

Efectes de la variabilitat sobre la resolució de conflictes*

Jesús Pintos Ager

Sumari

- Resolució de conflictes i prediccions.
- Els incentius generats després del canvi d'escenari.
 1. El sistema obert anterior a 1995.
 2. Efectes de la baremació.
 3. Efectes sobre la decisió de plantejar el conflicte.
 4. Els costos de litigar i l'aversion al risc.
- Efecte net i conclusions.

• ***Introducció***

La reclamació del dany indemnitzable obliga tant al beneficiari com al causant a prendre decisions sobre la via per la que s'ha de plantejar i resoldre el seu cas, fonamentalment en judici o negociant un acord extrajudicial.

En els darrers anys hem estat testimonis de profundes reformes legals en els sistemes indemnitzatoris, com a reacció enfront els seriosos problemes que s'interposen en la consecució dels seus objectius. Sens dubte una de les més noves i interessants és el sistema vinculant de valoració del dany corporal que va entrar en vigor a Espanya el 1995¹.

Com afecta aquesta important reforma en el nostre Dret de danys a la litigiositat generada pel sistema de responsabilitat civil?

La primera part d'aquest treball pretén oferir un marc analític per tal de respondre a aquesta pregunta amb objectivitat. Tot seguit s'ordenen els diversos resultats als que permet arribar aquest senzill model i s'extreuen algunes conclusions de l'anàlisi. Es tracta, doncs, d'establir una comparació entre dues opcions de política legislativa en Dret de danys:

- Un sistema d'avaluació obert, en el que el jutge gaudeix d'un arbitri quasi absolut per la quantificació del dany indemnitzable,
- Enfront un altre de reglat en el que només correspon al jutge determinar el tipus de lesió –o les circumstàncies personals en cas de mort– de la víctima, per tot seguit assignar les quanties indemnitzatòries preestablertes en les matrius del sistema.

El que aquí es pretén és aplicar els ben coneguts models de l'anàlisi econòmica de la litigació a aquesta realitat, per tal d'ail·lar els costos i incentius que genera, tot cercant la identificació i predicció dels seus efectes.

* Traducció a càrrec d'Albert Lamarca Marquès.

En el molt considerable nombre de publicacions que s'han ocupat d'aquesta reforma tan notable, es troba a faltar alguna anàlisi d'aquesta mena, no basada exclusivament en intuïcions i desigs. Però, encara de manera més greu, tampoc en el procés d'elaboració de la Llei no es va escometre una predicció adient dels seus efectes. En el seu lloc, el legislador va donar per bones i va fer seves –en forma d'exposició de motius– les previsions dels defensors del «barem», com a panacea enfront els problemes de variabilitat indemnitzatòria, litigiositat i mal funcionament de la indústria de l'assegurança. Amb aquesta omisió no han de sorprendre els problemes que l'han seguida, culminats amb vàries sentències en contra de les Sales Primera i Segona del Tribunal Suprem, i una sorprenent declaració d'inconstitucionalitat parcial el propassat juny².

Els resultats obtinguts a nivell teòric posen en entredit l'acceptada intuïció que el barem reduiria la litigiositat. Això només és així sota determinats supòsits de partida; si aquests no es donen és possible que l'efecte sigui el contrari.

- **Resolució de conflictes i prediccions**

Els models estàndard de litigació ens ofereixen una excel·lent eina per reconstruir les decisions a les que s'enfronten les parts en un litigi. En essència, ens permeten predir la forma en què es resoldrà l'afer en funció de les circumstàncies del cas. Aquest acabarà en un judici o bé podrà aconseguir-se un acord extrajudicial, depenent de la quantia de què es tracti, la probabilitat de guanyar –que al seu torn depèn de la conducta de la víctima i el causant i dels elements provatoris de què disposin tots dos–, els costos d'anar a judici o arribar a un acord i el nombre d'accidents que deriven en reclamacions:

$$D = f(Q_e, Q_o, P, C, A, N)$$

On

D= Demanda de tutela judicial, o nombre d'afers portats davant els tribunals

Q_o = Indemnització prevista *ex ante* pel demandat

Q_e = Indemnització prevista pel demandant

Q = Indemnització finalment fixada pel jutjador

P= Probabilitat objectiva que el demandant prevalgui en judici i obtingui una sentència estimatòria

C= Costes processals en sentit ampli: cost de portar l'afer fins al final, davant els tribunals

A= Costos associats a l'obtenció d'un acord o solució extrajudicial

N= Nombre de conflictes explicitats.

Les conjectures sobre la indemnització com a variables aleatòries. Per descomptat que

ni la víctima ni el causant poden saber amb exactitud quant concedirà el jutge com a indemnització fins que no dicti sentència $-Q$. Aquesta quantia depèn no només de les circumstàncies fàctiques del cas, sinó també del biaix i apreciació personal del Jutge, el marc legal, la jurisprudència d'instàncies superiors, les possibilitats d'apel·lació, etcètera.

Per les parts en litigi no hi ha més remei que recórrer a estimacions o conjetures sobre el *quantum* en aquestes decisions que han de prendre al llarg del procés. És clar que són en realitat els lletrats encarregats de la seva defensa els que tenen el paper principal, tant en el càlcul d'aquestes estimacions com en el seu control, ajudant a decidir als seus clients. Al capdavall, son ells els que disposen d'una experiència molt superior, pel seu caràcter de «jugadors habituals». Però també és cert que els interessos d'uns i d'altres poden molt bé no anar a l'ensem, atesa l'estructura d'incentius que provoca l'actual sistema d'honoraris.

Hi ha dos ingredients centrals en la formació d'aquestes conjetures sobre la quantia:

- Els precedents establerts per a casos anàlegs en la pràctica dels tribunals, en la mesura en què el «soroll» generat per la variabilitat permeti identificar-los, i
- L'actitud de les parts, que poden mostrar-se optimistes o pessimistes en la predicció del que els correspondria pagar o percebre en judici.

