

**Tipo de documento:** Tesis de maestría

*Maestría en Derecho y Economía*

# Una conclusión apresurada: lo que Kahneman y Tversky pueden enseñarle a la Suprema Corte Bonaerense

**Autoría:** Morando, Juan Martín

**Año de defensa de la tesis:** 2021

## ¿Cómo citar este trabajo?

*Morando, J. (2021) "Una conclusión apresurada: lo que Kahneman y Tversky pueden enseñarle a la Suprema Corte Bonaerense". [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella*  
<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12001>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 2.5 Argentina (CC BY-NC-SA 2.5 AR)

**Dirección:** <https://repositorio.utdt.edu>



**MAESTRIA EN  
DERECHO Y ECONOMIA**

**TESIS**

*“Una conclusión apresurada: lo que Kahneman y Tversky pueden enseñarle  
a la Suprema Corte Bonaerense”*

**ALUMNO**

**JUAN MARTIN MORANDO**

**16M1891**

**TUTOR**

**JULIANA CARDINALE**

**2020**

Un agradecimiento especial para William H. Hubbard, profesor de la Escuela de Leyes  
de la Universidad de Chicago, cuya ayuda en este trabajo ha sido invaluable

# Índice

## Contenido

<u>ÍNDICE</u>	<u>2</u>
<u>I.- UN PROBLEMA</u>	<u>4</u>
<u>II.- UN MODELO IDEAL</u>	<u>8</u>
<b>1.- EL COMPORTAMIENTO HUMANO, EL DERECHO Y LA ECONOMÍA</b>	<b>8</b>
<b>2.- UN MODELO IDEAL DE DECISIÓN RACIONAL</b>	<b>9</b>
<b>3.- UN MODELO IDEAL PARA ANALIZAR LAS DECISIONES PROCESALES</b>	<b>12</b>
<u>III.- UNA CREENCIA</u>	<u>24</u>
<b>1.- CUESTIONES PREVIAS</b>	<b>24</b>
<b>2.- CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DEL TRABAJO ARGENTINO Y DEL DERECHO PROCESAL LABORAL BONAERENSE</b>	<b>25</b>
A. UN POCO DE HISTORIA	25
B. LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO	27
C. OTRAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL RÉGIMEN DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO	31
D. EL ORDENAMIENTO PROCESAL LABORAL BONAERENSE	35
<b>3.- LA INFLUENCIA DE LAS NORMAS EN LA CONFORMACIÓN DE LA CREENCIA</b>	<b>42</b>
<u>IV.- EL ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA CLÁSICA</u>	<u>44</u>
<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>44</b>
<b>2.- LAS DECISIONES DE LAS PARTES EN EL MODELO CLÁSICO</b>	<b>44</b>
A. LA DECISIÓN DEL ACTOR	45
B. LA ESTRATEGIA DEL DEMANDADO: ¿PROPONE UN ACUERDO O ESPERA UNA SENTENCIA?	45

C. LA ESTRATEGIA DEL ACTOR: ¿ACEPTA O RECHAZA LA PROPUESTA DE ACUERDO?	46
<b>IV.- NUESTRA EXPLICACIÓN</b>	<b>48</b>
<b>1.- INTRODUCCIÓN</b>	<b>48</b>
<b>2.- LA TEORÍA PROSPECTIVA</b>	<b>49</b>
<b>3.- LA TEORÍA PROSPECTIVA APLICADA A LAS DECISIONES PROCESALES</b>	<b>51</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>55</b>
<b>BIBLIOGRAFIA CONSULTADA</b>	<b>57</b>

## I.- Un problema

*“What constitutes the law? . . .  
The prophecies of what the courts will do in fact,  
and nothing more pretentious, are what I mean by the law”*

– Oliver Wendell Holmes Jr., *“The Path of the Law”* (1897) –

En 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires reunió a los jueces de todos los tribunales de Trabajo provinciales en la Ciudad de La Plata para transmitirles su profunda preocupación por una situación que consideraba problemática: en los procesos judiciales las partes preferían celebrar acuerdos conciliatorios antes que esperar las sentencias definitivas. El dato, extraído de las estadísticas oficiales, revelaba que los tribunales dictaban, en promedio, una sentencia definitiva por cada cinco acuerdos conciliatorios que homologaban, proporción que se mantenía – y se mantiene – desde hace varios años<sup>1</sup>. La causa de este fenómeno, según lo entendían los miembros del Tribunal Superior – y de ahí la necesidad de citar a los integrantes de los órganos judiciales inferiores –, era simple: la pereza de los jueces de Trabajo para dictar sentencias definitivas obligaba a los trabajadores a celebrar acuerdos conciliatorios leoninos a fin de evitar ver pulverizados sus derechos.

El razonamiento de los miembros de la Suprema Corte partía de la suposición que quienes concurren a los tribunales en busca de una solución a su conflicto, lo hacen porque no les fue posible negociarla previa y pacíficamente. Por ello, llamaba la atención de los ministros que, una vez que intervenía el órgano judicial para imponer una solución heterónoma al conflicto, las partes prefirieran ponerle fin acordando, decisión que - para ellos - carecía de racionalidad. Y siendo que esta situación se daba con la intervención del órgano judicial, era evidente que esta era la causa de ese cambio en las preferencias que las partes revelaban con anterioridad y con posterioridad al inicio del proceso. Por

---

<sup>1</sup> De las estadísticas oficiales de la Suprema Corte provincial resulta que en 2010 se dictaron 5.813 sentencias definitivas frente a 26.405 acuerdos conciliatorios, en 2011 se dictaron 5.164 sentencias definitivas frente a 26.529 acuerdos conciliatorios, en 2012 se dictaron 4.977 sentencias definitivas frente a 26.724 acuerdos conciliatorios, en 2013 se dictaron 5.465 sentencias definitivas frente a 27.538 acuerdos conciliatorios, en 2014 se dictaron 5.499 sentencias definitivas frente a 30.577 acuerdos conciliatorios, en 2015 se dictaron 6.081 sentencias definitivas frente a 31.630 acuerdos conciliatorios, en 2016 se dictaron 6.767 sentencias definitivas frente a 33.705 acuerdos conciliatorios, en 2017 se dictaron 6.686 sentencias definitivas frente a 35.455 acuerdos conciliatorios y en 2018 se dictaron 7.864 sentencias frente a 35.402 acuerdos conciliatorios.

eso, el argumento de la Corte parece irrefutable: la intervención del órgano judicial en los procesos actúa como un disparador del cambio de preferencias.

La explicación de los miembros del Tribunal Superior provincial, en cuanto a que el cambio es producto de la pereza de los jueces de trabajo, puede analizarse fácilmente comparando los datos relativos a los tribunales más *laboriosos* – en el caso, *aquellos que dictan más sentencias que los demás* – con los de la media. Pero a poco que se ahonde en las estadísticas del Fuero desde 2010, se advierte que en dichos órganos se mantiene una proporción similar a la del resto de los tribunales provinciales, de aproximadamente una sentencia por cada cuatro acuerdos<sup>23</sup>. Entonces, si la hipótesis de la Suprema Corte sólo resulta útil para explicar algún que otro caso marginal, y no la marcada preferencia de las partes de un proceso por acordar, ¿cuál podría ser la causa?

Las partes del contrato de trabajo conocen, al menos superficialmente, cuáles son sus derechos, deberes y obligaciones esenciales durante la celebración, ejecución y extinción del vínculo. Aun cuando ese conocimiento puede resultar imperfecto, tanto empleador como trabajador son conscientes medianamente de qué es aquello a lo cual pueden aspirar de acuerdo a la legislación laboral. Desde una perspectiva *Coasiana*, con derechos de propiedad bien definidos por las leyes laborales y bajos costos de transacción – ya que no intervienen otros sujetos en la negociación –, ante un eventual conflicto, las partes estarían en condiciones de celebrar un acuerdo que, sin perjuicio de la asignación que resultara de las normas, llevarían a una distribución eficiente de los recursos<sup>4</sup>.

Pero cuando esta negociación no es posible o no es fructífera, la intervención de los tribunales de Trabajo viene a introducir en la ecuación dos variables muy palpables que no se encontraban presentes con anterioridad: el esquema distributivo de los costos

---

<sup>2</sup> El ejemplo paradigmático es el de los tribunales de Trabajo de La Plata – que son los que tramitan más expedientes en toda la Provincia – que en 2010 dictaron 730 sentencias definitivas frente a 2.342 acuerdos conciliatorios, en 2011 dictaron 648 sentencias definitivas frente a 2.537 acuerdos conciliatorios, en 2012 dictaron 610 sentencias definitivas frente a 2.748 acuerdos conciliatorios, en 2013 dictaron 766 sentencias definitivas frente a 2.852 acuerdos conciliatorios, en 2014 dictaron 842 sentencias definitivas frente a 3.296 acuerdos conciliatorios, en 2015 dictaron 839 sentencias definitivas frente a 3.272 acuerdos conciliatorios, en 2016 dictaron 1.072 sentencias definitivas frente a 3.680 acuerdos conciliatorios, en 2017 dictaron 1.072 sentencias definitivas frente a 3.930 acuerdos conciliatorios y en 2018 dictaron 1.426 sentencias definitivas frente a 4.362 acuerdos conciliatorios.

<sup>3</sup> Que bien podía ser explicada por el hecho de que las causas contra la Provincia de Buenos Aires tramitan ante ellos y que, históricamente, esta última no acuerda.

<sup>4</sup> Me refiero a acuerdos informales, ya que la intervención judicial o administrativa cercena el poder negociador de las partes por cuanto requiere de un análisis de que en ese acuerdo se alcanza una justa composición de derechos e intereses.

de litigar, presente en el régimen regulatorio del proceso y la incertidumbre sobre cómo resolverán los jueces de trabajo el conflicto.

El esquema distributivo al que referí anteriormente produce, como mostraré posteriormente, una marcada traslación de los costos procesales desde el trabajador hacia el empleador. De él, resulta una creencia generalizada en la sociedad en cuanto a que los trabajadores siempre resultan vencedores en los procesos judiciales.

Y de esta creencia resulta también que, en rigor de verdad, esa incertidumbre inicial sobre qué harán los jueces no es tan grande.

Considerando lo antedicho, decidí analizar – utilizando inicialmente el modelo clásico de decisión racional – si esa alteración de los costos podía llevar a las partes a ese marcado cambio en sus preferencias. La tarea demostró, como también mostraré, que no.

Pero, consciente de las limitaciones que ofrece el modelo clásico cuando se trata de analizar el comportamiento de los sujetos de carne y hueso, y tomando en consideración la abundante evidencia empírica, me incliné a considerar un nuevo elemento: la posibilidad de que ese esquema no sólo afectara la distribución de los costos, sino que creara un *efecto marco* en ambas partes que alterara su percepción acerca de qué deben considerar como *ganancia* y qué como *pérdida*.

Con todos estos elementos, indagaré si la creencia que los jueces resolverán en favor de los trabajadores puede ser **una** de las causas por las cuales las partes prefieren, en una proporción de más del 80%, negociar un acuerdo en vez de esperar una sentencia<sup>5</sup>. Centraré mi análisis en las contiendas en las cuales se resuelven casos de despidos injustificados, ya que en el otro gran grupo de conflictos que se ventilan ante los tribunales de trabajo – los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales – las motivaciones para acordar pueden diferir bastante y tener una diferente explicación<sup>6</sup>.

El método expositivo que utilizaré es el siguiente. Comenzaré explicando brevemente el modelo clásico de decisión racional y, posteriormente, lo aplicaré para explicar el funcionamiento del juego secuencial que utiliza para analizar las decisiones

---

<sup>5</sup> Por supuesto que se trata de una cuestión multicausal.

<sup>6</sup> Tratándose de obligaciones legales y tasadas judicialmente, no existen motivos racionales para apartarse de la fórmula legal una vez que las partes cuentan con los parámetros necesarios para efectuar el cálculo de las prestaciones – salario, grado de incapacidad laboral y edad del trabajador al momento del siniestro o de la primera manifestación invalidante –.

procesales, desarrollado principalmente por Steve Shavell. A continuación, explicaré cómo las legislaciones de fondo y de forma alteran el esquema distributivo de los costos del proceso, dando lugar a la configuración de la creencia que los jueces resuelven las contiendas a favor de los trabajadores. Posteriormente, y aplicando los cambios que produce esa creencia, explicaré por qué, desde la perspectiva clásica, ese modelo no resulta útil para explicar el cambio de preferencias de las partes. Por último, y utilizando el mismo modelo, con aditamentos propios de la Economía Conductual, explicaré por qué entiendo que puede producirse el cambio de preferencias, formulando luego algunas conclusiones.

## II.- Un modelo ideal

1.-El comportamiento humano, el Derecho y la Economía; 2.- Un modelo ideal de decisión racional; 3.- Un modelo ideal de decisiones procesales

### 1.- El comportamiento humano, el Derecho y la Economía

Si pretendiéramos analizar desde la ciencia jurídica qué es lo que lleva a los habitantes de un Estado cualquiera a comportarse de acuerdo o de modo contrario a lo que disponen las normas, pronto advertiríamos que no contamos con herramientas idóneas para nuestra labor. Resulta sorprendente que un área de conocimiento vasta como la del Derecho, y tan íntimamente ligada al comportamiento, carezca de instrumentos aptos para analizar la influencia que las normas jurídicas tienen en éste.

La ciencia económica, por otra parte, sí cuenta con modelos que predicen y explican de qué modo los cambios en los precios relativos de los productos pueden producir cambios en los comportamientos de oferentes y demandantes. Uno de ellos, basado en la racionalidad de los intervinientes que buscan obtener el mejor resultado o beneficio de sus acciones, es el del *Homo Economicus*.

Si simplificamos el ordenamiento jurídico, podemos sostener que éste establece castigos y premios que asocia a determinados comportamientos. Más aún, esos castigos podemos asimilarlos a precios y los premios a beneficios. Por ese motivo, si consideramos que las leyes producen cambios en los precios relativos de las acciones y en los beneficios asociados a ellas, veríamos la lógica de aplicar el razonamiento económico a las cuestiones jurídicas. Así lo entendieron Ronald Coase y Guido Calabresi al elaborar los que hoy se consideran los trabajos seminales del Análisis Económico del Derecho<sup>7</sup>.

