

EFICIENCIA Y MEDIOS ALTERNATIVOS *

Santos PASTOR PRIETO

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Teoría de las controversias y su solución. La bondad de los MASC: 2.1 Teoría de las controversias y su solución. 2.2 La bondad de los MASC.–3. Los problemas de la Justicia, la ineficiencia de la demanda y su relación con los MASC: 3.1 Problemas y políticas generales. 3.2 La ineficiencia de la demanda, el sesgo a favor de los deudores. 3.3 La relación entre los cambios en la justicia y los MASC.–4. ¿Por qué son tan escasos en España? ¿Qué hacer para promoverlos?: 4.1 Evidencia empírica. 4.2 ¿Por qué son tan escasos? 4.3 ¿Qué hacer para promoverlos?–5. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

Contexto

LOS mecanismos alternativos para la solución de las controversias (MASC en adelante), y en particular, la mediación, el arbitraje y la conciliación, fueron muy populares en el quehacer de juristas y científicos sociales hace unos veinticinco años. Todavía lo son, aunque menos que entonces, pero cada cierto tiempo resurgen como preocupación y son objeto de la política pública en prácticamente todas las regiones del mundo. Por lo general se apela a ellos como respuesta al desasosiego que ocasionan los fallos de la justicia y la falta de progreso que resulta de los intentos de reforma y mejora.

Algunas formas alternativas, y en particular el arbitraje de los conflictos entre empresas, son impulsados por organismos internacionales, como la Cámara Internacional de Comercio (*Internacional Chamber of Commerce*), o asociaciones de abogados y otros profesionales especializados en la materia. La promoción del arbitraje de consumo es algo que también vienen realizando distintas entidades públicas, por ejemplo, algunas comunidades autónomas; entre otras formas,

* Agradezco la ayuda de Ana Mosácula, que ha desempeñado un magnífico trabajo de ayudante de investigación, y el apoyo del Grupo de Investigaciones Aplicadas en Derecho y Economía de la Empresa, el proyecto Santander-UCM y el *Observatorio Justicia y Empresa*. Los errores son responsabilidad exclusiva del autor.

haciendo que se incluya en códigos de conducta de las empresas y a cambio de ello se les otorga una especie de «sello de calidad». Por su parte, la mediación suele ser más frecuente en conflictos suscitados en las relaciones personales y familiares (así, los «mediadores de familia» tienen una amplia presencia y reputación en Gran Bretaña).

No es menor en este proceso el intento de los gobernantes de algunas plazas orientado a posicionarlas como lugares de referencia para el arbitraje internacional. Es el caso de Madrid y Barcelona, que intentan así competir (sobre todo en los conflictos que afectan a Latinoamérica) con París, Nueva York, Londres y otras que gozan de cierta tradición y reputación. Algunas plazas españolas cuentan con buenos activos: la profesión jurídica tiene buen nivel, son lugares con buenas infraestructuras (aeropuertos, hoteles, soporte técnico, etc.), y cada vez hay más respeto a los laudos por parte de los tribunales.

Los ámbitos temáticos en que se dan los MASC son variados. Así, tienen cierta presencia en materia de consumo, en forma de arbitraje precedido de una más bien simbólica mediación, en conflictos internacionales entre empresas, en materia laboral, de familia o en las relaciones personales y familiares. La forma más frecuente que adoptan es la mediación, el arbitraje y la conciliación en sentido estricto, como es el caso en orden laboral. La mediación y el arbitraje tienen en común que hay un tercero que facilita la comunicación e información. Ese tercero puede ser una persona u organismo existente que ofrece sus servicios (comités o individuos de las cámaras de arbitraje) o una persona o grupo que establecen las partes *ad hoc* (1). En ocasiones se materializa mediante la contratación de un juez en activo o retirado para resolver una controversia, práctica frecuente en los Estados Unidos. Otras formas de solución alternativa son la vía administrativa, la auto-composición, la publicación o registro de conductas incumplidoras o la disciplina que ejerce el propio mercado. Éste constituye una forma eficaz cuando son transacciones entre agentes que se tratan con regularidad (jugadores repetidos, en términos de teoría de juegos), como ilustra diariamente el ámbito de controversias sobre consumo (2). Otra clasificación habitual se refiere al carácter del arbitraje, si es vinculante o no, de equidad o de derecho (3).

Otra dimensión importante consiste en el momento en que se materializan las vías alternativas, sea antes de la demanda, después pero antes de la sentencia de primera instancia, antes de la sentencia de apelación y casación o, en su caso, de la fase de ejecución (4). Como es lógico, cuanto más tarde se produzca, mayores serán los costes en que se habrá incurrido y menores serán los beneficios que pro-

(1) Entre las cortes que gozan de mayor prestigio se encuentra la International Court of Arbitration de la International Chamber of Commerce, la London Court of International Arbitration (LCIA) y la American Arbitration Association/ International Centre for Dispute Resolution (AAA/ICDR).