La presència de biaixos optimistes o pessimistes acostuma a reflectir-se en l'estimació de la probabilitat, no de la quantia, en els models «clàssics» de litigació. En aquest treball, en canvi, s'ha optat per reconduir aquestes conductes cap a les conjetures sobre la quantia de què es tracti, Q_e i Q_o , i no P , per la raó que tot seguit es veurà. El concepte de variable aleatòria encaixa perfectament en la representació de les prediccions de les parts perquè permet assignar una distribució de probabilitat a tot el rang de valors possibles de la indemnització judicial. Per tant, suposarem que l'error comès per les parts en estimar la quantia indemnitzatòria és una variable aleatòria amb distribució normal.

$$Q_e = Q + \varepsilon_e \text{ i } Q_o = Q + \varepsilon_o$$

$$\text{On } \varepsilon_e \sim N(\mu_e, \delta_e) \text{ i } \varepsilon_o \sim N(\mu_o, \delta_o)$$

Per tal de fer manejables aquestes estimacions subjectives s'adapten dos supòsits o hipòtesis de treball que, si bé distorsionen la realitat, a canvi simplifiquen en gran mesura l'anàlisi:

1r) Les estimacions o conjetures de les parts són variables aleatòries que segueixen distribucions normals, amb mesures i variances que no tenen perquè coincidir, però poden fer-ho; encara que l'únic supòsit realment imprescindible per al funcionament del model és el que la discrepància $-Q_e - Q_o$ sigui una funció unimodal, amb un únic màxim absolut.

$$Q_e \sim N(\mu_e, \sigma_e)$$

$$Q_o \sim N(\mu_o, \sigma_o)$$

2n) Ambdues conjetures són independents entre elles. Aquest supòsit tampoc no és imprescindible però simplifica més el maneig de la diferència entre ambdues distribucions del que distorsiona la capacitat explicativa del model. Al que podria objectar-se i no sense raó, que la pretensió indemnitzatòria plantejada pel demandant condiciona l'estimació que el demandat realitza de la quantia

indemnitzatòria³. Suposem, per tant, que

$$\text{Cov}[Q_e, Q_o] = 0$$

Judici o acord? En general, hi haurà acord quan la petició mínima del demandant no excedeixi l'oferta màxima del demandat. En aquest cas, la negociació extrajudicial acabarà amb èxit substituint la decisió del jutge.

Les pretensions de les parts en la negociació depenen del valor esperat que ambdues assignen al cas, un cop descomptat el que cadascuna d'elles gastaria fins que recaigués una resolució judicial ferma. Per a què al demandant li resulti interessant una oferta d'acord del demandat, aquesta haurà d'igualar, com a mínim, la quantitat que el demandant estima que pot guanyar en judici, neta dels costos en què incorriria per aconseguir-ho; per tant:

$$\text{petició mínima del demandant} = P \cdot Q_e - C + A$$

Per la seva part, el demandat estarà disposat a oferir una quantitat màxima equivalent al que estima que pot perdre en judici, més el que gastaria en intentar evitar-ho:

$$\text{oferta màxima del demandat} = P \cdot Q_o + C - A,$$

de manera que hi haurà acord si es compleix la següent condició:

$$P \cdot Q_e - C + A < P \cdot Q_o + C - A$$

Operant fins a posar la resta de variables com a funció de les conjectures sobre Q , resulta que hi haurà judici quan la probabilitat i els costos es relacionen amb les conjectures de la manera següent:

$$Q_e - Q_o > 2 * (C - A) / P$$

La següent expressió de la inequació d'acord dóna lloc a què al llarg d'aquest treball es faci servir amb freqüència la funció resultant de restar entre si les conjectures de demandant i demandat. La funció resultant serà denominada discrepància o divergència i segueix una distribució normal amb la diferència de les dues mitges i la suma de les variàncies:

$$Q_e - Q_o \sim N[(\mu_e - \mu_o), (\sigma_e^2 + \sigma_o^2)]$$

El caràcter estocàstic d'aquests estimadors té dues fonts ben clares, però que ja és important diferenciar amb nitidesa:

- La previsibilitat de la resolució, que depèn de la qualitat i nitidesa de la informació que reben els litigants de precedents establerts en casos semblant al seu,
- i el biaix optimista o pessimista, que els portarà a sobreestimar o menysprear el que podrien guanyar o perdre en judici.

- ***Els incentius generats després del canvi d'escenari***

El canvi legislatiu operat el 1995 per la Llei d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances Privades afecta fonamentalment a la quantia objecte del litigi. Aquest és el motiu pel qual s'analiza en primer lloc quin tipus de canvis produeix el barem sobre les previsions al voltant de Q , i els efectes que al seu torn pot tenir en la forma en què es resolen els litigis –taxes de judici i acord–.

Per aquest mateix motiu, i en contra del que succeeix en la literatura en ús, que acostuma a canalitzar la presència d'optimisme mitjançant canvis en la probabilitat de guanyar – P –, aquí s'ha deixat de banda la incertesa sobre les probabilitats, considerant-la determinista. Es tracta d'aïllar l'anàlisi i centrar-la en l'estudi de la variable Q , la més afectada després de la instauració del barem.

Passa, doncs, que encara que els demandants optimistes siguin normalment els qui exageren les seves possibilitats d'èxit, i els demandats optimistes els qui les subestimen, aquí entendrem per aquests, respectivament, els qui exageren les indemnitzacions que percebran –en el cas dels demandants– o subestimen les indemnitzacions a què hauran de fer front –els demandats–. Es representa l'optimisme mitjançant canvis en les variables aleatòries Q_e i Q_o . No sembla forassenyat esperar que el demandant optimista sobrevalori el que puguin concedir-li, a la vegada que el demandat que també ho sigui el subestimi. L'efecte del seu optimisme sobre la probabilitat d'èxit és perfectament compatible amb l'efecte sobre les conjeitures, Q_e i Q_o . La introducció del barem no afecta –almenys directament– a les probabilitats de prevaler en judici: aquestes romanen constants. D'aquesta manera s'aïlla nítidament el que són efectes directes del barem d'altres problemes analítics.

Segons es veurà a continuació, l'efecte principal –encara que no únic– que s'ha d'esperar de la legislació de les indemnitzacions per mitjà d'un barem objectiu haurà de produir-se sobre la quantia objecte del litigi, Q . La situació sense barem es caracteritza per la presència d'un gran marge de discrecionalitat judicial en la determinació del *quantum* indemnitzatori. Com a conseqüència directa, les decisions judicials són erràtiques i oscil·len sensiblement malgrat resoldre casos anàlegs. Atès que aquestes quanties assenyalades en les sentències fan el paper de senyals o incentius determinants dels subjectes, les postures dels litigants en la negociació extrajudicial acusen la variabilitat de les esmentades resolucions, en què es basen.

1. El sistema obert anterior a 1995

Error 1: optimisme (distanciament de les mesures de les conjeitures)

La manca de criteri objectiu en les indemnitzacions –amb les consegüents dificultats per la seva predicció– afavoreix la presència de l'optimisme, com a error en les conjeitures. La presència d'optimisme té molt a veure amb el paper protagonista de l'advocat en el procés, com a assessor del seu client. L'advocat té incentius per generar optimisme en prendre decisions sobre el cas. Un d'ells és l'estructura dels honoraris del lletrat a Espanya, on els pactes de *quota litis* estan prohibits. El tradicional esquema de preus per la prestació d'assistència lletrada –regulats pels Col·legis d'Advocats– genera problemes de risc moral, perquè la remuneració del lletrat depèn de la quantia de què es tracti i del tipus d'intervenció, no del resultat.