Por esos motivos, y dado que la tarea que encaré tiene por finalidad analizar un comportamiento que, según consideré inicialmente, está asociado a una creencia acerca de la forma en la cual decidirán los jueces en su rol de operadores jurídicos, creo

---

<sup>7</sup> “*The Problem of Social Cost*” de Ronald H. Coase, publicado originalmente en *The Journal of Law & Economics* (Vol. 3, págs. 1/44) de la Universidad de Chicago en 1960 y “*Some Thoughts about Risk Distribution and the Law of Torts*” de Guido Calabresi, publicado en el *Yale Law Journal* (Vol. 70, págs. 499/553) en 1961. Por su parte, este último publicó en 1970 el libro “*The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*”.

metodológicamente acertado formularlo a partir del razonamiento económico. Inicio entonces con una descripción del modelo económico clásico aplicable a las decisiones, denominado *de la decisión racional*, diseñado a partir del *Homo Economicus*. Pero, debido a que el modelo basa sus predicciones en un sujeto ideal dotado de una racionalidad extrema, no del todo útiles para explicar el comportamiento a analizar, a continuación desarrollaré uno distinto, pero igualmente basado en aquél, que refleja mejor – a mi juicio – el comportamiento humano.

## 2.- Un modelo ideal de decisión racional

El modelo de decisión clásico parte de la asunción que, debido a su racionalidad, los sujetos se comportan como si maximizaran su utilidad. Esto implica que cuando deban elegir entre varias alternativas, el modelo predice que se inclinarán por aquella que les permita satisfacer más necesidades a un menor costo, de acuerdo a sus preferencias.

Las preferencias son producto de que, en general, valoramos las distintas opciones que se nos presentan de modo diferente. Cada sujeto tiene preferencias diferentes y por eso se entiende que, por una parte son *subjetivas*, y por otra, ellas *vienen dadas*. Pero para que sean consideradas racionales, ellas deben cumplir con las características de ser completas, tener carácter transitivo y ser reflexivas<sup>8</sup>.

La satisfacción de necesidades a un menor costo se vincula de modo directo con los precios, que son relaciones de valor entre diversos productos. Su alteración puede producir cambios en el comportamiento de los oferentes y de los demandantes. Para el oferente de un bien, el aumento de su precio lo incentivará a ofrecer más de él, mientras que la caída de su precio lo incentivará a ofrecer menos<sup>9</sup>. Para el demandante de un bien la situación es la inversa, ya que el aumento de su precio lo incentivará a demandar menos de él, mientras que la caída del precio lo incentivará a demandar más<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. Cooter & Ulen, 2012, pág. 18. Que sean completas significa que el sujeto está en condiciones de ordenar todas las preferencias de las más preferidas a las menos preferidas; que tengan carácter transitivo implica que no puede preferir al mismo tiempo A a B y B a A; que tengan carácter reflexivo implica que cada una de las preferencias es al menos tan preferida como sí misma.

<sup>9</sup> Esta formulación lleva el nombre de Ley de la Oferta.

<sup>10</sup> Esta formulación lleva el nombre de Ley de la Demanda.

De lo expresado, el modelo asume que un sujeto adquirirá un bien de su preferencia cuando el beneficio o utilidad que obtiene es mayor al precio que debe pagar por él. A contrario sensu, cuando el precio del bien es superior al beneficio o utilidad que obtiene, se asume que no lo adquirirá.

Esa misma lógica, aplicada al proceso de toma de decisiones que resulta del modelo de decisión racional, permite asumir que *cuando la utilidad que un sujeto obtiene de una determinada acción de su preferencia es superior a su costo, es posible asumir que la realizará; por el contrario cuando el costo es superior a la utilidad que obtiene, es posible asumir que no la realizará.*

La formulación previa puede representarse a través de la ecuación

$$C(x) \leq U(x)$$

*C = costo*

*U = utilidad*

*x = la acción que se pretende realizar*

Llevado el modelo al ámbito jurídico, puede asumirse que *si la utilidad que obtienen de cumplir las normas es superior al costo de cumplirlas, los sujetos tendrán incentivos para cumplirlas; a contrario sensu, tendrán incentivos para no hacerlo.*

Este primer modelo asume que, tanto la utilidad como los costos, son ciertos y mensurables, y, por lo tanto, puede resultar útil en situaciones en las cuales los sujetos obran con un cierto grado de **certeza** acerca de ambos.

Pero la realidad demuestra que la mayoría de las decisiones que tomamos no poseen ese grado de certeza en cuanto a sus costos y beneficios. En rigor de verdad, una decisión cualquiera abre una serie de escenarios probables, ya que, en general, los beneficios o utilidad y los costos de una determinada acción, son inciertos y potenciales. En estos casos, nos encontramos ante decisiones **bajo riesgo** o **bajo incertidumbre**, las cuales se diferencian entre sí por el grado de conocimiento que se posee de ambas variables. Cuando existen varios posibles estados del mundo y el decisor conoce su probabilidad, está frente a una decisión **bajo riesgo**. En cambio, si se conoce el valor

aproximado de las diferentes variables pero no la probabilidad de su ocurrencia, se está frente a una decisión que se denomina **bajo incertidumbre**.

La **incertidumbre** lleva a considerar que tanto la utilidad como los costos representan una estimación del sujeto, por lo cual se los denomina esperados. La existencia de un escenario probable dificulta todo análisis que involucre la comparación entre costos y beneficios, ya que las probabilidades no son fáciles de estimar<sup>11</sup>, aun cuando son necesarias al momento de asignarles valor.

Sin perjuicio de ello, el modelo clásico considera que la utilidad y los costos esperados se obtienen *asignando una probabilidad a la utilidad que se espera obtener de la actividad y a los costos de llevarla a cabo*

$$[C(x) \cdot p] < [U(x) \cdot p]$$

*C = costo*  
*U = utilidad*  
*x = la acción que se pretende realizar*  
*p = la probabilidad*

La probabilidad de que ocurra un resultado, implica lógicamente también la probabilidad de que ocurra otro u otros. Pueden integrar el modelo, por ejemplo, una probabilidad al costo de una acción y otra probabilidad al costo de otra acción como así una probabilidad a la utilidad que se espera obtener de la primera acción y otra probabilidad a la utilidad que se espera obtener de la segunda acción

$$[C(x) \cdot p_x] + [C(y) \cdot p_y] < [U(x) \cdot p_x] + [U(y) \cdot p_y]$$

*C = costo*  
*U = utilidad*  
*x = una acción*  
*y = otra acción*  
*p<sub>x</sub> = probabilidad asociada a x*  
*p<sub>y</sub> = probabilidad asociada a y*

---

<sup>11</sup> En general requieren de conocimientos sobre estadística, muy esquiva a la persona de a pie.

Asimismo, en algunos casos, el modelo puede incluir circunstancias externas, ajenas a la voluntad del decisor, pero que pueden producir cambios en la utilidad y los costos esperados de la acción, las cuales llevan el nombre de *estados del mundo*. Con estos elementos – los diferentes cursos de acción o actos, los estados del mundo y la utilidad esperada de cada acto o resultados – se elaboran *matrices de decisión*, las cuales pretenden replicar el proceso lógico que, según la teoría clásica, subyace a una toma de decisiones cualquiera.

Teniendo en cuenta que este trabajo refiere estrictamente a comportamientos desarrollados en un proceso judicial, todos los elementos descriptos anteriormente han sido tenidos en consideración para diseñar un modelo que pretende replicar los incentivos que afectan la toma de decisiones de las partes en un proceso judicial.

### **3.- Un modelo ideal para analizar las decisiones procesales**

#### *a) El modelo básico de Shavell*

Steve Shavell<sup>12</sup> diseñó un modelo básico de juego secuencial, que es ampliamente utilizado en trabajos de Análisis Económico del Proceso Judicial, según el cual, frente a un conflicto, las partes toman las siguientes decisiones:

- i. El actor **Demandar** o **No demandar** (caso en el cual el conflicto no es judicializado y concluye);*
- ii. El demandado **Negociar** (en realidad propone un acuerdo y el modelo asume que el actor lo acepta) o **No negociar** (caso en el cual el trámite del proceso continúa hasta concluir con una sentencia definitiva).*

---

<sup>12</sup> Shavell, (1982).



*b) El modelo propuesto*

Por mi parte, considero necesario, sobre la base de este modelo, construir uno, un tanto más complejo, que refleje mejor la situación del proceso judicial que estamos analizando. Es que la realidad demuestra que no basta con observar las decisiones del actor de demandar o no y del demandado de acordar o continuar.

Dentro del proceso judicial, las partes enfrentan un conjunto de decisiones un tanto más complejas, por cuanto la mera propuesta de acuerdo del demandado en modo alguno garantiza la existencia de un acuerdo que pone fin al proceso.

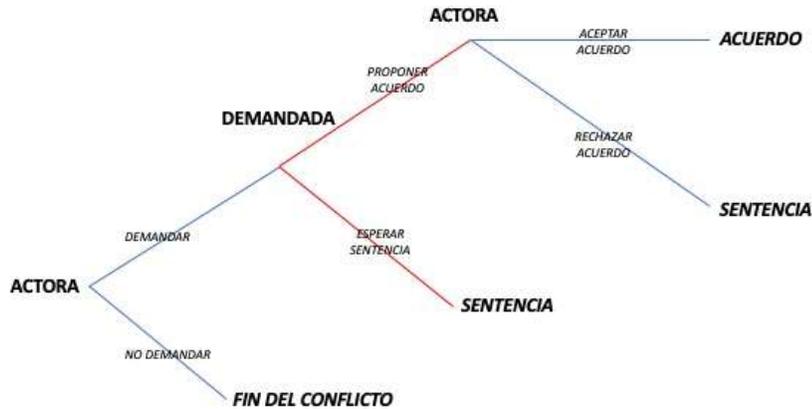
Por ese motivo, considero necesario que el modelo contemple las siguientes estrategias:

- i. En el caso de la actora **demandar o no demandar** (allí el **conflicto tiene un fin**);*
- ii. En el caso de la demandada **proponer un acuerdo o esperar sentencia** (situación en la cual el trámite concluye con una **sentencia**); y*
- iii. En tal caso, la actora puede **aceptar acuerdo** (situación en la cual el trámite concluye con un **acuerdo** <sup>X<sup>13</sup></sup>) o **rechazar***

---

<sup>13</sup> Al referirnos al acuerdo, damos por sentado que se trata de uno por un monto inferior al que podría resultar de una sentencia. El allanamiento – como aparenta ser la opción que contempla Shavell en su trabajo bajo la denominación *bargain*, por cuanto omite referencias al comportamiento del demandante– produce para nuestro modelo los mismos efectos que la sentencia definitiva.

*acuerdo* (situación en la cual el trámite concluye con una *sentencia*).



Como he señalado, se trata de un modelo simple que contempla exclusivamente las variables e incentivos necesarios para nuestro análisis.

#### I. Algunas asunciones necesarias

Pero a pesar de su simpleza, su efectividad requiere de algunos presupuestos, ya que, de lo contrario, los incentivos de las partes pueden verse modificados.

Por ello debemos asumir que:

- a. *Las partes son aversas al riesgo;*
- b. *Las partes están en condiciones de afrontar los costos del proceso;*
- c. *No pueden trasladar su costo a terceros;*
- d. *No obtienen ningún provecho ni ningún perjuicio por la duración del proceso;*
- e. *No obtienen ningún beneficio accesorio por litigar: y*
- f. *Los incentivos de las partes y sus letrados están alineados.*

A continuación explicaré por qué estas cuestiones pueden tener incidencia en los incentivos de las partes.

- a. *La aversión al riesgo de las partes*

Cientos de trabajos empíricos han demostrado que la mayoría de las personas somos aversos al riesgo. Esta afirmación significa que, entre un resultado cierto y un resultado incierto, preferiremos el primero aún cuando la utilidad que esperamos obtener de él sea menor.

Por ese motivo, el modelo tiende a replicar esta asunción, aun cuando – como es sabido – muchos litigantes puedan ser amantes o indiferentes frente al riesgo. Teniendo en consideración que estos últimos casos son los menos, asumo como dada esta condición de aversión.

Es cierto que, desde el plano teórico, mi asunción puede llevar a presumir que la actora podría no tener incentivos para demandar y buscaría acordar extrajudicialmente para evitar tener que asumir el riesgo de afrontar pagos, que en caso de demandar tendría incentivos para aceptar cualquier propuesta de acuerdo que le formulara la demandada, quien, también por su aversión al riesgo, estaría más interesada en acordar que en esperar una hipotética sentencia absolutoria.

Pero, aún cuando es un elemento muy importante que considero para el desarrollo del trabajo, mi intención es llegar a una explicación un poco más compleja del problema que una mera cuestión de actitud frente al riesgo.

*b. Las partes están en condiciones de afrontar los costos del proceso*

Aun cuando pudiera parecer una afirmación de Pero Grullo, es importante que ambas partes estén en condiciones económicas de afrontar el costo que un resultado adverso en el proceso puede producirles. Con esto, me refiero a que, aun cuando no tuvieran dinero, pudieran tener bienes o ingresos que la otra parte pudiera ejecutar forzosamente para obtener el cobro de su acreencia.

De otro modo, las partes estarían indiferentes entre promover una demanda o no, controvertir, o negociar, salvo en el caso en el cual pudieran trasladar el costo total de litigar a la contraria o a un tercero.

*c. Traslación del costo del proceso a un tercero*

Ligada a la asunción anterior, la existencia de un responsable solidario o de un seguro puede incentivar el *moral hazard* de los litigantes.

En el entendimiento que podrán imponer parcial o totalmente el costo del proceso a terceros ajenos, pueden tener incentivos a promover demandas frívolas, asumir grandes riesgos que de otro modo no asumiría, o no poner demasiado cuidado en ejercer su defensa en el proceso.

*d. Provecho o perjuicio por la duración del proceso*

Cuando me refiero a obtener un provecho o sufrir un perjuicio por la duración del proceso, lo hago en términos relativos. Ambas situaciones se relacionan con la tasa de interés que los tribunales aplican a los créditos reclamados.

Una tasa de interés más que proporcional al índice en el cual se deprecia la moneda puede generar incentivos para que el demandante prolongue la duración del proceso y evite acordar, en el entendimiento en que se puede ver favorecido por el transcurso del tiempo. En el caso en el cual los tribunales aplicaran una tasa de interés menos que proporcional al índice de depreciación de la moneda, es el demandado quien tendrá incentivos para no proponer un acuerdo.