(2) De forma coloquial, los fruteros son más cuidadosos con sus clientes habituales, entre otras razones, porque si éstos se sienten engañados pueden reaccionar cambiando temporal o permanentemente de tienda.

(3) Una descripción y reflexiones jurídicas sobre las distintas vías alternativas pueden verse, entre otros, en HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coord.), *Sistemas de solución extra jurisdiccional de conflictos*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

(4) En la secuencia de mecanismos alternativos de la industria de seguros es frecuente encontrarse con tres elementos: reuniones, arbitraje no vinculante y arbitraje vinculante.

porcionen los acuerdos. En ese sentido, por ejemplo, la práctica norteamericana en materia de acuerdos parece ubicarlos con frecuencia cuando el pleito está bastante avanzado, después de una extensa interacción y gasto en la fase de prueba («discovery»). También en el caso español parece que los acuerdos se producen principalmente una vez interpuesta la demanda.

A diferencia de otros países de nuestro contexto, el desarrollo de los MASC en España es relativamente menor. Esto sucede en todas las jurisdicciones, aunque las distancias sean menores en la jurisdicción social (en los temas laborales, no de Seguridad Social). No obstante, en algunos casos las diferencias son más matizadas de lo que resulta a primera vista.

El objeto del presente trabajo es determinar en qué medida es bueno, en términos de eficiencia y equidad, que los MASC sean más frecuentes, en explicar por qué son tan escasos en España y sugerir algunas formas de promoverlos. Aunque, como digo, adoptan formas variadas, y siendo consciente de que su contenido y efectos son distintos, los trataré como afines por oposición al pleito (5). De la misma manera, si bien mucho de lo que aquí se sostiene es predicable, *mutatis mutandis*, de otros países, focalizaré mi atención en el caso español. Hasta donde sé, no hay la literatura previa sobre el tema y método de este ensayo en lo relativo a España. Existe, como es sabido, literatura teórica sobre varios puntos aquí tratados y estudios empíricos sobre temas específicos, como los relativos a la mediación familiar, el arbitraje y otras cuestiones, de lo que se dará cuenta a lo largo del documento.

Estructura del documento

La sección 2 presenta brevemente la teoría básica de las controversias y la forma en que se resuelven, para poder evaluar su bondad, explicar las causas de su escasa o excesiva presencia y predecir las consecuencias de la adopción de distintas formas de resolver las controversias. Hasta hace poco carecíamos de una teoría de los litigios, algo que ha venido a llenar el análisis económico del derecho y, en particular, el análisis económico de los litigios; se trata de un análisis basado en la teoría de los incentivos de los operadores y la forma en que cambios en aquéllos modifican su conducta y generan resultados, tanto deseables y pretendidos como indeseables o imprevistos. En esa sección se analiza también en qué supuestos y por qué motivos son buenos, sus pros y contras. La sección 3 resume los principales problemas de la justicia formal en España, porque la explicación del desarrollo (o falta de él) de los MASC tiene mucho que ver con las deficiencias de la justicia formal. También se apunta cómo se verían afectados esos problemas por la promoción y extensión de los MASC. La sección 4 proporciona evidencias que muestran su escasez en España, se pregunta por qué son menos frecuentes entre nosotros los acuerdos y cómo mejorar o promover su uso. La sección 5 alberga las conclusiones.

(5) Los elevados costes del arbitraje están haciendo que se recomiende algo más la mediación, en la medida que sea factible. Además de más barata, es más rápida y resuelve mejor el conflicto. La mediación es popular cuestiones relativas a infracciones juveniles y en la relación entre víctimas infractores.

2. TEORÍA DE LAS CONTROVERSIAS Y SU SOLUCIÓN. LA BONDAD DE LOS MASC

2.1 TEORÍA DE LAS CONTROVERSIAS Y SU SOLUCIÓN

La teoría de los litigios sostiene que éstos son debidos a la existencia de asimetrías de información entre las partes, a los costes de reclamar o llegar a un acuerdo, al aumento de las cuantías en liza y a la existencia de comportamiento estratégico u oportunista (6). Entre las particularidades más notables de algunos tipos de litigios, como los tributarios y otros tipos de litigios contencioso-administrativos, se encuentran la multiplicidad de instancias (recurso de reposición o reclamaciones económico-administrativas que se suma a las ordinarias del orden contencioso-administrativo) y la diferente capacidad de cada una de esas instancias previas para predecir o anticipar el resultado probable de la instancia superior que corresponda. Otros rasgos peculiares, en este caso más frecuente en las reclamaciones de consumo, se refieren a la frecuencia de las igualas y servicios de asistencia jurídica con financiación cruzada (asesoría unida a defensa legal) y la proliferación de asesores jurídicos. Los *problemas de agencia* (7) en la relación de clientes y asesores jurídicos son prácticamente universales, pero son mayores en el caso de los consumidores debido a su relativa debilidad. A continuación repasaremos algunos elementos centrales de la teoría (8).