Els demandants optimistes exageren en estimar el valor de la indemnització mentre que el demandat, per la seva part, subestima el pagament al que hauria de fer front en judici. La conseqüència d'aquest biaix en l'estimació és un allunyament o enduriment de les postures d'ambdues parts en la negociació i per tant, una reducció de les possibilitats d'acord.

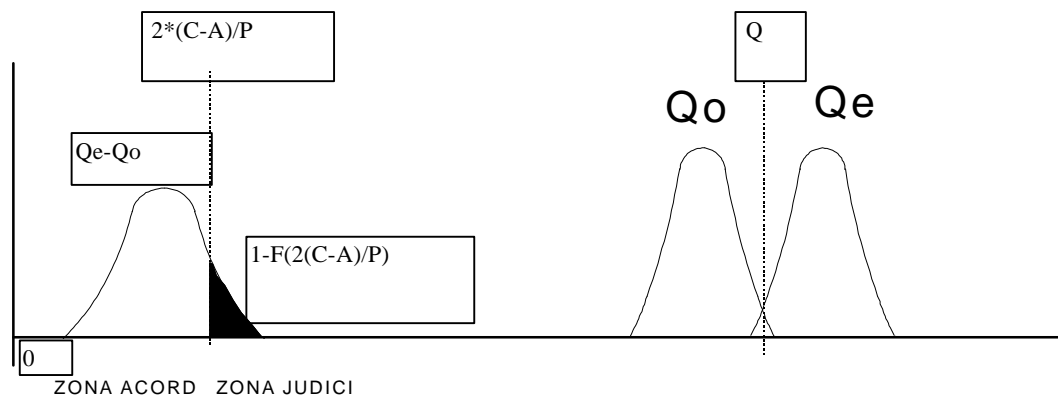
En el model que aquí es planteja, la presència de conductes optimistes té a veure amb la separació entre les funcions d'estimació de les parts o distància horitzontal entre les mitges. L'optimisme allunya les distribucions perquè incideix sobre les mitges de les conjectures. En canvi, els problemes d'informació que afecten a la qualitat de l'estimació –tractats immediatament a continuació– es manifesten en les variances de Q_e i Q_o . Aquesta separació tan dràstica pretén aïllar al màxim els efectes de la variabilitat i la seva reducció, per poder afrontar una anàlisi minuciosa, capaç d'aconseguir conclusions fiables i nítidament identificades –encara que en detriment, de vegades, de l'agilitat en l'exposició.

En les gràfiques que representen la situació anterior al barem s'ha introduït una certa dosi d'optimisme i aquest és el motiu pel qual les estimacions de les parts estan separades, és a dir, no tenen igual mitja. Més concretament, s'ha suposat que demandant i demandat són igualment optimistes, per això les seves conjectures són equidistants del valor futur de la indemnització, representat pel punt Q a la gràfica.

Efecte 2: Incertesa sobre la indemnització (variança alta)

Ja s'ha descrit en d'altres llocs la situació prèvia a la introducció del barem com a una de gran marge de discrecionalitat atorgada als jutjadors per la determinació de les indemnitzacions, el que fa que hi hagi diferències pel que fa a les quanties que s'estan fixant com a indemnització per a supòsits anàlegs. Aquesta situació de major incertesa condiciona a Q , fent que les solucions donades en jutjar situacions anàlogues siguin molt erràtiques.

Gràfica 1



En la gràfica 1 s'han representat les funcions de densitat de les variables aleatòries Q_e i

Q_0 –conjectures sobre Q –. Pot observar-se com l'excessiva discrecionalitat anterior al barem fa que les distribucions siguin molt disperses, és a dir, que les seves variances siguin elevades⁴.

Al mateix temps, la presència d'optimisme determina certa separació entre les mesures d'ambdues distribucions. La mesura de la conjectura del demandant optimista es situa a la dreta de Q i la del demandat, a l'esquerra. En els mateixos eixos he representat l'aspecte que tindria la funció de densitat de la variable aleatòria resultant de restar les dues anteriors, $Q_e - Q_0$, que no és sinó la coneguda divergència entre les estimacions dels litigants entorn a Q .

Com s'ha dit anteriorment, les estimacions de les parts es suposen variables aleatòries independents que segueixen distribucions normals, el que permet assegurar el comportament de la diferència com una altra de normal, de mitja la diferència de les mitges de les anteriors i la variança de la qual és suma de les variances anteriors –gràcies al supòsit que $\text{Cov}[Q_e, Q_0] = 0$ –. En la mateixa escala s'han considerat els valors dels costos de litigació $-C$ i A i la probabilitat d'acord $-P$ a partir dels quals té sentit anar a judici $-2*(C-A)/P$ –. L'àrea negra és, per tant, la massa probabilística associada a què aquest cas arribi a judici.

$$f_x(2(c-a)/p) = 1 / 2\pi\sigma^2 e^{-(x-\mu)^2/2\sigma^2} dx$$

L'àrea buida correspon a la probabilitat d'acord per aquell cas, sempre com a funció de l'error en l'estimació de la quantia. El cas representat pel gràfic 1 és al límit. Com que s'ha suposat certesa pel que fa a les altres variables, només les conjectures admeten la possibilitat d'error –són variables aleatòries–. A la pràctica diària, la incertesa afecta a d'altres variables però això no és rellevant per la separació i l'anàlisi dels efectes estrictament deguts al barem; d'aquí la seva no inclusió.

Per descomptat, hi ha molts casos en què no hi ha dubte: les conjectures de les parts estan clarament per damunt o per sota del punt crític $2*(C-A)/P$ malgrat l'error, és a dir, les conjectures de les parts són de tal manera que tot el rang de valors possibles per a $Q_e - Q_0$ està clarament a la dreta o esquerra d'aquest punt crític. Aquest tipus d'afers no es veu afectat per l'entrada en vigor de la reforma objecte d'aquesta anàlisi. El barem afecta tots aquells afers dubtosos per estar «al marge», que són susceptibles de resoldre's tant en judici com mitjançant acord. Més exactament, aquells casos en els que la divergència sobre la quantia conté el punt crític: $2*(C-A)/P \in \text{Rang}\{Q_e - Q_0\}$; més aquells que abans de l'entrada en vigor del barem no complien l'esmentada condició i ara sí.

