling versus Decoupling Antitrust Damages: Lessons from the Theory of Enforcement”, *Georgetown Law Journal*, April (1986).
- Polinsky, A. Mitchell and Che, Yeon-Koo “Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation”, *RAND Journal of Economics*, Vol. 22, N° 4, Winter (1991).
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, (2003).
- Shavell Steven, *Economic Analysis of Law*, Discussion Paper N°283, 6/2000, Harvard Law School (2000).
- Shavell Steven, “The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *Journal of Legal Studies*, V. XXVI, Jun. (1997).
- Shavell Steven, *Economic Analysis of Law*, Research Summary, [www.nber.org/reporter/spring99/shavell.html](http://www.nber.org/reporter/spring99/shavell.html).
- Shavell, S. “Suit, settlement and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal cost: evidence confront theory”, 1982, *Journal of Legal Studies* 11: 55-81 (1982).
- Spier, Kathryn, *Litigation: The Handbook of Law & Economics*, no publicado.