En términos generales, cuando alguien sufre lo que considera un agravio, ha de tomar decisiones acerca de si reclama o no, y, si lo hace, si llegar a un acuerdo o ir a juicio, y producido un resultado en éste, si apelar o no. Además, deberá decidir cuánto esfuerzo o gasto dedicar a la defensa de su caso.

Reclamar o no

El agraviado decidirá formular una reclamación cuando la *ganancia esperada* supere el coste que conlleva la reclamación, y no lo hará en los demás caso. Sea P_1 la percepción que el agraviado tiene sobre su probabilidad de ganar el juicio; Q_1 la

(6) La literatura sobre análisis de la litigación es amplísima a estas alturas. Los trabajos pioneros fueron LANDES, W., «An Economic Analysis of the Courts», *Journal of Law and Economics*, abril, 1971; GOULD, J. «The Economics of Legal Conflicts», *Journal of Legal Studies*, 279, 1973, y POSNER, R., «An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration», II *Journal of Legal Studies*, 399, 1973. Una elaborada revisión de esta teoría puede verse en SHAVELL, Steven, «Economic Analysis of Litigation and the Legal Process», John Olin Program in Law and Economics, 02/2003; publicado parcialmente en SHAVELL, S., *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge, Massachusetts; London, England: Harvard University Press, 2004), 737 pp. Véase también KAPLOW, L., and SHAVELL, S., «Economic Analysis of Law», en *Handbook of Public Economics*, vol. 3, cap. 25, A. J. Auerbach and M. Feldstein (eds.) (Amsterdam, London, New York, Oxford, Paris, Shannon, Tokyo: Elsevier Science B.V., 2002), 1661-1784.

(7) Problemas derivados de la asimetría de información entre el principal y el agente, unido a dificultades que tiene el principal para controlar o disciplinar la conducta del agente cuando se comporta de forma indebida.

(8) PASTOR, Santos, y MARÍN-BARNUEVO, Diego, *La litigiosidad tributaria: un análisis jurídico y económico*, Instituto de Estudios Fiscales, 2005, analizan desde esta perspectiva los conflictos tributarios.

cuantía de la reclamación; C_1 el coste de reclamar. El agraviado normalmente no reclamará si $P_1 Q_1 \leq C_1$. Para ilustrar este razonamiento puede ser de utilidad un ejemplo: si la cantidad en liza fuera de 3.000 € y el coste de reclamar fuera 300 €, el agraviado reclamará siempre que crea que su probabilidad de ganar es superior al 10 por 100; esto es, reclamará incluso cuando crea que su probabilidad de perder sea casi tan alta como el 90 por 100. Este resultado se ve cualificado cuando, y en la medida que, el agraviado tenga aversión al riesgo, lo que exigirá que tenga una percepción acerca de su probabilidad de ganar superior al 10 por 100 para que decida reclamar (9).

En la medida que los agraviados entiendan (10), acertada o erróneamente, que su probabilidad de ganar sea del 30 por 100 (que es, por ejemplo, la frecuencia con que aproximadamente se estiman total o parcialmente las reclamaciones y los recursos tributarios), su decisión será reclamar cuando lo que cueste hacerlo sea inferior al 30 por 100 de la cuantía que se reclama. Un aspecto central de esta teoría estriba en la capacidad de las personas (clientes y profesionales) para formar adecuadas conjeturas sobre la probabilidad de ganar, o, en otras palabras, la evitación de errores en las percepciones causadas por la ambigüedad o contradicción de las normas o resoluciones, o la insuficiente formación profesional. En sentido análogo, las reclamaciones serán más frecuentes cuanto menores sean los costes de reclamar (el hecho de que no se soporten estos costes ocasionados a la otra parte incentiva las reclamaciones). De la misma manera, *ceteris paribus*, cuanto mayor sea la cuantía o las sanciones, en materia administrativa, mayor será la frecuencia con que se interpondrán reclamaciones.