Costos socials de la variabilitat. En resum, mentre que la presència d'optimisme afecta l'esperança de les distribucions de les conjectures, tot separant-les; la divergència de les resolucions afecta les variances, tot augmentant-les. Aquests dos efectes, mitjançant els quals es manifesta la variabilitat en les indemnitzacions, generen com a mínim dos tipus de costos socials:

- 1) L'ús de les sentències per resoldre litigis que podrien ser més eficientment resolts mitjançant acord, o viceversa, són símptomes del mal funcionament dels mecanismes de resolució judicial i extrajudicial.
- 2) A més, els costos socials d'una distribució no adient de casos entre aquestes dues vies de resolució, amb una excessiva taxa de litigació enfront una quantitat subòptima d'acords produeix congestió en els òrgans encarregats de l'administració

de justícia⁵. Aquest problema és especialment greu a Espanya, on tant la sobrecàrrega com la dilació al treball dels jutjats assoleixen nivells alarmants⁶.

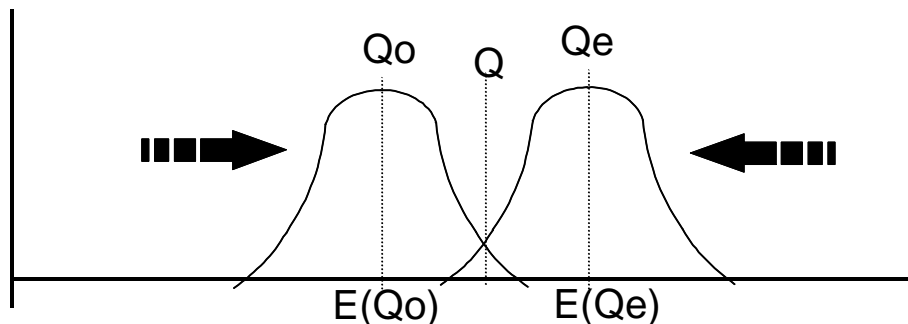
- 3) El major cost relatiu d'anar a judici, enfront el d'aconseguir un acord, no ve sinó a agreujar la situació, especialment si tenim en compte que una part dels primers és suportada pels contribuents després de la supressió de les taxes judicials el 1986.
- 4) El mercat d'assegurances és especialment sensible a les fallides del sistema de rescabament. És possible que estigui en l'interès de les empreses dedicades a l'assegurament exagerar parcialment la magnitud del problema, però sembla clara la dificultat que una situació d'incertesa pel que fa a les indemnitzacions suposa per al funcionament d'aquestes entitats. En particular, la disparitat entre indemnitzacions assenyalades per supòsits anàlegs genera un cert risc per la solvència de les asseguradores. Aquestes troben problemes de predicció de les dotacions a les provisions tècniques per a prestacions. Al capdavant, tot es tradueix en sensibles augments en les primes i una situació global de pèrdues en el sector, així com en un important moviment de sortida d'empreses del mercat.

2. Efectes de la baremació

Efecte 1: correcció de l'optimisme (apropament de les mitges).

L'entrada en vigor del barem redueix el marge per incórrer en optimisme o pessimisme, el que fa que s'apropin o es separin les mitges de les estimacions, respectivament, segons quina sigui la situació de partida.

Gràfica EF1



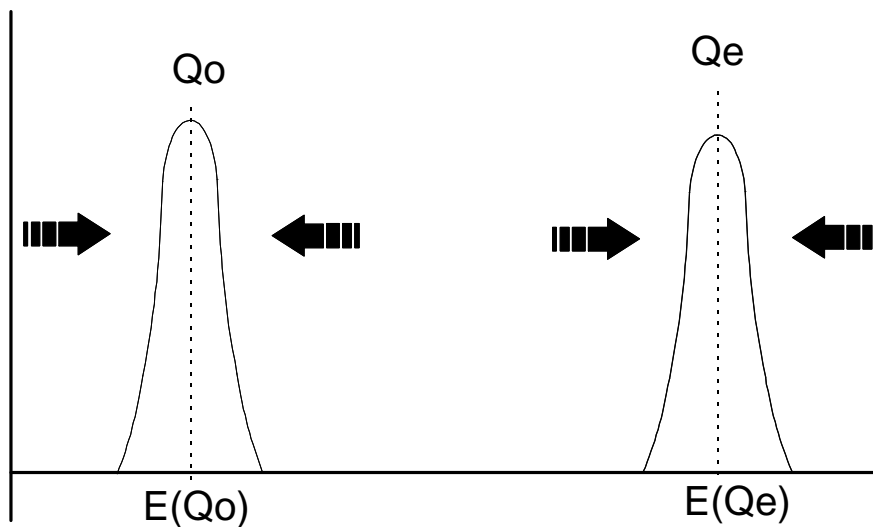
L'aproximació de les conjectures cap a Q , representada a la gràfica EF1, força un desplaçament de la discrepància entre elles a l'esquerra –apreciable també a les gràfiques 2 i 3– perquè la mitja de la discrepància és la diferència de les mitges de les conjectures. Comparant les gràfiques 1 i 2 pot apreciar-se aquest efecte de desplaçament a l'esquerra de la discrepància. El desplaçament de la funció de densitat fa que part de l'àrea que hi ha per sota de l'esmentada funció a partir del punt crític passi d'estar a la dreta a estar a l'esquerra d'aquest punt crític. Aquest és l'efecte 1, d'augment de la probabilitat d'acord i disminució de la d'anar a judici⁷.

Per descomptat que, si la situació inicial fos de pessimisme, llavors l'entrada en vigor del barem reduiria el nombre d'acords, en separar més les distribucions, situades al contrari –l'estimació del demandant a l'esquerra i la del demandat a la dreta–.

Efecte 2: homogeneïtzació de les indemnitzacions (reducció de la variança).

L'entrada en vigor del barem legal generarà una reducció sensible –tant com sigui aquest de rígid– de la dispersió de les indemnitzacions. Això és així perquè introdueix una avaluació objectiva i uniforme a la que, des de la seva entrada en vigor, estaran obligats legalment els jutges. En internalitzar les parts aquesta nova situació, les seves conjetures entorn la quantia indemnitzatòria esdevenen distribucions molt més agrupades al voltant de la mitja. En d'altres paraules, es produeix una reducció substancial en les variances de les conjetures, Q_e i Q_o , a les que segueix la divergència. Això succeeix no només per la més gran homogeneïtat que el barem provoca en les indemnitzacions, sinó perquè aquestes són estimables amb quasi total certesa, en poder fer servir els advocats el mateix instrument que farà servir el jutge en la determinació del *quantum*.

Gràfica EF2



La gràfica EF2 mostra amb claredat aquest efecte consistent en un augment del grau d'apuntament en les funcions. Les conjetures, després de la instauració del barem, es mostren molt més estilitzades que abans; les seves cues s'aproximen més a les mitges. La discrepància també acusa aquest canvi perquè la seva variança és la suma de les variances de les conjetures –gràcies al supòsit d'independència entre les conjetures–, tal i com s'encarrega de mostrar la seqüència de les gràfiques 1, 2 i 3.