*e. Beneficios adicionales del litigio*

En varios casos, el litigio se erige como un medio para obtener algún beneficio accesorio. En estos casos, las partes pueden tener pocos incentivos para formular una defensa eficaz de sus intereses, por cuanto el resultado adverso las resulta más atrayente.

Uno ejemplo común de tales casos es el de un demandado que busca obtener una sentencia en su contra para poder iniciar un proceso falencial que le permita negociar una reducción del monto total de los créditos de sus acreedores.

*f. Alineación de los incentivos de las partes y sus letrados*

Uno de los problemas más estudiados en el Análisis Económico del Derecho es el de agencia. Este problema informacional se da cuando una parte, denominada principal, encarga a otra denominada agente, en el entendimiento que posee un mayor

conocimiento o experiencia, la realización de actos en su beneficio, de los cuales sólo resulta observable su resultado.

Una de las explicaciones es la de los incentivos no alineados entre principal podrían alterar las estrategias elegidas por los litigantes. Por ejemplo, en el caso en el cual los abogados aconsejaran a sus clientes negociar un acuerdo a fin de percibir honorarios con un menor esfuerzo al necesario para litigar.

## II. Elementos de la decisión: costos y utilidad

Un análisis como el encarado requiere de la utilización de uno de los modelos más simples que he descrito. Me refiero al *análisis costo – beneficio*, el cual, en este caso, lleva a la comparación entre los **costos de litigar** y la **utilidad** que las partes pretenden obtener del litigio.

Pero tanto la descripción como la delimitación de estos elementos es indispensable para comprender qué debe entenderse por uno y otro en relación con cada una de las partes.

### *a. Costos en el proceso judicial*

La concepción de **costos**, en un proceso judicial, posee diversos alcances, ya que pueden incluir tanto los **costos del trámite**, como los **costos de probar**.

En los **costos del trámite**, quedan incluidos no sólo los desembolsos directos que deben realizar las partes, sino también otros costos adicionales, como por ejemplo el cumplimiento de trámites previos a la promoción de las demandas<sup>14</sup>, de puntillosos requerimientos durante el trámite del proceso e, incluso, el costo de oportunidad de promover una acción judicial.

La estimación de los **costos de promover una demanda** debe considerar, al menos, los pagos iniciales que se requieren – tasas, contribución al colegio de abogados, adelanto de aportes jubilatorios del abogado, adelantos de honorarios de acuerdo a lo pactado, impresiones y fotocopias, movilidad del letrado o sus asistentes, adelantos de

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, trámites administrativos previos como la conciliación, la mediación o el paso por las comisiones médicas para el caso de los accidentes de trabajo.

honorarios de los peritos que actuarán en el proceso, duración del proceso, honorarios de los letrados intervinientes, etc. -. Para la parte actora, el análisis de los costos se encuentra íntimamente ligado al de la utilidad del proceso.

Por su parte, el análisis de los **costos de defenderse** es diferente, ya que, quien es demandado, nada espera obtener del litigio, más que su absolución. Es que para él, un litigio siempre implica un costo por cuanto es el único litigante que asume el riesgo de tener que abonar una sentencia condenatoria o un acuerdo. Dichos gastos incluyen no sólo la búsqueda de un abogado<sup>15</sup>, el pago de bonos y aportes, sino también de los honorarios, adelantos de gastos de peritos, honorarios de abogados y peritos, pago de tasas y, especialmente, el valor de un acuerdo conciliatorio o una eventual sentencia condenatoria.

En general, los **regímenes de distribución de los costos procesales** pueden alterar los incentivos de las partes, ya que éstas asumirán distintas conductas en relación con ellos, pudiendo llegar a ser determinantes de los índices de litigiosidad y del tipo de conflictos que se judicializan.

Un sistema judicial con **altos costos**, producirá diferentes incentivos según el método que se elija para su distribución.

En sistemas como el *americano*<sup>16</sup>, un alto costo para litigar desincentivará la litigiosidad e incentivará a las partes a buscar métodos no judiciales para la solución de controversias que fueran más baratos, algunos de ellos muy útiles – como, por ejemplo, la mediación, la conciliación o el arbitraje – y otros probadamente ineficientes – como hacer justicia por mano propia -. En este tipo de sistema, siendo que todos los costos son ciertos, la utilidad esperada por el demandante será determinante de su decisión de promover la demanda.

Pero en un régimen de *indemnidad*<sup>17</sup>, como es en general el argentino, la *probabilidad* de éxito jugará un papel preponderante, ya que, en caso de resultar vencedor, el accionante podrá hacer recaer totalmente los costos sobre su oponente.

---

<sup>15</sup> En la situación especial del demandado se incluye el costo de búsqueda, omitido en el caso del demandante ya que, en muchos casos trabajan a resultado. De no tener un abogado, debido a la premura de procurarse uno en el corto plazo que se le otorga para contestar la demanda, conseguir un abogado de confianza probablemente produzca un incremento de los costos.

<sup>16</sup> Shavell, (1982). En dicho sistema cada litigante paga sus costos privados.

<sup>17</sup> Shavell, Op. Cit. La parte vencida en juicio es quien en definitiva soporta todos sus costos privados.

Por otra parte, un sistema judicial con **bajos costos** incentiva la litigiosidad, sin perjuicio del sistema de distribución de las costas: en menor medida en un régimen como el americano y en mayor medida en un régimen de indemnidad.

En cuanto a los **costos de probar**, en general los regímenes procesales los hacen recaer sobre la parte que alega la existencia u ocurrencia de hechos u actos en los cuales funda su pretensión. Sin perjuicio de ello, en algunas materias y ante situaciones diversas, los regímenes procesales establecen *la inversión de la carga de probar*, trasladando dichos costos hacia **la parte contraria a la cual lo invoca**.

#### *b. Utilidad en el proceso*

Si bien es cierto que el hecho de ser absuelto puede producir una innegable felicidad a quien fue demandado, ella resulta muy difícil de mensurar. Por ese motivo, el análisis de la **utilidad** en el proceso, está limitado a la que espera obtener quien demanda a otro.

La estimación de la utilidad guarda relación con, al menos, dos variables, que son el **valor económico del proceso** y la **probabilidad de éxito**.

En general, la existencia de una contienda judicial depende de que ambas partes sean optimistas en cuanto a sus probabilidades de éxito, por cuanto, de lo contrario, podrían arribar a una solución más eficiente, que no involucrara los altos costos de litigar ni el transcurso del tiempo, como es un acuerdo<sup>18</sup>.

Por último, hemos de señalar que, lógicamente, la **utilidad** que obtiene la actora es un **costo** que soporta la demandada.

### III. Las decisiones en el modelo propuesto

Sucintamente explicaré cómo funciona el modelo de acuerdo a las decisiones que enfrenta cada una de las partes, siguiendo a la teoría clásica. Para ello, como expliqué, recorro a un simple análisis costo – beneficio, que es el modelo más idóneo – al menos inicialmente – para ello.

---

<sup>18</sup> Stordeur (h), (2011), págs. 376 y sgtes.

a. *La decisión del actor de litigar o no*

Inicialmente, la decisión de litigar no difiere demasiado de cualquier otra: *el futuro litigante descontará el costo que le insumirá el trámite del proceso de la utilidad que espera obtener de él, calculada de acuerdo a sus probabilidades de éxito en la contienda.*

De tal comparación puede resultar que la demanda tiene un **valor esperado positivo** o un **valor esperado negativo**.

$$(U.p) - C > 0 = \text{VEP}$$

$$(U.p) - C < 0 = \text{VEN}$$

*U = utilidad*

*p = probabilidad*

*C = costo*

*VEP = valor esperado positivo*

*VEN = valor esperado negativo*

Como punto de partida diré que en el primero de los casos, es decir cuando la demanda tiene un valor esperado positivo, la estrategia dominante es **demandar**, mientras que cuando tiene valor esperado negativo, la estrategia dominante es **no demandar**<sup>19</sup>.

Pero lo cierto es que, ni siquiera desde la teoría clásica puede descartarse de plano la actitud frente al riesgo que posea la actora. Para nuestro modelo asumí que las partes son aversas al riesgo, y por ello ha de entenderse que, o bien la probabilidad de éxito debe ser alta, o bien el valor esperado debe ser elevado para que la parte actora tenga incentivos para demandar.

---

<sup>19</sup> Para un análisis de situaciones en las cuales la estrategia dominante es demandar, aun ante demandas con valor esperado negativo, ver Rosenberg et al (1995).

b. *La decisión del demandado: negociar o continuar el trámite*

Por lógica, la estrategia dominante para el demandado es **aquella de la cual resulte que deba efectuar un menor desembolso.**

En su caso, su decisión pasa por comparar un costo **cierto** con uno **potencial**. Si el demandado decidiera negociar, asume un costo *cierto*, mientras que si decidiera controvertir y esperar la sentencia, su probabilidad de pagar es *potencial*.

Es decir entonces que, en la evaluación acerca de si controvertir o negociar, el demandado *tendrá en consideración el costo de acordar en el proceso y el costo de no acordar, que es igual al costo de una sentencia condenatoria por la probabilidad de obtenerla, más el costo de una sentencia absolutoria por la probabilidad de obtenerla*<sup>20</sup>.

Racionalmente **propondrá un acuerdo** cuando *el costo de acordar sea inferior al costo esperado de la condena.*

$$CA < CNA (CSC.p + CSA.1-p)$$

*CA = costo de acordar*

*CNA = costo de no acordar*

*CSC = costo de sentencia condenatoria*

*CSA = costo de sentencia absolutoria*

*p = probabilidades*

Si el costo de acordar fuera igual o superior al costo esperado de una condena, el demandado elegirá la estrategia **esperar una sentencia**. Aquí vale nuevamente lo dicho previamente sobre la actitud de la parte frente al riesgo.

---

<sup>20</sup> Anteriormente dije que para el demandado el proceso es sólo costo. Aun la sentencia absolutoria puede traer aparejados costos, dependiendo del sistema de distribución que resulta de la legislación procesal. El tema no es menor, ya que en muchas ocasiones, aun en el caso de enfrentar una demanda frívola, la amenaza de tener que afrontar el pago de honorarios de peritos produce incentivos en los demandados para ofrecer un acuerdo conciliatorio con la finalidad de reducir el costo total del proceso.

c. *La decisión del actor: aceptar la propuesta o rechazarla*

Según nuestro modelo, el actor *aceptará la propuesta de acuerdo cuando la utilidad que resulta de éste, menos el costo de acordar, sea mayor a la utilidad de no acordar, que es equivalente a la utilidad de la sentencia condenatoria por la probabilidad de obtenerla, menos el costo de la sentencia, que equivale al costo de la sentencia condenatoria por la probabilidad de obtenerla menos el costo de una sentencia absolutoria menos la probabilidad de que ocurra.*

$$(UA - CA) > [UNA (USC.p)] - CS (CSC.p + CSA.1-p)$$

*UA = utilidad de acordar*

*CA = costo de acordar*

*UNA = utilidad de no acordar*

*USC = utilidad de sentencia condenatoria*

*CS = costo de sentencia*

*CSC = costo de sentencia condenatoria*

*CSA = costo de sentencia absolutoria*

*p = probabilidades*

d. *Posibilidades de acuerdo según la teoría clásica*

La realidad demuestra que, aplicando la teoría clásica a nuestro modelo, las probabilidades de acuerdo son bajas, ya que **para que exista un acuerdo, ambas partes deberían estimar de modo similar las probabilidades de que el juez dictara una sentencia condenatoria**, situación en la cual, es más probable que **pudieran negociarlo extrajudicialmente en vez de encarar un costoso proceso judicial.**

A raíz de lo expuesto, necesitamos incorporar a nuestro esquema la influencia que tiene en las decisiones procesales la creencia de que los jueces resolverán a favor de los trabajadores, de acuerdo a lo que expresé al inicio de este trabajo.

Pero esta creencia no está totalmente desprovista de sustento: es producto de la influencia que las normas procesales – y las normas de fondo que influyen en cuestiones procesales – tienen sobre los jueces.

Por ese motivo, En el capítulo siguiente, haré un análisis de algunas normas que, por influir en el régimen de distribución de los costos del proceso, producen esa creencia, ese convencimiento de que el resultado del proceso favorecerá al trabajador.

### III.- Una creencia

1.- Cuestiones previas; 2.- Características del Derecho del Trabajo argentino y del ordenamiento procesal laboral bonaerense; 3.- La influencia de las normas en la conformación de la creencia

#### 1.- Cuestiones previas

La labor profesional de casi tres décadas como integrante de la Justicia del Trabajo, tanto nacional como bonaerense<sup>21</sup>, me ha dejado como dato que la proporción de pronunciamientos por los cuales cada una de las partes resulta beneficiada es equivalente. Es decir que, de los conflictos que se resuelven por sentencia definitiva<sup>22</sup>, aproximadamente la mitad de ellas favorece a los trabajadores y la mitad a los empleadores. Si bien existen algunas jurisdicciones que tienen una tendencia que podríamos denominar *pro obrerista*<sup>23</sup>, esta proporción del 50-50 es generalizada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

¿Por qué refiero entonces a la existencia de una *creencia* en cuanto a que los trabajadores siempre resultan victoriosos en las contiendas judiciales? Porque como explicaré en este apartado, existen normas sustantivas y adjetivas que conceden a los trabajadores algunas ventajas respecto de sus empleadores en las contiendas judiciales, principalmente, por cuanto disponen la **traslación hacia éstos de la gran mayoría de los costos del proceso.**

Estas normas, producen incentivos en los jueces para que, en situaciones dudosas, se inclinen por soluciones que favorecen a los trabajadores, decisiones, que, por aparentar apartarse de la lógica, producen en parte de la sociedad una *sensación de injusticia*. Esa sensación, según mi consideración, está ligada a la conformación de la creencia a la cual referí, la cual es real y cuya existencia está fuera de discusión.

Sería mucho más simple para este trabajo contar con datos estadísticos concretos que reflejen cómo se resuelven las contiendas, pero lo cierto es que, por una

---

<sup>21</sup> En esta última como juez por más de una década.

<sup>22</sup> Salvo en los obvios casos de rebeldías. La casi totalidad de los procesos tramitados en rebeldía de la empleadora tiene por resultado una sentencia condenatoria.