Decisión de pleitear o llegar a un acuerdo

Cuando el agraviado entra en contacto con la otra parte, decidirá llegar a un acuerdo siempre que lo que obtenga sea una cuantía igual a su ganancia esperada neta de costes, esto es, $P_1 Q_1 - C_1$. Por ejemplo, si el agraviado creyera que su probabilidad de ganar fuera del 20 por 100 reclamaría salvo que el demandado le «diera» 300 € (porque $0,2 \cdot 3000 - 300 = 300$ €), que es lo que conseguiría si fuese a juicio. Por su parte, el demandado, en la medida en que tuviera margen de decisión (limitado en el caso de las Administraciones), debiera llegar a un acuerdo siempre que su pago total esperado fuera inferior a $P_2 Q_2 + C_2$. Por ejemplo, si creyera que su probabilidad de perder fuera del 30 por 100, debería llegar a un acuerdo por cualquier valor inferior a 1.200 €, que es la *pérdida probable* en caso de pleito (11).

(9) Este razonamiento básico puede cualificarse también para incorporar elementos donde lo que está en juego no sólo es una cantidad de dinero sino otros eventuales valores, psicológicos o de otro tipo; por ejemplo, para evitar sentirse *maltratado* por un tercero (por ejemplo, la Administración), porque se «sienta» sancionado en exceso o que la otra parte se comunica con él de forma tajante, autoritaria o amenazadora. Ello no resta valor a la formulación general de lo que decimos.

(10) Los agraviados y sus asesores, porque lo más frecuente es que el cumplimiento de obligaciones y la representación ante la otra parte sea encomendada a estos profesionales, lo que también posibilita la aparición de problemas de divergencia de intereses en esta típica *relación de agencia*.

(11) Incidentalmente, los gastos de asesoramiento jurídico en los Estados Unidos superan el 1,25 por 100 del PIB. Una estimación gruesa situaría esos gastos en algo menos del 1 por 100 del PIB en España.

Con carácter general, los acuerdos entre particulares se producen siempre que $Q(P_1 - P_2) \leq 2C$ o, lo que es lo mismo, que $(P_1 - P_2) \leq 2C/Q$. En otras palabras, los pleitos serán más frecuentes cuanto mayor sea la disparidad de percepciones que las partes tengan acerca del resultado probable del pleito (lo que sucederá con más frecuencia cuanto más ambiguas o contradictorias sean las normas y las resoluciones de los jueces o peor sea la formación de los abogados de cualquiera de las dos partes), cuanto menores sean los costes de litigar (por ejemplo, los litigios estén subsidiados al no pagarse las costas judiciales) o más costoso o difícil sea llegar a un acuerdo (por ejemplo, porque estén prohibidos) y cuanto mayor sea la cuantía en liza (fruto del importe reclamado o la severidad de las sanciones en materia no civil).

Otras decisiones

Además de la decisión de reclamar o no y ulteriormente llegar o no a un acuerdo (12), el agraviado ha de decidir si apelar o no, suponiendo que pierda, u oponerse a la apelación si ganase y la parte perdedora formulase una apelación. Este tipo de decisión es replicable, en su caso, a una eventual casación. En general, comparados con la *ganancia esperada*, los costes (adicionales) de apelar son mínimos, una vez que uno ha incurrido en los costes de formular la reclamación en primera instancia. Otra decisión importante se refiere a cuántos medios dedicar a la llevanza del caso (asesores mejores y más caros, medios de prueba gravosos, etc.), dado que, por lo general, cuanto mayor sea la inversión en medios mayor será la probabilidad de ganarlo. La capacidad económica de los contribuyentes es una variable importante de la que depende la decisión de cuánto gastar en el caso.

Conflicto entre la decisión privada de reclamar y su deseabilidad social

El agraviado no tiene en cuenta que con su reclamación genera costes sociales que son mayores que los privados, e incluyen, además de éstos, los de la otra parte y los que paga el conjunto de la sociedad (incluso en los supuestos en que resulte exigible el pago de tasas judiciales, porque su cuantía no compensa todos los costes del proceso). Esta discrepancia hace que generalmente el número de litigios sea notablemente superior al deseable socialmente. Por el contrario, existen no pocas circunstancias en que la reclamación por el agraviado generaría ventajas sociales netas mayores que las privadas, pero éstas son pequeñas en relación al coste de reclamar y por ello el particular no lo hace, aunque sería socialmente deseable que lo hiciese; este rasgo se da sobre todo en materia de consumo, donde muchas personas tienen la misma reclamación contra un mismo proveedor de servicios (13).

(12) Decisiones que se ven afectadas por los valores de la probabilidad, cuantía y coste apuntadas, y ellas a su vez por las reglas del procedimiento, la duración (que generalmente favorece más a una que a otra parte), los sistemas de retribución y disciplina de los abogados y otros factores.