Ara bé, aquest segon efecte no és unívoc i fa imprescindible distingir dues situacions sobre la relació entre els paràmetres C, A, P i Q: en principi es pot afirmar, amb caràcter general, que la relació que s'estableix entre els esmentats factors és la següent: *ceteris paribus*, quan aquests factors generen una menor taxa de litigació, és quan es relacionen de la següent manera:

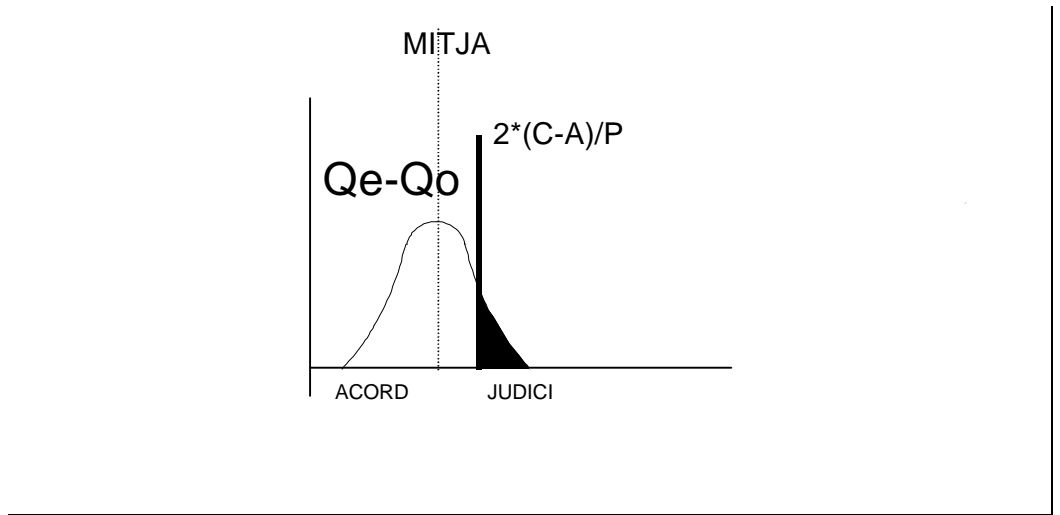
$$(C_e + C_o) - (A_e + A_o)$$

$$\text{Max}\left\{\frac{\dots}{Q}\right\} \Rightarrow \text{Min D}$$

és a dir, quan la litigació és relativament cara enfront al substitutiu de la negociació, i la reparació objecte de la sentència és baixa en relació amb aquests costos. No obstant, el barem, amb el seu segon efecte, pot tant reduir com augmentar la litigiositat. Això ens obliga a distingir dos escenaris alternatius, en els que l'efecte del barem és diferent.

Situació A:

$$2^*(C-A)/P \in ((\mu_e - \mu_o), \text{Max}\{Q_e - Q_o\})$$

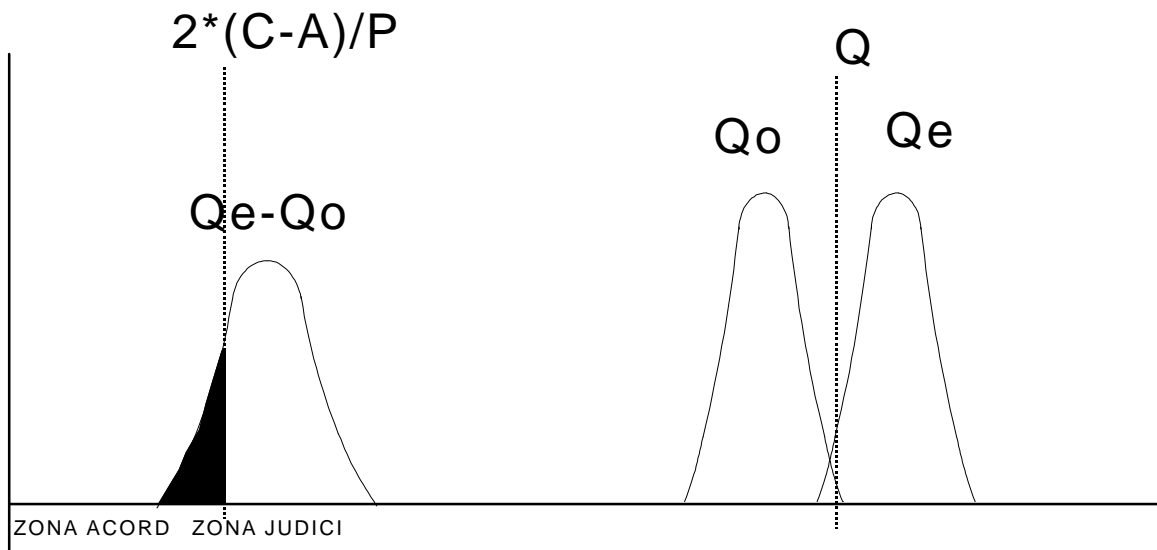


Els costos de litigar, nets dels d'acord, són tan elevats i/o la probabilitat de guanyar tan baixa i/o es dona una actitud pessimista, que la part esquerra de l'expressió anterior supera l'esperança de la divergència $-E(Q_e - Q_o)$; i això un cop desplaçada la distribució a l'esquerra per la desaparició de part de l'optimisme. En aquest cas el punt $2^*(C-A)/P$ és a la dreta de la mitja de la distribució de la divergència, de manera que, en estilitzar-se, augmenta l'àrea per sota de la funció de densitat a l'esquerra del punt crític i, per tant, la probabilitat d'acord, a la vegada que minva la probabilitat que el conflicte arribi a judici –per ser dicotòmiques–.

Situació B:

$$2^*(C-A)/P \in (\text{Min}\{Q_e - Q_o\}, (\mu_e - \mu_o))$$

És oposat a l'anterior: els costos $(C-A)$ són baixos i/o la probabilitat de resolució de condemna és alta i/o les parts són molt optimistes. Llavors el punt $2^*(C-A)/P$ cau a l'esquerra de la mitja de la funció de densitat de $Q_e - Q_o$. D'aquesta manera, en augmentar el grau d'apuntament de la distribució, augmenta la probabilitat d'anar a judici en detriment de la d'assolir un acord.



Aquesta segona situació és la que es pot apreciar a la gràfica 3: fins i tot després que l'efecte 1 hagi desplaçat la divergència cap a l'esquerra, el punt $2*(C-A)/P$ segueix quedant a l'esquerra –essent menor– de la mitja de la densitat de la divergència⁸. Llavors l'efecte 2 augmenta la probabilitat de judici front a la d'acord, a l'inrevés del que passava a la situació A.