<sup>23</sup> Por ejemplo, la Justicia Nacional del Trabajo y algunos departamentos judiciales bonaerenses en particular.

parte, esa variable no es considerada relevante – al menos en las estadísticas que confeccionan los tribunales y elabora la Suprema Corte provincial – y, por otra, no sería demasiado útil sin conocer los particulares pormenores de todos y cada uno de los conflictos que dirimen.

Con esta importante limitación, a continuación enuncio y explico las normas de fondo y procesales a las cuales referí anteriormente cuando señalé que inclinan la balanza hacia el trabajador en situaciones dudosas y en otras que no lo son tanto.

## **2.- Características del Derecho del Trabajo argentino y del Derecho Procesal Laboral bonaerense**

### *a) Un poco de historia*

Existe consenso en la doctrina<sup>24</sup> en cuanto a que la Revolución Industrial, ocurrida a comienzos del Siglo XVIII, constituyó un innegable punto de inflexión en la forma en la cual se presta el trabajo humano.

Con anterioridad, el trabajo manual era realizado exclusivamente por esclavos y siervos. Los primeros integraban el patrimonio de sus dueños y recibían la consideración de *meras cosas*, mientras que los segundos eran *hombres libres* que estaban también sometidos al poder de sus patronos. Estos últimos se encontraban vinculados a través de una relación de naturaleza civil, similar a las de las *locatio* romanas<sup>25</sup>.

Posteriormente y aun cuando la esclavitud seguía existiendo, el trabajo comenzó a brindarse *artesanalmente* y las relaciones que se establecían con quienes prestaban servicios eran similares a las del *aprendizaje*. En general, los trabajadores - aprendices vivían dentro del taller con su familia, y se les permitía *conservar una porción de lo obtenido para su subsistencia*<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, Grisolía (2015) y Ackerman (2005), entre otros.

<sup>25</sup> Ackerman (2005), pág. 69.

<sup>26</sup> Grisolía, (2015), pág. 23.

Durante la Edad Media cobró preponderancia el *trabajo agrícola*, y los trabajadores eran considerados como adscriptos a la tierra<sup>27</sup>.

Esta forma de prestar servicios para otros no varió demasiado hasta la Revolución Industrial, que *cambió la forma de producción, con la incorporación de las máquinas*. La naturaleza de las relaciones *mutó entonces hacia lo que hoy es considerado un verdadero contrato de trabajo*. El contrato de trabajo como está concebido en la actualidad se originó para cubrir una *necesidad propia del trabajo desarrollado en la industria*.

Después de la primera mitad del Siglo XIX fueron apareciendo las primeras normas regulatorias del trabajo en Europa, generalmente con la intención de establecer *límites a la contratación* para evitar las nuevas formas de explotación laboral que originó también la Revolución Industrial.

Pese una rudimentaria reglamentación de la prestación de servicios en las Leyes de Indias, en la República Argentina, la regulación del contrato individual de trabajo se hizo esperar hasta entrado el Siglo XX. Fue su antecedente la organización sindical, que tuvo su período más rico con la inmigración europea de fines del Siglo XIX y principios del Siglo XX, en especial por su lucha frente a los empleadores y los gobiernos. Esa lucha llevó, incluso, a actos de violencia estatal contra trabajadores huelguistas, como los de la llamada Semana Trágica de enero de 1919 en la cual fueron asesinados entre 700 y 1.356 obreros<sup>28</sup> y un año después los de la más famosa Patagonia Trágica en la cual fueron asesinados entre 300 y 1.500 obreros<sup>29</sup>.

Durante las primeras décadas del siglo anterior se sancionaron diversas leyes laborales con influencia en las relaciones individuales de trabajo<sup>30</sup>, y en 1934 fue sancionada la Ley 11.729, la cual constituyó *la primera norma regulatoria integral del contrato de trabajo*. Modificatoria de los artículos 154 a 160 del hoy derogado Código de Comercio, la norma *fue concebida originariamente como régimen aplicable a los*

---

<sup>27</sup> Ackerman (2005), pág. 68.

<sup>28</sup> Cfr. Larraquy, (2009), pág. 86.

<sup>29</sup> Cfr. Larraquy, (2009), págs. 111-112.

<sup>30</sup> Basta recordar como ejemplos a las leyes 4661 de 1905 que estableció el descanso dominical, 5291 de 1907 que reguló el trabajo de las mujeres y los niños, 9511 de 1914 que disponía la inembargabilidad de los bienes del trabajador, 9688 de 1915 que establecía un régimen especial aplicable a los accidentes de trabajo y 11.544 de 1933 que establecía límites a la jornada de trabajo.

*empleados de comercio*, alcance que fue *posteriormente extendido a todos los trabajadores bajo relación de dependencia*.

En 1957 se incorporó el *artículo nuevo*, conocido como el *artículo 14 bis*, al texto de la Constitución Nacional de 1853, con sus reformas, el cual *introdujo en sus tres párrafos principios, garantías y límites aplicables a los contratos de trabajo individuales, a la actuación sindical y al régimen previsional*. A pesar de provenir del gobierno que *asumió de facto* tras la Revolución Libertadora, la norma *incorporó algunas de las premisas del constitucionalismo social que había establecido la Constitución de 1949*, la cual había reemplazado a la de 1853 con sus reformas.

En 1974 fue derogada la Ley 11.729 y su texto sustituido por el de la Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, la cual aun cuando fue modificada y sus normas reglamentadas unas 200 veces, continúa vigente.

#### *b) La Ley de Contrato de Trabajo*

Al diseñar el régimen regulatorio de un contrato, el legislador puede optar entre dos alternativas posibles: uno meramente supletorio o uno imperativo. Los legisladores de la República Argentina no han considerado que el supletorio fuera el diseño más idóneo para regular las relaciones laborales, por cuanto *es de esperar que el poder de mercado del empleador influya sobre la negociación y perjudique al trabajador en la asignación de derechos que podría surgir de un pacto individual inter partes*. Por ese motivo, nuestro régimen fue concebido como uno *imperativo, exhaustivo, y marcadamente protectorio del trabajador*<sup>31</sup>. De la Ley de Contrato de Trabajo, compuesta de un puntilloso articulado<sup>32</sup>, resulta un *contrato tipo* que se encuentra en las inmediaciones del modelo de *contrato perfecto*<sup>33</sup>.

Debido al tinte proteccionista que impone el artículo 14 bis de la Constitución Nacional<sup>34</sup>, la legislación laboral argentina dispensa *al trabajador un trato diferente al del empleador*. Tan es así, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo considera un

---

<sup>31</sup> Aunque, como veremos, pareciera estar diseñado de modo supletorio.

<sup>32</sup> La integran 277 artículos.

<sup>33</sup> Perfecto en cuanto a lo exhaustivo del tratamiento de las diversas cuestiones, no así en la asignación de derechos que de él resulta.

<sup>34</sup> “*El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes...*”.

*sujeto de preferente tutela constitucional*<sup>35</sup>. Según la interpretación mayoritaria, tanto jurisprudencial como doctrinaria del *principio protectorio* – concepción ideal sobre la cual gravita la normativa regulatoria del negocio laboral -, *el amparo del trabajo al cual refiere la Constitución Nacional se logra tutelando a quien considera como la parte más débil de la relación, es decir, al trabajador*<sup>36</sup>.

La legislación sustantiva de trabajo se erige entonces sobre ese ideal tutelar, traducido en un *principio protectorio*, que constituye su marco conceptual. Este principio se hace operativo a través de medios técnicos, que consisten de *reglas de interpretación en casos de controversias*, acaecidas tanto *durante la celebración, la ejecución y la extinción del contrato de trabajo*, como *al momento de resolverlas judicialmente*. Por ello, en mi opinión, la impronta tuitiva de la legislación de fondo *se extiende de modo inevitable a los procesos judiciales*.

Dentro de los medios técnicos, resultan especialmente relevantes en lo atinente a este trabajo, *la regla de la condición más beneficiosa, el régimen de irrenunciabilidad de los derechos laborales, la regla de la duda* – en sus dos acepciones -, *y la gratuidad de los procedimientos judiciales y administrativos*.

#### I. Condición más beneficiosa

Dispone el artículo 7 de la Ley de Contrato de Trabajo que *“las partes, en ningún caso, pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudos con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el artículo 44 de esta ley*<sup>37”</sup>.

La Ley de Contrato de Trabajo incentiva a los jueces de Trabajo a disponer la nulidad de todo pacto mediante el cual el trabajador y el empleador hubieran acordado que aquél prestaría servicios bajo condiciones peyorativas de las que le conferían, tanto la misma Ley, como los convenios colectivos de trabajo y los laudos con fuerza de tales.

---

<sup>35</sup> A partir del pronunciamiento publicado en Fallos 327:3677.

<sup>36</sup> Esta impronta protectoria, no es tributaria exclusivamente del Derecho del Trabajo, sino que se ha erigido en una suerte de regla o principio general en todas aquellas relaciones en las cuales existe una evidente disparidad entre las partes.

<sup>37</sup> Es decir, su nulidad.

Más significativo aún es que, la norma establece la nulidad parcial del contrato, la cual alcanza solamente a la/s cláusula/s, y al empleador, ya que *el trabajador conserva la facultad de reclamar a su dador de trabajo los mejores derechos, aun cuando hubiera pactado lo contrario*, lo cual puede incentivar su oportunismo.

A su vez, el empleador que litiga frente a un trabajador, considerará especialmente sorprendente que, existiendo un pacto con éste, los jueces de trabajo se aparten de él, favoreciendo la pretensión del trabajador de considerar aplicables reglas que exceden de lo convenido.

## II. Irrenunciabilidad

Estrechamente vinculado al medio técnico precedente, el sistema de *irrenunciabilidad de los derechos y sustitución de cláusulas contractuales* se encuentra previsto por los artículos 12 y 13 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Según la primera norma “*será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción*”. Por otra parte, el artículo 13 dispone que “*las cláusulas del contrato de trabajo que modifiquen en perjuicio del trabajador normas imperativas consagradas por leyes o convenciones colectivas de trabajo serán nulas y se considerarán substituidas de pleno derecho por éstas*”.

Las normas limitan la autonomía de la voluntad de las partes a pactos superadores de los derechos mínimos previstos por la legislación o los convenios colectivos. En caso de que las partes hubieran pactado por debajo de esos mínimos, esas cláusulas quedan substituidas de pleno derecho por estos últimos.

A la hora de resolver un conflicto, los jueces de trabajo tienen incentivos para hacer prevalecer las normas de la Ley de Contrato de Trabajo por sobre los pactos individuales de las partes, aun en el caso en el cual éstas hubieran entendido que no se encontraban vinculadas por un contrato de trabajo.

### III. La regla de la duda

Prácticamente todas las ramas del Derecho contienen reglas aplicables a situaciones en las cuales, durante el trámite de un proceso judicial, se genera una duda razonable acerca de la existencia o inexistencia de los derechos reclamados. En general, esas reglas – que derivadan del principio de inocencia – disponen la absolución de aquél a quien se le reclama o es juzgado. Pero la Ley de Contrato de Trabajo establece una regla que va en la dirección contraria.

Dispone su artículo 9 que *“en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”*<sup>38</sup>.

La regla es aplicable en conflictos normativos: en tales casos, ella provee incentivos para que el juez sostenga la prevalencia de la norma más favorable al trabajador. La apreciación judicial acerca de cuándo una norma debe ser considerada más favorable se rige por el sistema de conglobamiento por instituciones, el cual incentiva al juez a otorgar predominio a la norma o conjunto de normas más benévolas para el trabajador que regulan una misma institución del Derecho del Trabajo<sup>39</sup>. *Cuando el conflicto recae sobre la interpretación que debe darse a las normas, la norma dispone que debe interpretársela del modo favorable al dependiente.*

El último párrafo establece que *si la duda recayese sobre la interpretación de la prueba, el juez debe decidir en el sentido más favorable al trabajador*<sup>40</sup>. La solución legal contraría la regla procesal según la cual *quien alega la ocurrencia de un hecho debe probarlo*<sup>41</sup>. Así, *la regla de la duda en materia probatoria incentiva al juez de trabajo a*

---

<sup>38</sup> Este medio técnico también está contenido en el inciso 3 del artículo 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>39</sup> Por ejemplo, una convención colectiva de trabajo que estableciera un régimen de vacaciones diferente al de la LCT.

<sup>40</sup> Párrafo agregado por la Ley 26.428 en un texto que vuelve al original de la Ley 20.744 y que había sido abrogado en 1976 por la Ley 21.297.

<sup>41</sup> Prevista en todos los ordenamientos procesales civiles.

*resolver considerando debidamente probados los hechos invocados por el trabajador como fundamento de su pretensión, incluso si existiera una duda razonable.*

Esta regla, diferente en su concepción a las aplicables en otras ramas del Derecho transforma a una mera *duda* en una condición para que el juez, aplicando el artículo 9 de la LCT en favor del trabajador, tenga por acreditada, incluso, la existencia de una relación de trabajo.

La norma, visiblemente destinada a evitar los *falsos negativos*, establece un régimen que tiende a crear *falsos positivos*.

#### IV. La gratuidad de los procesos

Según el artículo 20 de la LCT “*el trabajador o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo. Su vivienda no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno*”.

Esta cuestión se encuentra vinculada con las disposiciones del artículo 22 de la Ley 11.653, a las cuales referiré posteriormente<sup>42</sup>.

#### *c) Otras características especiales del régimen de la Ley de Contrato de Trabajo*

Si bien el sistema de la Ley de Contrato de Trabajo es bastante particular, considero relevante destacar tres características especiales *que también pueden incentivar a los jueces a resolver los conflictos dudosos en favor de los trabajadores* y, de tal modo, *alimentar la creencia de que éstos siempre ganan los juicios*.

En primer lugar, y como adelanté al tratar el régimen de la condición más beneficiosa, sus disposiciones constituyen un *conjunto de mínimos*, de pisos irrenunciables para el trabajador debajo de los cuales las partes no tienen la posibilidad de negociar. En segundo lugar, el régimen legal funciona como *atrayente de acuerdos periféricos*. En tercer lugar, ese régimen es *one size fits all*<sup>43</sup>, es decir, resulta aplicable a

---

<sup>42</sup> También ha sido previsto por el inciso 3 del artículo 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

<sup>43</sup> La traducción sería un único régimen aplicable a todo tipo de relaciones.

todo tipo de relación laboral sin distinción entre distintos tipos de trabajadores y empleadores.