(13) En términos generales, la reclamación es socialmente buena si la suma de los *costes esperados* de la reclamación del demandante y oponerse el demandado (multiplicada por la probabilidad de que se produzca el daño cuando se adopta precaución), más el coste de adoptar precaución, es menor que el beneficio que acarrearía la reclamación. Este beneficio está expresado en la reducción de la pérdida que acarrearía la adopción de precaución. Esto es, $D(P_0 - P) > r + P(C_1 - C_2)$; siendo P_0 la pro-

Costas procesales

En comparación con la regla de independencia (no imposición de costas al perdedor, por lo que cada parte paga sus costes), la regla de vencimiento disuade las reclamaciones poco fundadas (esto es, aquellas en que el agraviado crea que su posibilidad de ganar sea pequeña). Sin embargo, reduce la frecuencia de los acuerdos a favor de los pleitos.

Problemas de agencia entre abogados y clientes

Un asesor jurídico puede tener intereses no coincidentes en su totalidad con los de sus clientes. Por ejemplo, si cobrase más cuando se reclama que cuando no se reclama, más cuando se va a pleito que cuando se resuelve mediante acuerdo, o más cuando se apela que cuando no se apela. También puede haber divergencias de intereses originadas por el hecho de que el asesor tiene una relación estable con el asesor de la otra parte que tratará de no estropear por el interés singular de un cliente. Estas eventuales divergencias de intereses, unidas a los problemas de observabilidad y control de la conducta del agente por parte del principal (el cliente), pueden dar lugar a que haya reclamaciones que no debieron formularse o a que se gastase en su resolución más medios de los necesarios. En otros supuestos, por el contrario, esas divergencias podrían hacer que se llegase a acuerdos ventajosos para el asesor pero no —o no tanto— para su cliente.

Los efectos de las igualas y acuerdos análogos sobre provisión de servicios

Las igualas son frecuentes en materia de consumo y en temas tributarios. Las asesorías suelen ofrecer un conjunto de servicios que normalmente incluye la reclamación contra los actos de la Administración (menos frecuentemente la defensa jurídica en vía judicial); también son frecuentes en el caso de las multas de tráfico, donde la proliferación de empresas de gestión de recursos de multas ha determinado en los últimos años una notable inflación de reclamaciones. Las igualas hacen que el coste (marginal o adicional) de reclamar en sede administrativa sea casi cero para el cliente, lo que determina un incremento de reclamaciones no deseable, sin que resulte fácil encontrar instrumentos disuasorios de esas conductas (14).

Previsibilidad

Cuando existen reclamaciones previas a la vía contenciosa, como las de carácter económico-administrativo, el valor de las decisiones de los órganos que las

babilidad de daño si no adopta cuidado; P si sí adopta; r el coste de adoptar precaución; D el daño o pérdida si se produjese el accidente. El lado derecho de la desigualdad es la suma de los *costes esperados* de la reclamación del demandante y demandado, multiplicados por la probabilidad de que se produzca el daño cuando se adopta precaución), más el coste de adoptar precaución. El lado izquierdo es el beneficio que acarrearía la reclamación, expresado en una reducción de *daño esperado*.

(14) Los efectos de los distintos sistemas de cobro de honorarios se revisan en HERBERT M. Kritzer, «Lawyer fees and lawyer behavior in litigation: what does the empirical literature really say?», *Texas Law Review* 80, junio 2002, pp. 1943-1983.

resuelven estriba en su capacidad para facilitar que las partes prevean el resultado eventual de una decisión de los tribunales sobre ese mismo caso. El establecimiento de etapas previas «obligatorias» a la vía judicial tiene sentido si comportan menos costes y las decisiones son capaces de «anticipar» con frecuencia lo que sería el fallo de una sentencia ulterior. En otras palabras, cuando las sentencias judiciales «desautorizan» la resolución de un órgano económico-administrativo o de un «arbitraje forzoso», están indicando que la actuación de los órganos de revisión administrativa o del arbitraje fue incorrecta y, en consecuencia, escasa su capacidad de previsión o anticipación del fallo judicial. Esta característica debe exigirse análogamente a los recursos de reposición, respecto a las decisiones de los órganos económico-administrativos, y a los órganos judiciales de primera instancia respecto a los de apelación. Crear diversas instancias de impugnación sólo tiene sentido y resulta una medida eficaz si se cumple ese requisito. Claro que para ello es preciso que los órganos superiores fijen líneas jurisprudenciales claras.