3. Efecte sobre la decisió de plantejar el conflicte –N.

La primera decisió a què ha de fer front qui ha estat víctima en l'accident és la d'explicitar o no el conflicte plantejant la reclamació d'una indemnització. Per això compara els costos de litigació –el que gastarà en intentar guanyar el cas– amb el valor esperat en judici –el que espera obtenir com a indemnització–, ponderada la probabilitat que guanyi el cas: $P * Q_e$. La condició de la que depèn que la víctima arribi a plantejar la reclamació i es converteixi en part actora és:

$$C < P * Q_e$$

o el que és el mateix, en funció de Q_e ,

$$Q_e > C / P \Rightarrow \text{iniciarà un litigi}$$

Per aïllar i identificar amb nitidesa l'efecte del barem sobre aquesta decisió suposem fixes i coneguts per la víctima els valors de C i P , tal i com s'ha vingut fent fins ara. Tot seguit, no només cal identificar la probabilitat que la variable aleatòria Q_e satisfaci la condició que precedeix, per a la qual cal considerar la seva distribució. Coneixem ja els efectes del barem sobre aquesta distribució:

Efecte 1: correcció de l'optimisme (reducció de l'esperança matemàtica de Q_e). La reducció de l'optimisme en la part actora fa que la seva estimació s'apropi més a la realitat, és a dir que minvi. En aquest cas l'efecte és unívoc: la moderació de la conjectura del demandant fa menor el valor esperat del judici i minva el nombre d'afers en els que aquest calculava que val la pena portar endavant la reclamació. Aquest descens en N fa que minvi també la demanda de judicis, si tota la resta roman constant.

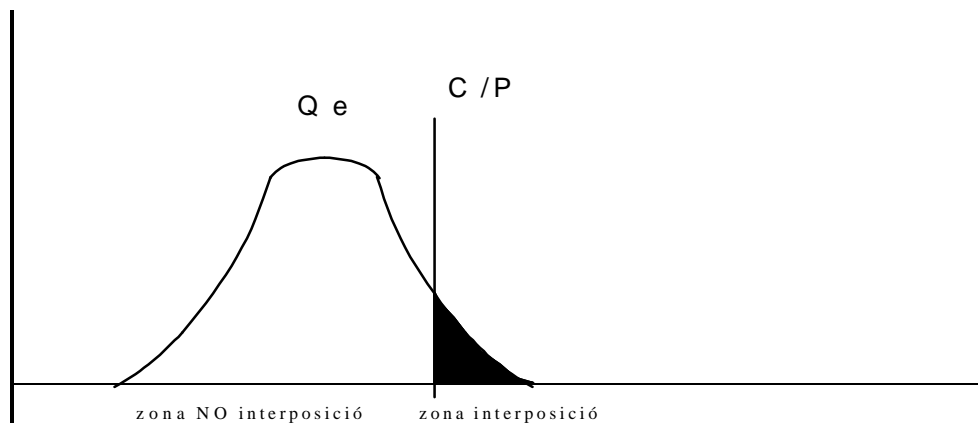
Efecte 2: homogeneïtzació de les indemnitzacions (reducció de la variances en Q_e). Com ja s'ha dit, el barem fa disminuir la dispersió dels valors de Q_e entorn el seu valor mig $-\mu_e-$, augmentant el grau d'apuntament de la densitat de l'estimació del demandant.

De nou, l'efecte sobre N depèn del valor relatiu dels costos i la probabilitat, el que obliga a distingir, un cop més, les següents situacions:

Situació C –anàloga a la situació A anterior–:

$$C/P \in (\mu_e, \text{Max}\{Q_e\})$$

Els costos són tan elevats i/o la probabilitat de guanyar tan baixa, que el quocient entre ambdós supera l'esperança de l'estimador Q_e . En aquest cas el punt C/P és a la dreta de la mitja de la densitat, de manera que en estilitzar-se minva la massa de probabilitat a la dreta del punt C/P –regió d'exteriorització del conflicte–, a la vegada que augmenta la probabilitat que no s'expliciti el conflicte. L'efecte s'afegeix en la mateixa direcció que el 1: s'exterioritzen menys afers.

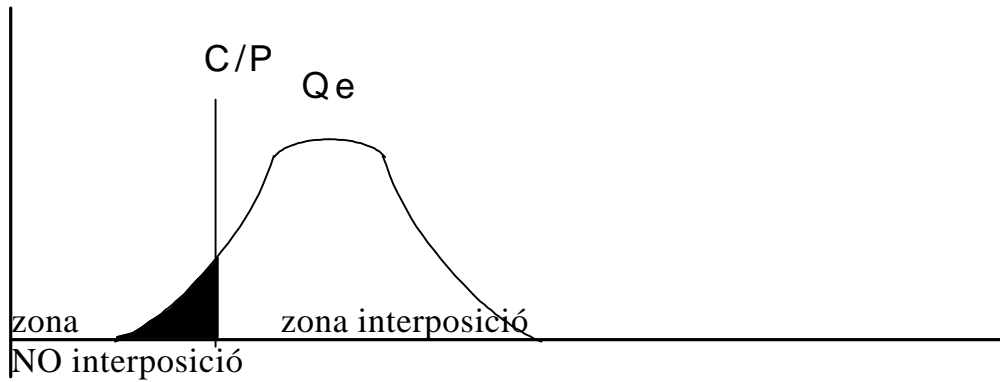


Situació D –anàloga a la situació B anterior–:

$$C/P \in (\text{Min}\{Q_e\}, \mu_e)$$

Els costos són baixos i/o la probabilitat de resolució de condemna és alta. Llavors el punt C/P cau a l'esquerra de la mitja de Q_e i minva la probabilitat de no interposició en favor de la d'interposició.

En aquest cas augmenta el nombre de conflictes explicitats davant els Tribunals, tal i com mostra la gràfica.



4. Els costos de litigar i l'aversió al risc

Ni l'acord extrajudicial, ni la resolució judicial són gratuïts. La variable C –costos del litigi– representa els honoraris d'alguns operadors jurídics –lletrats, procuradors, perits, etcètera–, així com el cost d'oportunitat en què incorre qui dedica el seu temps a pledejar, encara que tampoc no han d'oblidar-se els retards del procés, així com la inquietud que aquest genera⁹.