### I. Mínimos inderogables

La disparidad negocial entre las partes existe, es un hecho que deriva del *poder de la escasez*, ya que son pocos quienes demandan mano de obra ocupada en el mercado de trabajo. Por ese motivo, la Ley de Contrato de Trabajo está compuesta en su casi totalidad por normas que, aun cuando en teoría determinan un mínimo sobre el cual las partes pueden negociar, funcionan en la realidad como *normas imperativas*. Es decir que, como dije previamente, el régimen regulatorio del contrato de trabajo en la República Argentina es *esencialmente imperativo para las partes y protectorio del trabajador*<sup>44</sup>.

La normativa tiene por objetivo equiparar los poderes negociales de las partes. Pero el contrato modelo, lejos de producir una mejora en las condiciones de negociación de los trabajadores, nivela hacia abajo restando poder de decisión al empleador mediante la imposición del contenido obligacional del contrato. Por ese motivo sostenemos que las disposiciones de la LCT son de naturaleza imperativa: las partes sólo cuentan con libertad para decidir si contratan o no, rigiendo en el primer caso las cláusulas imperativas de la LCT como si se tratara de un *contrato de adhesión*.

El contrato modelo aborda tanto cuestiones que las partes tendrían un especial interés en pactar<sup>45</sup>, como otras que presumiblemente no pactarían, aun cuando refieran a situaciones que podrían darse durante la ejecución del contrato<sup>46</sup>.

Sin perjuicio de la característica *imperativa y limitativa de los poderes de negociación individual* presente en todo el articulado de la Ley de Contrato de Trabajo, la doctrina y la jurisprudencia entienden que *las partes pueden negociar condiciones y cláusulas contractuales más favorables que las que surgen del régimen*. En mi opinión las situaciones en las cuales puede existir una negociación igualitaria son *muy limitadas*.

---

<sup>44</sup> Spector (2005), siguiendo a Charles W. Mc Curdy, categoriza los distintos tipos de legislaciones laborales en protectorias, distributivas y permisivas. Nuestra legislación, si bien tiene algunos contenidos por los cuales podría ser calificada como distributiva, es esencialmente de tipo protectoria.

<sup>45</sup> Por ejemplo, aquellas relacionadas con la prestación de tareas, la remuneración y los descansos.

<sup>46</sup> Por ejemplo, los artículos 82 y 83 de la LCT refieren a las cuestiones que podrían suscitarse respecto de la propiedad intelectual y patentes de invención si el trabajador inventara o descubriera algo en su lugar de trabajo.

*El empleador que actúa como si maximizara su utilidad sólo celebrará un pacto que implique pagar un salario o conceder derechos mayores a los que está obligado a pagar o conceder legalmente, cuando de tal negocio espera obtener un mayor beneficio, es decir, cuando la utilidad que espera obtener del pacto especial que celebre con un determinado trabajador sea superior a lo que obtendría de cumplir con las disposiciones legales respecto de un trabajador promedio. A su vez, el trabajador que está en condiciones de pactar con un empleador condiciones más favorables que las que obtendría por la mera aplicación del régimen legal vigente, estará indiferente frente a la aplicación de la LCT<sup>47</sup>.*

Pero el sistema, en cuanto sustituye la voluntad de las partes, puede *fallar en generar incentivos para la colaboración* y, por ende, *favorecer la defección mutua*. Por lógica, si las partes hubieran pactado cláusulas contractuales que difieren de aquellas que establece la Ley de Contrato de Trabajo porque éstas resultan demasiado caras para el empleador, cabe presumir – si éste actúa como si maximizara su utilidad – que intentará negociar reduciendo su costo. Y teniendo en cuenta las características de la legislación, también cabe presumir que el trabajador que actúa como si maximizara su utilidad aceptará ese pacto peyorativo frente a la alternativa de quedar desempleado. El resultado será, presumiblemente, un contrato marginal<sup>48</sup>.

También el régimen indemnizatorio previsto por la LCT para el caso de la ruptura intempestiva del contrato de trabajo puede *generar incentivos a la mutua defección*. Como consecuencia de que el monto de la indemnización tiene en cuenta la antigüedad y el salario del trabajador, ambas partes tienen idénticos incentivos para, por una parte, *extinguir el contrato cuando este se torna demasiado caro*<sup>49</sup> y, por otra, a

---

<sup>47</sup> Cabe recordar que, como se ha señalado con anterioridad, la existencia de la LCT se justifica en el poder de mercado del empleador para fijar las condiciones del contrato, el cual evidentemente no existe en este caso.

<sup>48</sup> En su trabajo “*Los Ambiguos Fundamentos Morales de la Economía Informal*”, el profesor George L. Priest de la Universidad de Yale consideró a los mercados informales como respuestas racionales a las regulaciones estatales ineficientes. En definitiva, para Priest un mercado informal surge para devolver parte de la eficiencia que la regulación quitó al mercado regulado.

<sup>49</sup> En relación a este tema en particular, he señalado en un trabajo anterior que existe una suerte de leyenda urbana según la cual un trabajador indemnizado no tuvo nunca más la necesidad de trabajar. Esta leyenda genera incentivos para que los trabajadores extingan oportunísticamente el contrato de trabajo en el entendimiento que las indemnizaciones serán suficientes para vivir cómodamente el resto de sus vidas.

*denunciar variables diferentes a fin de favorecerse ante una eventual sentencia condenatoria*<sup>50</sup>, solución que, consideramos, es *la menos beneficiosa mutuamente*.

En todos estos casos, el juez tiene incentivos para resolver favoreciendo al trabajador por sobre el empleador.

## II. El contrato de trabajo como atrayente de contratos periféricos

Conforme la presunción prevista por el artículo 23 de la Ley<sup>51</sup> y la interpretación amplia que de ella hace la jurisprudencia mayoritaria, *los contratos que, por su objeto, están en la periferia de las relaciones laborales* – suministro, obra, servicios, mandato, consignación, corretaje, agencia, consignación y franquicia – *son*, en un eventual proceso judicial en el cual se discutiera su naturaleza, *considerados como contratos de trabajo, salvo que se demostrara que no existe relación de dependencia*<sup>52</sup>. En este tipo de situación, son los sujetos a quienes se les atribuye la calidad de empleadores quienes tienen la carga de demostrar en juicio que el vínculo tenía una naturaleza distinta.

Esta característica incentiva a los jueces a decidir los casos en favor de quien se arroga la condición de trabajador dependiente en las contiendas judiciales tramitadas ante la Justicia con competencia laboral.

No puede soslayarse que, por tratarse de un vínculo nacido con características distintas, el contrato no cumplirá con las normas imperativas de la ley, y por tal motivo el sindicado empleador será condenado pagar altas sumas de dinero por su incumplimiento con la legislación en materia de registro<sup>53</sup>, viéndose de ese modo sancionado por un incumplimiento que no fue tal.

---

<sup>50</sup> El trabajador tiene incentivos a denunciar una antigüedad y un salario mayores a los reales y el empleador a denunciar menores.

<sup>51</sup> Artículo 23 “*el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esta presunción regirá igualmente cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio*”.

<sup>52</sup> Luego de más de cien años de vida, aun en la actualidad el concepto de *relación de dependencia* sigue siendo uno de los más esquivos. No existen criterios uniformes sobre qué debe entenderse por ella.

<sup>53</sup> En especial la Ley 24.013, la cual establece multas a favor del trabajador en caso de empleo deficientemente registrado.

### III. Régimen único para todo tipo de contrato de trabajo

En tercer lugar, la existencia de un régimen único puede repercutir sobre las relaciones cuasi laborales en las cuales se da una mayor simetría entre las partes para negociar. En tales casos, por resultar el contrato tipo más oneroso, es de esperar o bien un número menor que el óptimo, o relaciones individuales marginales.

Cabe en este caso, considerar la situación especial de los vendedores ambulantes, los oferentes callejeros de alimentos, los ayudantes de plomeros, pintores o cortadores de césped, conductores de automotores de alquiler, etc., es decir *aquellas relaciones en las cuales la calidad de trabajador y de empleador está desdibujada*, por cuanto la titularidad del emprendimiento es meramente formal o, directamente, inexistente.

En ellas se da la particularidad de que quien formula el reclamo invocando la calidad de trabajador antes que el otro, posiblemente obtendrá una sentencia condenatoria – probablemente impagable – ya que, *por la excesiva onerosidad del contrato no existirá cumplimiento alguno de normas laborales*.

#### *d) El ordenamiento procesal laboral bonaerense*

Otorgándole mandato constitucional, las provincias delegaron en el Gobierno Federal el dictado de las normas de fondo<sup>54</sup>, entre ellas las relativas al trabajo. Así, las normas que regulan al trabajo como actividad económicamente relevante y como vínculo contractual, sin importar el lugar del país en el cual se celebrara, ejecutara o extinguiera, son de naturaleza federal. Pero, así como delegaron expresamente ese poder, las provincias conservaron para sí otros<sup>55</sup>, entre ellos, la sanción de sus normas constitucionales y la organización de sus instituciones.

En ejercicio de dichas prerrogativas, las provincias argentinas han organizado sus propios poderes judiciales y han dictado sus propias normas de procedimiento en prácticamente todas las materias jurídicas comunes. Si bien la organización de, por ejemplo, la Justicia en lo Civil y Comercial ha replicado la estructura dada a nivel

---

<sup>54</sup> Conforme surge del actual artículo 75, inc. 12 de la Constitución Nacional.

<sup>55</sup> Arts. 121 a 123 de la Constitución Nacional.

federal<sup>56</sup>, con la Justicia Laboral no ha sucedido lo mismo. Las provincias *la han organizado de modos diferentes*, sobre la base de dos regímenes diferenciados, uno de doble instancia y procedimiento escriturario o uno de única instancia y procedimiento oral.

Mas, aun cuando el diseño de los procedimientos varía de provincia en provincia, existen *principios comunes a todos ellos*, cuya *finalidad es brindar una cierta y limitada homogeneidad a las decisiones judiciales*. Paradójicamente, muchos de ellos *están presentes* – como señalamos oportunamente – *en la Ley de Contrato de Trabajo*.

En la Provincia de Buenos Aires, el artículo 1° de la Ley 5827<sup>57</sup> dispone que la Administración de Justicia Laboral será ejercida por los *Tribunales del Trabajo*. A su vez, la Ley 11.653<sup>58</sup> regula *el procedimiento aplicable a los conflictos que tramitan ante ellos*, el cual se desarrolla *en juicio oral y en una única instancia*. El procedimiento laboral bonaerense se integra, asimismo, con las normas del Código Procesal Civil y Comercial provincial que resultan compatibles, aplicables supletoriamente.

El articulado de la Ley 11.653 evidencia que la impronta protectoria que rige la legislación de fondo *está igualmente presente en la norma procesal*.

A continuación, expongo las principales características que considero importante destacar para la finalidad de este trabajo.

#### I. El beneficio procesal de pobreza del trabajador

El inicio de un expediente judicial supone una serie de gastos que el trabajador, que debe reclamar porque ha perdido su fuente de ingresos o porque se encuentra incapacitado para obtenerlos, no está en condiciones de soportar.

A fin de *garantizar el ejercicio de los derechos derivados de la ejecución y/o extinción del contrato de trabajo*, la Ley de Contrato de Trabajo establece que, a

---

<sup>56</sup> Y ha adoptado, en general, un texto similar al del Código Procesal Civil y Comercial establecido por Ley 17.454 de 1968.

<sup>57</sup> BO 13.7.1955.

<sup>58</sup> BO 16.8.1995. El texto sustituyó al de la Ley 7718, el cual, a su vez, había sustituido al de la Ley 5178. Si bien el procedimiento de la Ley 11.653 será fatalmente sustituido por el de la Ley 15.057, no existen señales de que el cambio vaya a ocurrir en el corto plazo.

diferencia de lo que sucede con otro tipo de reclamos de índole extra laboral<sup>59</sup>, *el trabajador y sus derechohabientes gozan del beneficio de la gratuidad en los procesos judiciales y administrativos*. A su vez, el art. 22 de la Ley 11.653 consagra un beneficio más amplio que el previsto por la legislación de fondo, el cual se denomina generalmente – para distinguirlo de aquél – *de pobreza*.

Dispone la norma que *“los trabajadores o sus derecho-habientes gozarán del beneficio de gratuidad. La expedición de testimonios, certificados, legalizaciones o informes en cualquier oficina pública será gratuita. En ningún caso les será exigida caución real o personal para el pago de costas, gastos u honorarios o para la responsabilidad por medidas cautelares. Sólo darán caución juratoria de pagar si mejorasen de fortuna”*.

Ese beneficio se justifica en el hecho de que, por ser un trabajador quien demanda, *se presume que carece de medios económicos para afrontar el pago de dichas sumas*<sup>60</sup>.

A su vez, el artículo 20 dispone que *“en el proceso laboral la actuación estará exenta de toda tasa y gastos. Sin embargo, el condenado en costas, cuando no sea el trabajador, deber pagar las tasas y gastos correspondientes. Si aquellas se declarasen por su orden, abonará los de su parte”*.

Por último, el artículo 21 establece que *“los gastos que en razón de esta ley deba efectuar el Tribunal para la actuación procesal serán resarcidos por la parte a cuyo cargo se impongan las costas, aplicándose en lo pertinente lo dispuesto en el artículo 22”*.

De la normativa reseñada, resulta que, en definitiva, el costo del proceso judicial laboral bonaerense es *trasladado desde la actora* – que será quien en definitiva espera obtener un beneficio privado -, en gran medida hacia la sociedad y en menor medida hacia el empleador. Es decir que el grueso *del costo del proceso judicial laboral constituye una externalidad negativa* para los habitantes de la Provincia de Buenos Aires

---

<sup>59</sup> Aun cuando quienes los formularan también fueran trabajadores.

<sup>60</sup> El argumento no está exento de algunas críticas. En primer lugar, se considera que los trabajadores, por el mero hecho de serlo, son pobres. En segundo lugar, la promoción de la acción judicial, si bien gratis para el trabajador, no lo es para el resto de la sociedad, que es quien en definitiva afronta los pagos de los cuales éste está relevado mediante impuestos, aun cuando esté compuesta de otros trabajadores desocupados como el que está reclamando.

quienes afrontan su costo en forma directa – a través de impuestos – y en forma indirecta – mediante las privaciones que resultan de destinar parte del presupuesto provincial a sostener económicamente el sistema -.