Acciones colectivas y «acciones de clase»

En un conflicto que afecta a 2.000 personas (demandantes potenciales, e. g., consumidores, víctimas medioambientales...), que sostienen una pretensión de 60 € cada una aunque la probabilidad de ganar fuera cierta (en realidad, incluso en los casos más claros «siempre puede fallar algo»), donde los costes individuales de reclamar y litigar, c_i , sean de 600 € y el coste de litigar para el grupo, Σc_i , fuera de 18.000 €, dado que $600 > 60$, cada miembro carece de incentivos a formular una reclamación. Sin embargo, para el grupo sí tiene sentido reclamar porque $\Sigma c_i < \Sigma q_i$; esto es, $18.000 < 120.000 (=2.000 \cdot 60)$. Esto ilustra el núcleo de los problemas a que se enfrentan muchos agraviados, y la necesidad de facilitar acciones colectivas (o «acciones de clase») en esos casos. Más aún, si el demandado creyese que su probabilidad de perder es total y sus costes de litigación fueran de 500 € por cada reclamación individual y 16.000 € en caso de reclamación colectiva (valores inferiores para ilustrar que la carga de la prueba recae sobre quien reclama), el demandado desearía que se le formularan las reclamaciones colectivamente. Su *pago esperado total* si las reclamaciones se formularan individualmente sería 1.120.000 € ($=60 \cdot 2.000 + 500 \cdot 2.000$), cifra superior a 126.000 € ($=2000 \cdot 60 + 16000$) que resultaría de la acción colectiva.

2.2 LA BONDAD DE LOS MASC

El pleito y el acuerdo son sustitutivos, esto es, cuando se dificulta o encarece uno de ellos se abarata o facilita en términos relativos el otro. Si se dificultan los acuerdos –por ejemplo, prohibiéndolos, como sucede, salvo contadas excepciones, en el orden contencioso-administrativo o el penal– equivale a un aumento de los costes de llegar un acuerdo y un abaratamiento de los costes de los litigios. También habrá más pleitos (y menos acuerdos) cuando aumente la disparidad en las conjeturas de las partes sobre el resultado del pleito –esto es, $(P_1 - P_2)$ – debido a leyes deficientes, falta de líneas jurisprudenciales claras, insuficiente formación, inadecuados incentivos de los abogados y otras insuficiencias, como hemos indicado.

Los argumentos a favor de los MASC

Si hay acuerdo, las partes ahorran los costes sociales de litigar (netos de los costes de llegar a un acuerdo, porque llegar a éstos también supone costes), formados por los costes que soportan ellas y los que financian los contribuyentes en la medida que, como en España, no hay tasas judiciales o éstas son casi nominales. A ellos habría que sumar los costes de la dilación que implica la existencia de más litigios, que es un *efecto externo negativo* que se impone a los demás. Además los MASC reducen la *aversión al riesgo* que padecen muchos litigantes, que prefieren algo seguro antes que enfrentarse a un pago mayor o percepción menor pero de carácter incierto. Otras ventajas consisten en que, por lo general, son más rápidos, más baratos (aunque esto no sea así en los casos de arbitrajes entre empresas, y menos si se trata de arbitraje internacional), más discretos (15), menor formalismo y más eficaces en su ejecución. Las decisiones de los laudos se ejecutan casi siempre y con relativa inmediatez, la frecuencia con que se impugnan es reducida y la frecuencia con que se estiman esas impugnaciones es todavía menor. Se valora por quienes utilizan estas vías alternativas la confidencialidad que supone (a menudo las partes no desean airear sus disputas o aportar la información que de otro modo tendrían que presentar en los tribunales) y el hecho de que puede ayudar a resolver una zona de conflicto y no sólo resolver el caso («pacifica una situación, cosa que no hace el pleito», en expresión de dos empresarios entrevistados). En suma, los MASC mejoran en las líneas centrales sobre las que versa la crítica a la justicia –lenta, costosa, ineficaz, imprevisible–, proporcionando paliativos en todas esas facetas. Estas ventajas, como decimos, varían dependiendo del tipo de MASC de que se trate (16).

Las ventajas no se limitan o se refieren sólo a la eficiencia, sino que también constituyen mejoras de equidad. En la medida que el coste sea reducido se facilita el acceso a un mecanismo de tutela a las personas desfavorecidas. En la mayoría de las reclamaciones de pequeña cuantía, como las de consumo, es de hecho la única forma de tutela eficaz con que cuentan las personas agraviadas, porque la cuantía y los medios con que cuentan los agraviados no permite una reclamación judicial costosa. Además, su ventaja trasciende los ejes de la eficiencia y equidad, y repre-

(15) Las empresas tratan de que no se aireen sus conflictos o aportar información que consideren sensible, y tampoco desean que los acuerdos que alcancen puedan generar precedentes.