Aquest és el seu comportament en la funció de litigiositat: amb costos de litigació simètrics, però encara sense costos d'acord – $C > 0$, $A = 0$ –, hi haurà plet quan:

$$(P \cdot Q_e) - C > (P \cdot Q_o) + C$$

a l'invers, hi haurà acord \Leftrightarrow

$$(P \cdot Q_e) - C \leq (P \cdot Q_o) + C$$

operant,

$$P \cdot (Q_e - Q_o) - 2 \cdot C \leq 0$$

La quantitat que espera obtenir el demandant en judici – $P \cdot Q_e$ – es veurà minorada pel que hagi de gastar en la tasca – C – i una oferta del demandat que li suposi un estalvi en costos de litigació serà avantatjosa per a ell.

La reacció de la demanda de tutela – D – enfront canvis en C és clara: com més alts siguin els costos de litigació, menor serà la demanda de tutela¹⁰ i hi haurà, per tant, més acords.

Els costos d'assolir un acord inclouen els honoraris de lletrats, mitjancers i d'altres operadors¹¹, a més dels ja citats costos d'oportunitat. La situació amb costos d'acord rellevants – $A > 0$ – i sense costos de litigació – $C = 0$ – quedaria de la següent manera:

$$P \cdot Q_e + A > P \cdot Q_o - A \Rightarrow \text{JUDICI}$$

per tant,

$$P \cdot Q_e + A \leq P \cdot Q_o - A \Rightarrow \text{ACORD}$$

de manera més senzilla, es produeix acord quan

$$P*(Q_e - Q_o) + 2*A = < 0$$

Per a què aquesta situació sigui possible, és necessari que

$$A = < -P/2*(Q_e - Q_o)$$

Noteu que, al contrari que els costos de litigació, els d'acord entren en la part esquerra de la inequació –petició mínima del demandant– amb signe positiu i a l'inrevés en la part dreta –oferta màxima del demandat–. La raó és senzilla: l'oferta que desanima al demandant a l'hora de personar-se en judici ha de ser almenys igual que el valor esperat que va assignar al judici més els costos d'acord. També resulta fàcil intuir la relació d'aquesta variable amb D: l'augment del preu del bé substitutiu determina un augment en la demanda de l'alternatiu¹², per la qual cosa, el seu abaratiment redueix la freqüència amb què es va a judici.

Unint les dues anteriors possibilitats, és a dir, $C > 0$, $A > 0$, resulta que:

$$P*Q_e - C + A > P*Q_o + C - A \Rightarrow \text{JUDICI}$$

$$P*Q_e - C + A = < P*Q_o + C - A, \text{ o el que és el mateix, } P/2 * (Q_e - Q_o) = < C - A \\ \Rightarrow \text{ACORD}$$

En totes aquestes situacions, el que indica la condició d'acord és que aquest té sentit per ambdues parts en una quantitat acotada inferiorment per la petició mínima del demandant –part esquerra de la desigualtat– i superiorment per la màxima oferta llançada pel demandat –part dreta de la condició–. Això provoca la inexistència d'una única solució d'equilibri, el que obligarà a estar alerta davant la possibilitat que es donin comportaments estratègics, és a dir, intents que l'acord s'assoleixi en una quantitat pròxima a la posició de cada part, o més exactament, el que succeeix quan aquestes intenten buidar l'excedent en cooperació. La seva aparició pot arribar a frustrar un acord objectivament beneficiós per ambdues parts.

Normalment, tant els costos de litigació com els d'acord difereixen per a cadascuna de les parts. En l'expressió anterior, aquesta variació encaixa de la manera següent:

$$P*Q_e - C_e + A_e > P*Q_o + C_o - A_o \Rightarrow \text{JUDICI}$$

$$P*Q_e - C_e + A_e = < P*Q_o + C_o - A_o \Rightarrow \text{ACORD}$$

Fetes les corresponents operacions,

$$P*(Q_e - Q_o) = < (C_e + C_o) - (A_e + A_o) \Rightarrow \text{ACORD}$$

El comportament de D davant variacions en A_e i A_o és el mateix que davant variacions d' A –relació directa– i el mateix succeeix en desdoblar C en C_e i C_o –es manté la relació inversa.

El sistema de responsabilitat civil requereix que s'analitzin i es resolguin els següents tres aspectes per cada cas:

- 1º) La determinació de la responsabilitat del causant de l'accident.
- 2º) La fixació de l'entitat i abast dels danys causats per les lesions o la mort de la víctima.
- 3º) L'avaluació d'aquests danys.

El barem converteix en automàtic el tercer d'aquests processos, de manera que tant el cost del litigi com el d'arribar a un acord es veuen minorats. Un cop establertes les responsabilitats del causant de l'accident, fixades les conseqüències lesives i demostrades les circumstàncies fàctiques rellevants pel cas, el càlcul de la quantia indemnitzatòria es converteix en un procés molt més immediat i mecànic que abans de la introducció del barem. El consegüent descens en els costos del litigi fa més atractiu per les parts anar a judici. Això fa disminuir la taxa d'acord, a la vegada que provoca la interposició d'un major nombre de demandes. Però simultàniament, l'abaratiment dels costos d'acord també el fa més atractiu enfront el judici. Amb això augmentarà, *ceteris paribus*, el nombre d'afers pactats extrajudicialment abans i després de la interposició de la demanda.

Atès que ambdós efectes es contraresten, el realment important és el signe de l'efecte net, de manera que ens trobem davant una nova ambigüitat del model.

Aversió al risc. Fins el moment s'ha estat mantenint el supòsit de neutralitat cap el risc. L'actitud dels subjectes enfront el risc depèn de la seva forma de ser i de la incertesa sobre la pèrdua o guany esperat que contemplen. La presència d'aversion al risc fa que els demandants estiguin disposats a conformar-se, en via de conciliació, amb quantitats certes inferiors al valor esperat del judici. Al mateix temps, els demandats estan més disposats a afrontar una pèrdua segura –realitzant una oferta d'acord– més gran que la pèrdua esperada assignada a anar a judici. Les postures es suavitzen i augmenta l'interval en què és possible un acord. La conseqüència és un desplaçament de la taxa de judicis cap a la d'acords.

La instauració del barem afecta, com s'ha vingut mostrant, a un dels factors determinants de l'aversion al risc dels litigants: la variança de la pèrdua o guany. L'efecte 2 consisteix, precisament, en una reducció de la variança de l'error que es comet en estimar la quantia de què es tracta. Quan la incertesa sobre el guany esperat és menor –en el cas del demandant– o de la pèrdua esperada –en el del demandat–, menor és la incidència de l'aversion al risc. Un cop determinat l'abast dels danys soferts per la víctima –per lesions o mort–, el barem assenyala amb poc marge d'error la quantia indemnitzatòria corresponent. D'aquesta manera, el demandant coneix l'abast del guany esperat en judici amb més certesa i el mateix li passa al demandat. Per això, les seves postures en l'acord s'endureixen, en aproximar-se a l'equivalent cert del valor esperat del cas en judici. En aquest sentit, podria dir-se que l'aversion al risc és una forma de pessimisme respecte el valor esperat del cas. El barem, en actuar corregint errors i desviacions, mitiga aquest pessimisme, provocant, *ceteris paribus*, un augment de la litigiositat.