Con este sistema, el trabajador, que puede obtener todos los beneficios de un litigio e imponer todos sus costos a terceros, *tiene incentivos para judicializar cualquier tipo de reclamo, aun en casos de que ellos tengan un valor esperado negativo*, por cuanto *ex ante* el resultado le resulta indiferente. Esta situación fue denominada por Gico Júnior *La Tragedia del Poder Judicial*<sup>61</sup>, en referencia a un sistema similar que estuvo vigente en Brasil hasta 2018.

La Suprema Corte provincial, en su interpretación de la norma, concede una *franquicia para demandar judicialmente* ya que, *el trabajador perdidoso no puede ser obligado ni siquiera a abonar los honorarios de los profesionales intervinientes*. Ese costo *se traslada al empleador por el mero hecho de haber sido demandado*, con la sola excepción de los honorarios de la representación letrada del demandante. Este régimen puede producir incentivos para, por una parte, un comportamiento oportunista del trabajador y, por otra, que obre con *moral hazard*.

Es importante destacar que, como consecuencia de las normas reseñadas y la doctrina legal de la Suprema Corte, *el empleador, sin importar el resultado del proceso, siempre debe afrontar cuanto menos los gastos correspondientes a los honorarios de los peritos intervinientes y de su representación letrada*.

## II. Impulso procesal oficioso

Es un principio general de todas las materias – salvo la Penal, y en relación con determinados delitos – que *los interesados son quienes deben impulsar el proceso para llegar a la decisión*. Es entonces que *las partes y sus letrados deben estar pendientes del estado de las actuaciones para poder realizar aquellos actos y formular aquellas peticiones que se requieren para llevar el expediente hasta la sentencia definitiva*.

Sin embargo, en el procedimiento laboral bonaerense, *ese impulso procesal también recae sobre el tribunal* y, en menor medida, el Ministerio Público. Como consecuencia de ello, aun cuando las partes abandonaran el litigio – revelando desinterés

---

<sup>61</sup> Gico Júnior, (2014)

en el resultado del proceso y/o la pérdida de actualidad del conflicto para ellas – *el Estado provincial debe seguir impulsándolo*.

En muchos casos se da la paradójica situación en la cual el vencedor en la contienda obtuvo ese resultado a pesar de su inercia y, aun, frente a la diligencia de su perdidosa contraparte.

### III. Facultades de investigación e instrucción del tribunal

Una de las actividades esenciales del abogado en el proceso judicial es seleccionar y, posteriormente, controlar la producción de las pruebas tendientes a demostrar los hechos en los que se funda la pretensión de su cliente. Por consiguiente, cualquier argumentación sobre la ocurrencia de hechos sin pruebas que los sustenten debiera estar destinada al fracaso como pretensión judicial.

Pero el 1er. párrafo del artículo 12 de la Ley 11.653 faculta al tribunal a suplir las omisiones en materia probatoria *otorgándole amplias facultades de investigación e instrucción*<sup>62</sup>, asegurando de tal modo a las partes que, ante la impericia o desidia de su letrado, los hechos y/o las defensas podrán ser igualmente probados por la actividad del órgano judicial.

La impronta protectoria a la cual vengo refiriendo, hace que los tribunales en la mayoría de los casos utilicen esta prerrogativa con la finalidad de favorecer a los trabajadores, generando nuevamente situaciones en las cuales, pese la deficiente actividad procesal desarrollada por la actora, ésta resulta vencedora frente a una demandada diligente, incentivando así su *moral hazard*.

### IV. Caducidad de la instancia, previa intimación a impulsar el procedimiento

La *sentencia definitiva* es considerada el modo normal de terminación de los procesos judiciales. Pero este principio general no necesariamente debe cumplirse en todos los casos, ya que los procesos también pueden concluir por modos anormales: *declaración de incompetencia, declaración de litispendencia, declaración de cosa*

---

<sup>62</sup> El tribunal puede ordenar las medidas de prueba que considere pertinentes, respetando los principios de congruencia, bilateralidad y defensa.

*juzgada, admisión de una excepción de previo y especial pronunciamiento, incumplimiento de la intimación previa prevista por el art. 27 de la Ley 11.653 en caso de demanda defectuosa, conciliación, transacción y declaración de caducidad de la instancia.* Esta última opera cuando las partes no impulsan el procedimiento durante un plazo que determina cada legislación procesal, en el entendimiento que su dejadez revela su desinterés en continuar con el trámite<sup>63</sup>.

El artículo 12 de la Ley 11.653 dispone que, si se verificara un período de inactividad de seis meses, el tribunal, *debe intimar a las partes para que impulsen el procedimiento, quedando habilitado para decretar su caducidad si nadie manifiesta un real interés*<sup>64</sup>.

Teniendo en cuenta que he señalado que el impulso procesal también está a cargo del Tribunal y del Ministerio Público, *las posibilidades de que se dé un supuesto en el cual solamente las partes pueden impulsar el procedimiento son muy limitadas* – falta de denuncia de un domicilio para correr traslado de la demanda, ausencia injustificada a la vista de la causa y omisión de pedir la designación de una nueva, etc. -, *motivo por el cual la situación es excepcional.*

Esta aparente colisión entre las normas ha llevado a que muchos tribunales de Trabajo provinciales decidieran no aplicar las normas sobre caducidad de instancia, manteniendo vigentes conflictos abandonados hace décadas.

#### V. Inversión de la carga de probar modalidades contractuales

Dispone el artículo 39 de la Ley 11.653 que “*cuando en virtud de una norma legal aplicable exista obligación de llevar libros, registros o planillas especiales de índole laboral, y a requerimiento judicial no se los exhiba o resulte que no reúne las exigencias legales y reglamentarias, incumbirá al empleador la prueba contraria si el trabajador o sus derecho-habientes prestaren declaración jurada sobre los hechos que debieron consignarse en los mismos. En los casos en que se controvierta el monto o el*

---

<sup>63</sup> La caducidad de instancia tiene dos finalidades: la primera es evitar abarrotar los tribunales de expedientes que a nadie le interesan y la otra es limitar el gasto que implica el trámite de un expediente injustificado.

<sup>64</sup> Por ejemplo, si las partes guardaran silencio a la intimación o ejecutaran actos que carecen de naturaleza impulsoria, como constituir domicilios o solicitar la realización de actos ya realizados.

*cobro de remuneraciones en dinero o en especie, la prueba contraria a la reclamación corresponderá al empleador”.*

Nuevamente, la falta de pruebas es suplida por una ficción legal: *las modalidades contractuales denunciadas por el trabajador son veraces*. La norma incentiva a los jueces a considerar probadas remuneraciones o una antigüedad exorbitantes<sup>65</sup> por el mero hecho de que, o bien no existe documentación laboral o la que existe es defectuosa.

La solución legal *incentiva el oportunismo de la parte actora a denunciar una remuneración o antigüedad mayores* para así trasladar la carga probar lo contrario al empleador.

## VI. Las normas sobre honorarios profesionales

Conforme señalé al inicio de este capítulo, las normas que vengo describiendo transfieren abiertamente costos del proceso judicial hacia el empleador, en el entendimiento que éste, por el mero hecho de ser titular de un emprendimiento empresario, está en mejores condiciones de afrontarlos que el trabajador. Así, el conjunto normativo impone al empleador *costos no monetarios* – por ejemplo, en materia probatoria – y *costos monetarios* – por ejemplo, las costas, aun en caso de ganar el juicio –.

Sin importar a qué tipo de profesional refieren, las leyes de aranceles por actuación ante los tribunales establecen la cuantía de los honorarios en un porcentaje que, para los abogados oscila entre un 10% y un 25% y para los peritos entre un 3% y un 7%, calculado sobre el *monto del proceso*. A su vez, este último equivale al monto de la sentencia definitiva con sus accesorios, al monto del acuerdo conciliatorio o transaccional o, al monto reclamado en la demanda<sup>66</sup>, según cual sea el modo de terminación del proceso.

---

<sup>65</sup> Cabe recordar aquí lo expresado respecto de que las indemnizaciones se computan en base a estos dos parámetros.

<sup>66</sup> Este se utiliza generalmente cuando el proceso concluye por un modo anormal distinto de la conciliación o la transacción. Para la regulación de los honorarios del proceso que concluye anormalmente, se establece una proporción de los honorarios que hubieran correspondido regular, dividido por las etapas cumplidas – demanda y contestación, producción de la prueba, celebración de la vista de causa –.

El empleador goza de una franquicia por la cual, en caso de una sentencia condenatoria, sólo puede reclamársele en conjunto por honorarios y tasas de actuación judicial, hasta una suma de dinero equivalente al 25% del capital de condena con sus intereses<sup>67</sup>. Esta franquicia no alcanza a los honorarios de los abogados que los representaron.

### **3.- La influencia de las normas en la conformación de la creencia**

Como puede advertirse, la legislación aplicable al proceso judicial laboral que he examinado tiene como característica principal que ella *resulta tuitiva del trabajador no sólo como parte del contrato de trabajo, sino como parte de un proceso judicial*. Por ese motivo sostengo que dicho conjunto normativo *reduce el costo para el trabajador de probar los hechos controvertidos, asignando valor probatorio a algunas manifestaciones u omisiones, e incentivando una interpretación favorable a las pretensiones esgrimidas por los dependientes*. Pero esa reducción del costo de probar sólo resulta posible porque, como contracara, *esa misma legislación incrementa el costo probatorio del empleador poniéndolo frente a algunas pruebas diabólicas*<sup>68</sup>.

El trabajador ingresa al proceso *con una marcada ventaja respecto de su empleador*: tiene garantizado su *día en la corte* aun cuando no cuente con medios económicos para soportar su costo, no podrán oponérsele pactos celebrados con su empleador ni renunciaciones de derechos, puede hacer valer cláusulas contractuales legales en su propio beneficio aun cuando fueran diferentes a las pactadas, cuenta con la ayuda del Tribunal en el impulso del proceso y la producción de las pruebas, no debe demostrar las modalidades contractuales que denuncia ya que la carga de probar lo contrario recae sobre su contraparte y tendrá una interpretación favorable de su pretensión aun en caso de duda razonable.

Por ese motivo, existe en quien debe abonar sumas de dinero una sensación de que, al menos en su caso, *la Justicia ha fallado*. Incluso en el caso de resultar vencedor

---

<sup>67</sup> Cfr. Art. 277 LCT.

<sup>68</sup> El caso paradigmático es el del art. 39 de la Ley 11.653 ya descripto. Si el contrato de trabajo, desconocido por el empleador, fuera tenido por probado por presunciones, este último tiene la carga de probar que las modalidades contractuales – fecha de ingreso, categoría y salario – son diferentes de los que denunció el trabajador en la demanda. Esto genera un contrasentido, por cuanto se le impone la carga de probar modalidades de un contrato cuya existencia ha desconocido.

en el proceso, la *sensación de injusticia* embarga al empleador, ya que igualmente tendrá que desembolsar sumas de dinero para abonar los honorarios de los peritos y de los letrados que lo representaron en el proceso.

Este tipo de decisiones *son las que tienen una mayor resonancia en los medios de comunicación formales* – como los medios periodísticos – *y especialmente en los informales* – como las redes sociales<sup>69</sup> -. Llamativamente, según una reciente encuesta, una gran parte de la sociedad prefiere tomar contacto con lo que sucede a su alrededor a través de medios informales<sup>70</sup>, por lo cual cabe asumir que tal preferencia comprende también todo lo relacionado con el ámbito legislativo y forense. Es de suponer entonces que *la toma de conocimiento acerca de la admisión de demandas en situaciones dudosas* ayude a construir esa creencia, devenida en cuasi certeza, de que *los trabajadores ganan todos los juicios, sin perjuicio de lo justo o injusto de su reclamo, ya que las leyes en las cuales los jueces fundan sus decisiones tienden a favorecerlos en la mayoría de los casos*<sup>71</sup>. Incluso, esa creencia alcanza a algunos gobiernos, que están convencidos de que existe una *industria del juicio o mafia de los juicios laborales*<sup>72</sup>, de la cual forman parte abogados laboristas, sindicalistas y jueces.

A continuación analizo cómo explica la Teoría Clásica la toma de decisiones en los procesos judiciales y, posteriormente, cuál es, según considero, la explicación al “problema” planteado por la Suprema Corte Bonaerense.

---

<sup>69</sup> Se ha de destacar que la actividad jurisdiccional es ampliamente escrutada en Facebook, Twitter, LinkedIn y otras redes sociales.

<sup>70</sup> <https://www.eleconomista.com.ar/2018-06-nos-informamos-hoy-los-argentinos/>

<sup>71</sup> [https://www.taringa.net/+offtopic/juicio-laboral-siempre-gana-el-empleado\\_gtg58](https://www.taringa.net/+offtopic/juicio-laboral-siempre-gana-el-empleado_gtg58)

[https://www.clarin.com/economia/empresas-solo-ganan-juicios-laborales\\_0\\_BJ1LsCSTvXx.html](https://www.clarin.com/economia/empresas-solo-ganan-juicios-laborales_0_BJ1LsCSTvXx.html)

<https://www.eltribuno.com/salta/nota/2017-7-6-2-31-40-mentiras-verdaderas-en-juicios-laborales>

[Porque se dice que los juicios laborales siempre los gana el empleado?](#)

<https://www.postubo.com/.../porque-se-dice-que-los-juicios-laborales-siempre-los-gan...>

<sup>72</sup> Una simple búsqueda en Google de la frase “industria del juicio” arrojó 29.700.000 resultados. Por ejemplo <https://www.lanacion.com.ar/opinion/la-industria-del-juicio-atenta-contr-el-empleo-nid2076999> y <https://www.perfil.com/noticias/politica/macri-responsabilizo-a-la-mafia-de-juicios-laborales-por-el-cierre-de-las-pymes.phtml>

## IV.- El análisis desde la Teoría Clásica

### 1.- Introducción; 2.- Las decisiones de las partes en el modelo clásico

#### 1. Introducción

Hasta aquí, este trabajo consistió, por una parte, en la descripción de las herramientas analíticas que utilizaré y, por otra, en la individualización del material jurídico que, a mi juicio, produce esa marcada alteración en las preferencias de las partes – acordar por sobre esperar una sentencia – que se da ni bien ingresan dentro de un proceso judicial laboral en la Provincia de Buenos Aires.