(16) El arbitraje puede hacer que situaciones en que el acuerdo no sería factible en un contexto de litigios se transforme en un arreglo en el marco de un MASC. Supongamos que el demandante espera obtener 200 € del juicio y el demandado pagar 100 €, si los costes fueran 25 € cada uno, no habría acuerdo. Si el asunto pudiera resolverse mediante arbitraje en el que el demandante espera obtener 180 y el demandado pagar como antes 100 € pero los costes del arbitraje fueran 5 € cada parte, la ganancia esperada para el demandante sería la misma de antes ($180-5=200-25$) y por tanto sería indiferente, mientras que el demandado ganaría con el arbitraje ($100+5<100+25$) y estaría dispuesto a compensar al demandante para llegar a un arreglo. Una implicación de este ejemplo numérico es que las partes pueden proceder al arbitraje en cualquier momento del proceso judicial que perciban que sería ventajoso (menor a medida que avanza la tramitación). Otra consecuencia apunta que el derroche que generalmente atribuimos a los pleitos puede ser menor de lo que parece, habida cuenta que las partes pueden negociar –salvo que los *costes de transacción* sean elevados–. Véase HYLTON, KEITH N., «Agreements to waive or arbitrate legal claims: an economic analysis», 8, *Supreme Court Economic Review*, 209-227, 2000, y SILVER, Charles, «Does civil justice cost too much?» *Texas Law Review*, Austin: Jun 2002, vol. 80, Iss. 7; p. 2073, 41 páginas.

senta valores en sí mismo importantes, como el ejercicio de la autonomía de la voluntad, en la medida que, a diferencia del pleito, se trata de un mecanismo de carácter voluntario.

Importancia de los gastos jurídicos

Como decimos, una de las razones por las que los MASC resultan de interés radica en que, por lo general, son menos costosos que los pleitos. La cuestión de los gastos jurídicos se ha revelado de cierta actualidad a la luz de la importancia que tienen. Así en los Estados Unidos eran del 1,25 por 100 PIB en 2000 (17). No existen estimaciones similares para España, pero mi conjetura referida al año 2000 los situaba en el 0,5 por 100 del PIB como mínimo. La estimación partía de la existencia de 100.000 abogados, con unos ingresos medios de 5 millones de pesetas, lo que equivalía a 500.000 millones, que sobre un PIB de 100 billones arrojaba el 0,5 por 100.

Argumentos en contra

Los argumentos contra los MASC y por tanto a favor de la vía judicial aducen que: 1) No permite la generación de eventuales precedentes. No obstante, pocos son los casos que permitirían esa generación, con carácter general, y menos en un sistema de justicia, como el español, en el que la casación opera como una apelación, con gran número de casos que impiden al Tribunal Supremo centrarse en aquello que ameritaría interés casacional. A menudo eso podría conseguirse limitando el acceso al Tribunal Supremo a aquellos casos que pudieran merecer tal interés, como se hace en el sistema de «certiorari» en los Estados Unidos o siendo estrictos en la práctica del «interés casacional» actuando incluso de oficio (18). 2) Otra crítica se refiere a la opacidad; ni siquiera se conocen las resoluciones. Algunas organizaciones, como la ICC, están preparando un proyecto para dar más publicidad a las resoluciones de los árbitros omitiendo datos de los involucrados. 3) Se aduce que los MASC generan disuasión insuficiente, porque si el demandado se aviene quiere decir que le resulta preferible a una sentencia. Pero no está clara la fortaleza de este argumento, en parte porque la perspectiva de acuerdos puede suscitar reclamaciones que antes no existirían y generar de esta forma mayor disuasión. 4) Posibles *problemas de agencia*, especialmente agudos en algunos países en ámbitos como el penal por el lado de la Fiscalía o del equivalente a la Abogacía del Estado en reclamaciones tributarias y otras dinerarias contra el Estado. Estos problemas no son particularmente importantes en países con sistemas jurídicos modernos y profesiones bien reputadas como España.

Algunos argumentos en contra son más bien contra su forma concreta en cada país o algunas formas que adopta. Así, a pesar de su aparente bondad, no son pocas

(17) *Statistical Abstract of the United States*, 2001, p. 418.