- **Efecte net i conclusions**

- a) Efecte consistent en un augment de la taxa d'acord.
 - 1r) El barem corregeix l'optimisme i aproxima les postures en la negociació: μ_e i

μ_0 s'aproximen a Q . Aquest efecte redueix tant el nombre d'afers posats en marxa com el d'afers que arriben a judici.

2n) En generar certesa, el barem redueix la magnitud de l'error comès per les parts en estimar la quantia indemnitzatòria: σ_e i σ_0 minven. Això fa que, quan els costos de litigar són alts i/o la probabilitat de guanyar molt baixa, fins el punt que $C/P > \mu_e$, minvi el nombre de casos en què tingui sentit portar endavant la pretensió indemnitzatòria. Al mateix temps, com que el doble dels costos d'anar a judici, nets dels de negociar, és elevat i/o la probabilitat d'una resolució condemnatòria és baixa, de manera que $2*(C-A)/P > (\mu_e - \mu_0)$, llavors, *ceteris paribus*, arriben menys afers a judici com a conseqüència del mateix efecte del barem.

3º) Els costos de negociació d'un acord baixen amb l'ús del barem, de manera que aquesta alternativa esdevé més avantatjosa enfront la d'anar a judici.

b) Efectes que augmenten la litigiositat davant els Tribunals.

1r) En determinades circumstàncies, el mateix efecte 2 actua en sentit contrari, reduint la taxa d'acord, però només afecta els afers dubtosos, en els que el decantament per l'acord o la sentència depèn de l'error comès en estimar Q . Aquestes circumstàncies es donen en els afers en què el punt crític $2*(C-A)/P$ pertany a la primera meitat del rang de la discrepància: $2*(C-A)/P \in (\text{Min}\{Q_e - Q_0\}, \mu_e - \mu_0)$. Així mateix afecta afavorint la decisió d'interposar la demanda quan $C/P \in (\text{Min}\{Q_e\}, \mu_e)$. En la mesura en què les conjetures de les parts siguin pessimistes i no optimistes, com s'ha vingut suposant, la reducció de l'error que opera el barem produirà augments en la taxa de litigiositat.

2n) La determinació objectiva del *quantum* a través del barem redueix els costos de litigar, el que fa més desitjable portar l'afet a judici.

3r) Si les parts en litigi tenen aversió al risc, la major certesa generada pel barem redueix la seva incidència i les postures s'allunyen en la negociació, fent més probable un judici.

Un cop analitzats els principals efectes contraposats del barem sobre la manera de resoldre els casos, s'observa la presència d'efectes secundaris que mitiguen «l'esperat» paper reductor de la litigiositat, el que planteja dubtes sobre l'entitat i fins i tot el signe de l'efecte net.

En tot cas, el barem no és l'únic mecanisme ni el més eficaç ni adient per aconseguir un nivell òptim de litigiositat: el seu efecte reductor de la mateixa no resulta tan rotund en aquest model teòric com podria esperar-se en principi i a més hi ha d'altres mesures específiques d'ajust de la taxa d'acord capaces de resoldre el problema d'una manera més directa i selectiva¹³. El barem no és condició suficient i menys encara necessària, per reduir la taxa de litigiositat derivada d'accidents i afavorir la solució extrajudicial dels conflictes, i menys encara ho és el seu caràcter vinculant.

Per tant, caldrà analitzar d'altres causes responsables de la forta tendència cap a la resolució extrajudicial que sembla haver-se produït en els darrers anys a Espanya, en particular, a l'àmbit dels accidents automobilístics. Potser tingui a veure amb la gradual instauració de taules orientatives en l'avaluació de danys, però és clar que no semblen ser-ne causa única. I en qualsevol cas, que aquests passin a ser vinculants no sembla decisiu, a la vista del Dret comparat. Pretendre que per ell mateix un barem resolgui el problema de la litigiositat és esperar massa d'ell. La seva comesa principal és la reducció de la variabilitat innecessària, fonamentalment pel que fa a la valoració del dany moral, el que pot afectar indirectament i no decisivament al problema de la litigiositat.

¹ Sistema de valoració de danys corporals de la Llei de Responsabilitat Civil i Assegurança en la Circulació de Vehicles a Motor –antic text refós aprovat al seu dia pel Decret 632/1968, de 21 de març–, introduït com a annex a la Disp. Adic. 8a de la Llei 30/1995, de 8 de novembre, d'Ordenació i Supervisió de les Assegurances Privades.

² Sentències de 26 de març de 1997, Sala Primera; de 24 de maig de 1997, Sala Primera; i de 5 de juliol de 1999, Sala Segona. La darrera, per descomptat, declarada en Sentència del Tribunal Constitucional de 29 de juny del 2000.

³ Permet treballar sense covariances en la distribució resultant de restar les dues conjectures de les parts i fer-ho simplement amb la suma de variàncies, el que fa el text més assequible al lector menys familiaritzat amb aquest tipus d'eines. Amb aquesta opció espero guanyar el suficient en senzillesa com per compensar la recomanació d'alguns col·legues que em suggerien relaxar aquest supòsit de la independència.

⁴ En realitat, la dispersió es una mesura relativa –no adimensional–. Per això, el caràcter dispers d'aquesta densitat es refereix a la seva comparació amb la resultant després de la instauració del barem. El Gràfic 1 representa la situació de partida, que resulta alterada per la introducció del barem.

⁵ Aquest tipus d'afers representen entre un 10% i un 15% del volum de treball dels jutjats d'instrucció i dels de primera instància respectivament, mentre que en fase d'apel·lació suposen quasi la meitat del treball de les Audiències Provincials.

⁶ PASTOR PRIETO, Santos: *¡Ah de la Justicia! Política judicial y Economía*, Civitas–Ministerio de Justicia, 1993, pàg. 231.

⁷ Això per trobar-nos davant un model dicotòmic en què probabilitat (acord) = 1– probabilitat (judici).

⁸ $2*(C-A)/P < (\mu_e - \mu_0)$

⁹ Vid. PASTOR, S.: *¡Ah...*, cit.

¹⁰ $dD/dC < 0$.

¹¹ Així com tramitadors de les companyies d'assegurances, en la mesura en què es traslladen a l'assegurat via primes.

¹² $dD/dA > 0$

¹³ La majoria d'aquests altres mètodes alternatius poden veure's a PASTOR, S.: *¡Ah...*, cit., pàgs. 148 i següents.