En la descripción de las herramientas, he desarrollado el modelo de la Teoría Clásica, el cual aplico a continuación con la finalidad de dilucidar si es el más apto para explicar ese aparente cambio que el inicio del proceso judicial produce en las partes.

Para ello, a continuación, analizo las diferentes estrategias que, según predice el modelo clásico de decisión racional, elegirían las partes.

#### 2.- Las decisiones de las partes en el modelo clásico

Recordemos el modelo de decisiones judiciales que elaboré y expliqué en el segundo capítulo de este trabajo:



### *a) La decisión del actor*

Según expliqué con anterioridad, el modelo clásico predice que el actor preferirá demandar cuando ésta posea un **valor esperado positivo**. En el caso contrario, su estrategia será no demandar.

En el capítulo anterior, expliqué que el bloque legislativo conformado por los arts. 20 de la Ley de Contrato de Trabajo, 22 de la Ley 11.653 y la doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia bonaerense, producen la eliminación de la totalidad de los costos asociados al proceso judicial respecto del trabajador, a la vez que trasladan algunos hacia la sociedad y otros hacia el empleador. A su vez, las demás normas reseñadas, al trasladar hacia el empleador la mayoría de los costos probatorios de los hechos, producen la creencia de que el trabajador, aun en situaciones dudosas, tiene una alta probabilidad de resultar victorioso en el proceso.

Esta combinación produce una visible alteración en la ecuación, ya que, por eliminar los costos e incrementar las probabilidades de éxito del trabajador, lleva a que **todas las demandas tienen valor esperado positivo**. Es entonces que, sin perjuicio de lo justo o injusto del reclamo, la Teoría Clásica predice que en estas condiciones **la estrategia dominante para el trabajador siempre será demandar**.

### *b) La estrategia del demandado: ¿propone un acuerdo o espera una sentencia?*

Cabe ahora analizar la decisión del demandado frente a la demanda. Anteriormente dije que, en general, las partes no tienen la misma estimación acerca de sus probabilidades de éxito en el proceso, ya que, de darse ese caso, estarían en condiciones de acordar sin la necesidad de recurrir a abogados y a la Justicia.

Por ese motivo, en este caso el demandado preferirá un acuerdo sólo si **estimara las probabilidades de éxito del actor, al menos igual que él**. En el caso contrario, su mejor estrategia es esperar la sentencia.

El demandado enfrenta el pago, además de la sentencia o acuerdo, de los demás costos del proceso – los honorarios de los abogados, peritos, etc.-, cuyo límite establecimos en el 25% del proceso. Además debe enfrentar el costo de su abogado, el

cual estimamos en el 20% de acuerdo a las leyes arancelarias vigentes en la Provincia de Buenos Aires.

Como ejemplo, en un caso en el cual el actor reclama una condena de \$ 100.000 al demandado con una probabilidad estimada de condena del 60%, el demandado debería ofrecer al actor hasta \$ 60.000, que es el **costo estimado de una sentencia condenatoria**, descontados los honorarios.

*c) La estrategia del actor: ¿acepta o rechaza la propuesta de acuerdo?*

Sólo en el caso en el cual el demandado eligiera la estrategia de ofrecer un acuerdo, el actor debe tomar la decisión de aceptarla o no.

El modelo clásico prevé que el actor preferirá la propuesta de acuerdo por sobre esperar una sentencia **cuando el valor neto que espera obtener de aquél es superior al valor neto que espera obtener de ésta.**

La realidad demuestra que, en atención a la influencia que la creencia puede tener sobre la percepción que tiene la actora sobre su probabilidad de éxito en la contienda, el valor del acuerdo debiera ser muy alto para que se lo aceptara, superior al eventual costo neto de la sentencia definitiva según la estimación formulada por el demandado.

Sigamos el ejemplo anterior, con una probabilidad de éxito estimada por el actor en un 80%. Asumiendo que el único costo que tiene para el actor uno u otro escenario es el pacto de cuota litis, que representa el 20% de lo percibido, **el valor neto esperado de la sentencia definitiva es de \$ 64.000**<sup>73</sup>. En estas condiciones, siendo que el demandado no ofrecería más de \$ 60.000, los cuales representarían para el actor un valor neto de \$ 48.000<sup>74</sup>, **la estrategia dominante para el actor es rechazar la propuesta de acuerdo.**

---

<sup>73</sup> [(\$ 100.000 x 80%) x 80%].

<sup>74</sup> Descontado el pacto de cuota Litis.

Es entonces que el modelo clásico, aun bajo la influencia de la creencia descripta, **no logra explicar por qué el inicio del proceso judicial produce ese cambio en las partes, que prefieren un acuerdo a esperar la sentencia definitiva.**

¿Hay alguna explicación?

## IV.- Una explicación

*1.- Introucción; 2.- La Teoría Prospectiva; 3.- La Teoría Prospectiva aplicada a las decisiones judiciales*

### 1.- Introducción

En este capítulo es nuestra intención responder al interrogante que planteamos al final del capítulo anterior.

Señalamos previamente que el modelo clásico de decisión asume que los comportamientos son producto de un conjunto de procesos mentales con base racional, sobre la cual predice, supone o asume cómo actuará un sujeto auto interesado que intenta maximizar su utilidad. Pero, si bien es generalmente útil para predecir y describir el comportamiento con bastante acierto, en determinadas situaciones sus predicciones y descripciones no resultan del todo ajustadas a la realidad, especialmente - y en aquello que nos toca en este trabajo -, ante situaciones de riesgo y/o incertidumbre. Es que la racionalidad de los humanos dista bastante de la lógica inequívoca del vulcano Sr. Spock, a la cual el modelo clásico de decisión racional parece querer replicar. Sin profundizar demasiado en la cuestión, por cuanto no es el objetivo de este trabajo, uno de los principales obstáculos que se interponen entre los humanos y su racionalidad son, por ejemplo, las emociones, que pueden alejarlos de la finalidad de maximizar su utilidad<sup>75</sup>.

Por otra parte, muchos de los comportamientos que el modelo clásico considera como irracionales se replican en la mayoría de los sujetos, por lo cual no pueden ser atribuidos a meras fallas en la lógica de una persona determinada. De hecho, cientos de experimentos han demostrado que las personas no actuamos como *Econs*, sino que lo hacemos con una racionalidad, voluntad y autointerés limitados por heurísticas<sup>76</sup> y sesgos que afectan nuestras decisiones<sup>77</sup>. A través del procedimiento heurístico, nuestra mente elabora soluciones a interrogantes mediante atajos mentales, basada consciente o

---

<sup>75</sup> Como ejemplo indiscutido, basta recordar los experimentos relacionados con el Juego del Ultimátum, desarrollado por Güth et al, (1982), y Ariely (2008), especialmente en el Capítulo 5.

<sup>76</sup> Las heurísticas han sido definidas por Daniel Kahneman como *procedimientos sencillos que nos ayudan a encontrar respuestas adecuadas, aunque a menudo imperfectas, a preguntas difíciles* (Kahneman, 2011, pág. 133).

<sup>77</sup> Cfr. Jolls et al. (1998), págs. 1477 y sgtes.

inconscientemente en la información con la que cuenta, respuestas que pueden ser o no acertadas. Estas últimas constituyen los sesgos cognitivos<sup>78</sup>.

Entonces, las heurísticas y los sesgos afectan la racionalidad y, por ende, el comportamiento que el modelo del *Homo Economicus* asocia a ella. De este modo, los humanos tomamos decisiones que no pueden ser explicadas por el modelo, y de ahí la necesidad de contar con uno diferente que contemple su incidencia en el comportamiento humano. Esta es la labor propia de la Economía Conductual o *Behavioral Economics*.

La Economía Conductual, en cuanto resulta aplicable a cuestiones jurídicas, se aparta entonces del comportamiento hipotético propio del modelo ideal y tiende hacia uno de comportamiento humano acorde a la realidad<sup>79</sup>.

Es entonces que, apelaré a es modelo más realista, para analizar si puede explicar ese aparentemente irracional cambio de preferencias de las partes.

## 2.- La Teoría Prospectiva

He señalado que uno de los escenarios en los cuales se encuentran más inconsistencias entre el comportamiento del hombre real y las predicciones del modelo ideal, es en el de las **decisiones bajo incertidumbre o riesgo**. Esto se relaciona con la aptitud para tomar decisiones que maximicen la utilidad, conforme el modelo del matemático suizo Daniel Bernoulli, llamado de la utilidad esperada.

Kahneman y su socio - amigo Amos Tversky publicaron en 1979 un estudio en la Revista *Econometrica* al que llamaron “*Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*”<sup>80</sup>, en el cual propusieron un modelo de toma de decisión bajo riesgo

---

<sup>78</sup> Kahneman, siguiendo a Stanovich y West, sostiene que nuestra mente trabaja en dos sistemas, denominados Sistema 1 y Sistema 2. El primero de ellos, que opera de manera rápida y automática, es el que produce la totalidad de las actividades que realizamos de modo instintivo, como caminar, manejar un automóvil, etc. Por otra parte, el segundo sistema opera en aquellas actividades que requieren un mayor esfuerzo mental por su mayor dificultad, como realizar cálculos matemáticos avanzados y actividades intelectuales complejas. Las heurísticas y los sesgos afectan generalmente las operaciones del Sistema 1, pero debido a que ambos sistemas no operan de modo independiente, pueden influir también en las elaboraciones propias del Sistema 2.

<sup>79</sup> Cfr. Jolls *et al.* (1998), pág. 1476 y sgtes.

<sup>80</sup> En “*Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*”, Richard Thaler – quien colaboró en muchas investigaciones de Tversky y Kahneman - cuenta que, originalmente la teoría se denominaba Teoría de los Valores, pero que, pensando que podía llegar a tener alguna importancia y teniendo en cuenta que su nombre podía inducir a error, los autores decidieron cambiarla por Teoría Prospectiva, ya que se trataba de un término completamente carente de sentido.

**alternativo** al clásico de la utilidad esperada. Hasta ese momento, el modelo clásico predecía que, como consecuencia del principio de los rendimientos o utilidad decreciente, los sujetos valoran de igual modo pérdidas y ganancias, por cuanto su satisfacción dependía de su riqueza<sup>81</sup>.

En su teoría, los autores explican que, el *certainty effect* – efecto de certidumbre o efecto de certeza según la traducción<sup>82</sup> – *influye en las decisiones de los sujetos que se encuentran ante situaciones que les ofrecen altas probabilidades de obtener ganancias* – explotando su **aversión al riesgo** – y, como contracara el *reflection effect* – efecto reflejo<sup>83</sup> – *influye en las de los sujetos que se encuentran ante situaciones que derivarán en altas probabilidades de sufrir pérdidas* – explotando su **atracción o amor por el riesgo** -. Esta teoría *asume que el malestar que resulta de una pérdida es mayor al bienestar que se obtiene de una ganancia, contradiciendo la tradicional teoría sobre la equivalencia de valores de las utilidades y pérdidas*. Existe por otra parte un *framing effect* – o efecto marco<sup>84</sup> –, el cual se da **individualmente** y que puede traducirse en que, en cada caso particular hay *un punto de referencia* diferente o *statu quo* **desde el cual se parte para evaluar las alternativas**.

En la teoría, *la utilidad esperada tiene una función cóncava en el cuadrante superior derecho* (área de ganancias) y *convexa en el cuadrante inferior izquierdo* (área de pérdidas), característica que suele representarse de la siguiente forma:

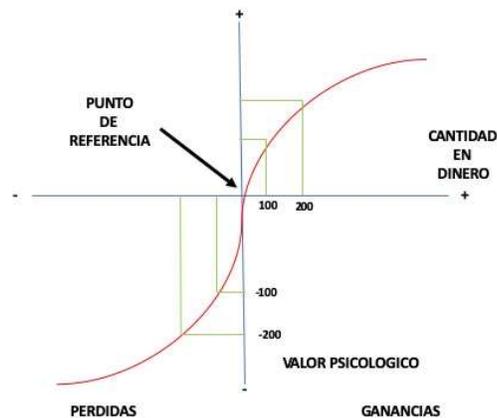
---

<sup>81</sup> Un ejemplo clásico era el de dos sujetos, uno de los cuales incrementaba su patrimonio de \$ 10 a \$ 20 y otro que lo veía reducido de \$ 30 a \$ 20. Para el modelo clásico ambos tenían igual grado de satisfacción.

<sup>82</sup> En palabras de Kahnemann y Tversky (1981), de acuerdo al efecto certeza “...una reducción de la probabilidad de un resultado por un factor constante tiene más impacto cuando el resultado fue inicialmente cierto que cuando era simplemente probable...”. Como consecuencia de él, asignamos mucho peso a probabilidades pequeñas y las sobreestimamos (cfr. Kahnemann, 2011, pág. 406).

<sup>83</sup> Kahnemann y Tversky (1979) señalaron que el efecto reflejo o reflexión implica que la aversión al riesgo existente en el campo de las ganancias se acompaña por una atracción al riesgo en el campo de las pérdidas.

<sup>84</sup> El efecto marco afecta las decisiones, ya que puede modificarlas de acuerdo a la forma en la cual es formulada.



Para los autores el proceso de la toma de decisiones se da en dos fases: una de *preparación o edición* y otra de *evaluación*.

La primera consiste en la representación de múltiples alternativas simplificándolas, y consta de seis operaciones: *codificación, combinación, separación, cancelación, simplificación y detección de dominancia*. En esta etapa *las ganancias o pérdidas son relativas al punto de referencia o statu quo de cada sujeto*, el cual se encuentra donde confluyen ambas líneas de valor.

En la segunda el decisor evalúa *cuál es la mejor alternativa de las preparadas en la etapa anterior, según su utilidad y probabilidad*. Para la escala de las utilidades se utiliza una función  $v$ , la cual mide el valor de las desviaciones desde el punto de referencia, mientras que a las probabilidades se les asigna un peso  $\pi$ .

Luego de la prematura muerte de Tversky en 1996, Kahneman continuó con esos estudios, los cuales fueron plasmados en su famosísima obra “*Pensar Rápido, Pensar Despacio*”, mereciéndole el desarrollo de esta teoría el Premio Nobel de Economía en el año 2002<sup>85</sup>, a pesar de que - como Tversky – y como dije, su profesión era la de psicólogo.

### 3.- La Teoría Prospectiva aplicada a las decisiones procesales

La hipótesis de trabajo planteada ha sido que el conjunto legislación de fondo – legislación procesal laboral – doctrina legal de la Suprema Corte bonaerense, en cuanto

<sup>85</sup> Compartido con el genial Vernon Smith.

generan la creencia de que los trabajadores siempre ganan los juicios, *producen alteraciones en las preferencias que trabajadores y empleadores revelan con anterioridad, respecto de las cuales revelan con posterioridad al inicio de una acción judicial, llevándolos en este último caso a preferir acuerdos conciliatorios por sobre esperar una sentencia definitiva*. Pero como ha quedado establecido en el capítulo anterior, el modelo de decisión racional clásico no ha resultado de utilidad para demostrarla.

Por eso, es momento de incorporar la Teoría Prospectiva, ya que refleja mejor el comportamiento de las personas reales. Al explicarla señalé que *los sujetos tienden a sentir aversión al riesgo cuando se encuentran en el área de las ganancias, mientras que se comportan como amantes del riesgo cuando se encuentran en el área de las pérdidas*.

Formulando un análisis **puro o desde un punto de referencia neutral**, existe un escollo importante: tratándose de un juego de suma cero por el cual una de las partes resulta ganadora en la misma medida en la cual la otra resulta perdedora, *un acuerdo entre ellas parecería imposible*, por cuanto *el demandado presumiblemente preferirá asumir el riesgo – aun alto – de una eventual sentencia condenatoria a la certeza de pérdida que le producirá la celebración de un acuerdo*. Esta afirmación se sostiene no sólo desde una perspectiva teórica, sino que también ha sido demostrada empíricamente<sup>86</sup>.

Pero la realidad demuestra que **los análisis nunca se dan en ese escenario**, ya que es muy difícil hallar **puntos de referencia neutros**. Por ese motivo, es lógico suponer que el entorno, las normas jurídicas, el grado de riqueza e, incluso, las emociones producen constantes alteraciones sobre el *statu quo*. Esta característica me lleva a la convicción de que **las referencias suelen alterarse y desplazarse de su posición neutral hacia cualquiera de las áreas, según sea**, alterando de tal modo **el marco**. De hecho, tanto en situaciones colaborativas como no colaborativas, es fácil advertir que cada uno de los intervinientes parte de un *statu quo* diferente.

Desde esta perspectiva, los conceptos de **qué es pérdida y qué es ganancia** se tornan difusos y resulta necesario analizarlos en relación a los nuevos puntos de referencia.

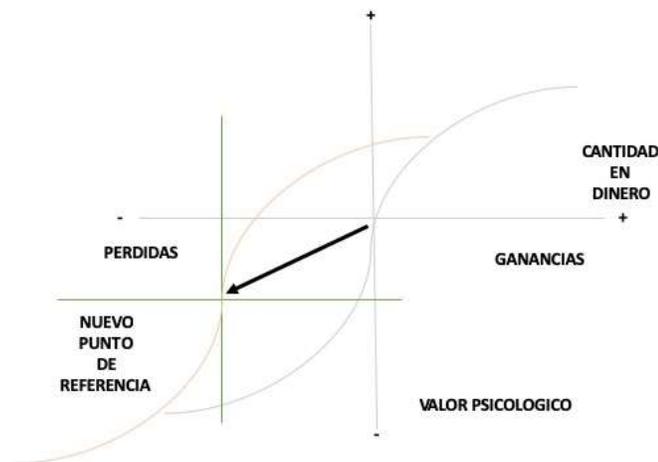
---

<sup>86</sup> Rachlinski (1996).

Vuelvo a la hipótesis: la legislación laboral, en cuanto produce una traslación del esquema distributivo de costos hacia el empleador, produce la creencia en ambas partes del proceso judicial que el trabajador será victorioso.

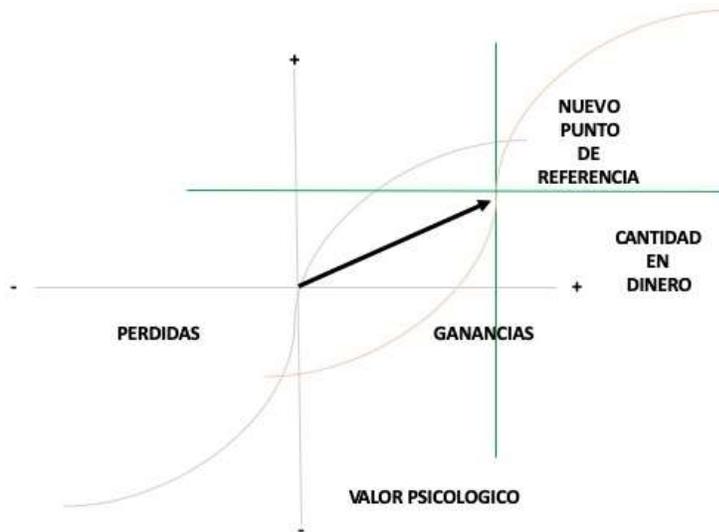
Esa **traslación de costos hacia el empleador** produce un indudable desplazamiento de su punto de referencia hacia el área de las pérdidas, y crea un nuevo marco. Es que, como dije, sin importar el resultado del proceso, el empleador deberá abonar, como mínimo, los honorarios de los peritos y del abogado que lo representó. Pero el hecho de suponer que el proceso **tendrá un resultado cierto a favor de su contraparte**, también desplaza el punto de referencia hacia el área de las pérdidas.

Entonces, un empleador que es demandado probablemente **considerará como ganancia toda suma de dinero que pueda ahorrarse de lo que espera perder en el juicio**. Así, siendo que **representa una suma de dinero inferior a la que espera abonar en caso de una sentencia condenatoria**, es decir, **una ganancia desde su nueva referencia**, su aversión al riesgo lo lleva a **proponer acordar con su contraparte**.



Pero la creencia no sólo afecta al empleador, sino también al trabajador, que, viéndose en una situación de una cuasi certeza de éxito que produce un **efecto dotación**<sup>87</sup>, influido por **su aversión al riesgo**, muy probablemente **aceptará la propuesta de acuerdo que le formulara el empleador demandado**.

<sup>87</sup> El efecto dotación o *endowment effect* altera la valoración que las personas hacemos de algo. Generalmente valoramos más lo que tenemos que lo que no tenemos. Se ha demostrado que las personas están dispuestas a pagar menos para obtener un bien que lo que están dispuestos a aceptar para desprenderse de él.



Así, entonces, ambas partes serían más propensas a acordar porque de acuerdo **al punto de referencia que crea para cada una de ellas la legislación laboral, ambas ven incrementada su aversión al riesgo, debido a que perciben como ganancia al acuerdo.**

## CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he analizado los motivos que llevan a las partes de un proceso judicial a preferir acordar por sobre esperar un pronunciamiento de los tribunales. Para ello decidí hacer caso omiso de la consideración de la Suprema Corte provincial, en cuanto a que es la pereza de los jueces la que produce este fenómeno.

Inicialmente, describí el modelo clásico de decisión racional, aplicable a los procesos judiciales, destacando que él considera exclusivamente la distribución de los costos y los beneficios como determinante de la elección de las estrategias de cada una de las partes.

Posteriormente, expliqué cómo la legislación laboral y procesal laboral aplicables en el ámbito bonaerense, producen una marcada traslación de costos del proceso de la parte actora hacia la demandada, la cual genera la creencia de que los trabajadores siempre ganan los juicios.

A continuación, aplicando los cambios en el esquema de costos, utilicé el modelo clásico, pero lejos de predecir un acercamiento de las partes, estos cambios parecieran alejarlas.

Por último, echando mano de la Teoría Prospectiva, encontramos una explicación.

Aun cuando ha sido muy útil como herramienta para explicar el comportamiento humano, el modelo clásico de decisión racional viene presentando algunas falencias. Por eso, sin abandonarlo del todo, en algunas ocasiones es necesario incorporar algún elemento que replique la verdadera conducta humana.

La teoría desarrollada por Kahneman y Tversky ha probado ser un instrumento útil de análisis del comportamiento humano. Pero es común pasar por alto la influencia que algunos factores externos – como la legislación – puede producir en el *statu quo* de las partes.

Encontrar la explicación a comportamientos aparentemente irracionales puede ser complicado. Una conclusión apresurada acerca de su origen puede llevar a tomar decisiones o medidas de acción erradas. En el caso que analizamos, quedó demostrado que la legislación y no los jueces – como sostuvo la Suprema Corte

bonaerense -, es la que provoca el cambio en las preferencias de las partes en un proceso judicial.

La Suprema Corte, presa de sus propios sesgos creyó ver un problema. Por ser impaciente, no analizar con profundidad la situación y buscar culpables, no pudo ver que el único problema verdadero era sólo su apresurada conclusión.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- Ackerman, Mario Eduardo (Director), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, 2005
- Baird, Douglas G.; Gertner, Robert H. y Picker, Randal C., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, 1994
- Becker, Gary Stanley, *The Economic Way of Looking at Life*, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 12, 1993
- Benegas Lynch (h), Alberto, *Fundamentos de Análisis Económico*, Grupo Unión, 12ma. Edición, 2011
- Blaug, Mark, *The Distinction Between Positive and Normative Economics*, págs. 112-134, en *The Methodology of Economics: or, How Economists Explain*, 1992 – en *Foundations of The Economic Approach to Law*
- Calabresi, Guido, “*Some Thoughts about Risk Distribution and the Law of Torts*”, Yale Law Journal Vol. 70, págs. 499/553, 1961
- Coase, Ronald Harry, *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, Vol. 3, 1960, págs. 1-44
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Law & Economics*, 6ta. Edición, Pearson, 2012
- Davis, Morton D., *Game Theory*, Dover Publications, 1997
- Friedman, Milton, *La metodología de la Economía Positiva*, publicado originalmente en el libro “*Essays In Positive Economics*”, The University of Chicago Press, 1966
- Gico Junior, Ivo Texeira, *A tragédia do Judiciário*, Revista de Direito Administrativo, Río de Janeiro, v. 267, págs. 163 a 198, 2014
- Gilboa, Itzhak, *Rational Choice*, The Massachusetts Institute of Technology Press, 2010
- Grisolia, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 11ª Edición, Editorial Lexis Nexis, 2005

- Grisolia, Julio Armando, *Manual de Derecho Laboral*, 11° Edición, 2015
- Güth, Werner; Schmittberger, Rolf & Schwarze, Bernd, *An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining*, Journal of Economic Behavior & Organization, December 1982, págs. 367-388
- Guthrie, Chris, “*Framing Frivolous Litigation: A Psychological Theory*”, Chicago Law Review Vol. 67, Issue 1, págs. 163-216, 2000
- Guthrie, Chris, “*Prospect Theory, Risk Preference, and the Law*”, Northwestern University Law Review, Vol. 97, N° 3, 2003
- Hansson, Sven Ove, *Decision Theory: A Brief Introduction*, Royal Institute of Technology, 2005
- Harford, Tim, *El Economista Camuflado: la Economía de las Pequeñas Cosas*, Editor Debolsillo, 2016
- Kahnemann, Daniel, *Pensar Rápido, Pensar Despacio*, Random House, 2012
- Kahnemann, Daniel y Tversky, Amos, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, Science New Series, Vol. 211, N° 4481, (30/1/1981), págs. 453-458
- Kahnemann, Daniel y Tversky, Amos, *Teoría Prospectiva: un análisis de la decisión bajo riesgo*, Econometrica, N° 2, (3/1979), págs. 263-291
- Katz, Avery Wiener (compilador), *Foundations of The Economic Approach to Law*, LexisNexis, 2012
- Landsburg, Steven E., *The Armchair Economist*, Free Press, 2012
- Larraquy, Marcelo, *Marcados a Fuego (1890-1945): de Yrigoyen a Perón*, Buenos Aires, Aguilar, 2009
- Levitt, Steven D. y Dubner, Stephen J., *Freakonomics*, William Morrow Paperbacks, 2009
- Mankiw, N. Gregory, *Principios de Economía*, McGraw Hill Interamericana de España S.L., 2002

- Posner, Richard Allen, *Análisis Económico del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 2013
- Priest, George L., “*El Dinero y la Justicia: George Priest y el Análisis Económico del Derecho*”, Colección de Ciencias Jurídicas de la Yale Law School y la Universidad de Palermo, Fundación Universidad de Palermo, 2010
- Rachlinski, Jeffrey, *Gains, Losses and the Psychology of Litigation*, Cornell Law Faculty Publications, 11-1996, paper 795
- Rojas, Ricardo Manuel; Schenone, Osvaldo y Stordeur, Eduardo (h), *Nociones de Análisis Económico del Derecho Civil*, Universidad Francisco Marroquín, 2012
- Rosenberg, David y Shavell, Steven, *A Model in which Suits are Brought for Their Nuisance Value*, *International Review of Law & Economics* (1985) 5 (3 – 13)
- Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of the Law*, Harvard University Press, 2004
- Shavell, Steven, *Suit, Settlement, and Trial: A theoretical Analysis under alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*, *The Journal of Legal Studies*, Vol 11, N° 1, págs. 55 a 81
- Sola, Juan Vicente, *Metodología de la economía positiva: los límites de la predicción*, *Libertas XIII*:45, 2006
- Spector, Horacio (compilador), *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004
- Spector, Horacio, *Philosophical Foundations of Labor Law*, 33 Fla. St. U. L. Rev. 1119 (2006)
- Stordeur, Eduardo (h), *Análisis Económico del Derecho. Una introducción*, Abeledo Perrot, 2011
- Sunstein, Cass R., Jolls, Christine & Thaler, Richard H., “*A Behavioral Approach to Law and Economics*”, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 55, 1998

- Tetaz, Martín, *Psychonomics. La economía está en tu mente*, Ediciones B., 2014
- Thaler, Richard H., *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, W. W. Norton & Company, 2016
- Victor, Marc B., “*Decision Tree Analysis: A Means of Reducing Litigation Uncertainty and Facilitating Good Settlements*”, *Georgia State University Law Review*, Volume 31, Issue 4, 2015