(18) En los Estados Unidos, la Corte Suprema recibe al año miles de peticiones de «apelaciones» pero apenas acepta algo más de un centenar para revisión. Por toda motivación se genera un listado de aquellos casos que la Corte considera de interés debido a que en los demás o la Corte ya se ha pronunciado o supondría abordar un mayor número que los que puede resolver en un tiempo razonable.

las empresas críticas con los arbitrajes celebrados hasta ahora en España. La mayoría de los responsables legales de las empresas que hemos entrevistado para este trabajo no parece demasiado contenta con los arbitrajes nacionales. Una queja frecuente alude al elevado coste y a que no acaba de resolverse el conflicto («Más nos habría valido un pleito que hubiese cerrado el conflicto de una vez», en expresión de un representante de una gran empresa del sector servicios). Otros problemas tienen que ver con lo que los entrevistados califican de «peculiar práctica de dictar la nulidad de los laudos» por parte de las Audiencias Provinciales al cuestionarse validez. Aunque en principio la impugnación debiera estar limitada a defectos de forma, en la práctica la mera inexactitud de la fecha puede dar lugar a la anulación de un laudo, según comentan distintos abogados. Esta situación parece que está mejorando en fechas recientes (19).

3. LOS PROBLEMAS DE LA JUSTICIA, LA INEFICIENCIA DE LA DEMANDA Y SU RELACIÓN CON LOS MASC

3.1 PROBLEMAS Y POLÍTICAS GENERALES

¿Cuál es la función de la justicia?

Su objetivo es hacer real el valor nominal del derecho al menor coste social. El acceso o los litigios no son necesariamente buenos o malos. Por tanto, debe resolver el conflicto y no limitarse a la rutina procesal o seguir pasivamente el «ceremonial litúrgico» procesal. Debe hacerlo rápidamente y al menor coste social (de las partes y la sociedad), y debe transmitir a los involucrados y a terceros señales de no-impunidad, pensando en los efectos futuros de las decisiones. Finalmente es conveniente inducir que el sistema judicial o parte de sus elementos sea utilizado sólo cuando no haya otro mecanismo mejor o más barato, de forma que cada uno opere allí donde mayor sea su ventaja comparativa.

¿Cuáles son los principales problemas y disfunciones de la justicia?

Aunque no se den por igual en todos los países, los problemas más graves y frecuentes se refieren a:

- Independencia institucional e individual, imparcialidad, ausencia de sesgos e igualdad.
- Competencia profesional e idoneidad moral.
- Transparencia y ausencia de corrupción.
- Acceso de todos y en especial de los desfavorecidos; decisiones inteligibles.
- Eficiencia de la oferta y demanda.
- Eficacia general y de la ejecución.

(19) Algunos objetan los acuerdos a partir de bases morales. Como los acuerdos penales, critican los civiles por ser coercitivos, en los que hay desigual poder de negociación y suponen una capitulación del proceso jurídico. Véase Fiss, O., «Against settlement», 93, *Yale Law Journal*, 1073 (1983).

- Sin dilación ni congestión.
- Calidad de trato, de las resoluciones, los insumos y procesos.
- Previsibilidad o seguridad jurídica.
- Responsabilidad, rendición de cuentas.
- Legitimidad, que en parte es resultado de que se den las anteriores características; suficiencia de medios, que opera como prerequisite.

A modo de resumen, los problemas fundamentales que padece la justicia en España –en todo caso, aquellos que resultan más relevantes para este trabajo– se refieren a la dilación, la escasa eficiencia de la oferta y demanda y escasa rendición de cuentas. Las entrevistas a empresarios suelen destacar que la justicia es lenta, costosa, ineficaz e imprevisible, aspectos en los que coinciden otros usuarios (aunque para algunos el coste no sea cuestión tan importante).

¿Cuáles son las políticas que más se emplean para paliar los problemas y mejorar el funcionamiento de la justicia?

1) Reformas organizativas, como la redefinición de competencias de ciertos tribunales, un nuevo diseño de la oficina judicial y medidas de concentración, especialización, servicios comunes. 2) La introducción de más gestión pública y el empleo de administradores de tribunales. 3) La mejora de los sistemas de gobierno, porque el buen gobierno o «gobernanza» resulta ser una cuestión central, y a este respecto la mayoría de los países del denominado modelo «sur de Europa» (Francia, Italia, Portugal, Bélgica y España), con un tipo de Consejos del Poder Judicial similar muy politizado y unas estructuras gubernativas «policéfalas», padece un lastre importante para cualquier intento de mejora. 4) La reforma de algunas leyes procesales (y a veces sustantivas) para incorporar la intermediación y la oralidad y agilidad de los procesos, así como unos procedimientos en sintonía con la envergadura de los casos y el tipo de usuarios. 5) La dotación de los medios «necesarios». Aunque no siempre es buena una política de «más de lo mismo», en el caso español hay ahora más razón para ello que antes debido a que varias reformas legislativas tenían un enorme calado presupuestario, aunque no fue previsto en las memorias económicas de los proyectos ni gozaron después de la dotación adecuada.

3.2 EL USO EXCESIVO DE LOS TRIBUNALES Y LA INEFICIENCIA DE LA DEMANDA

Carece de sentido el actual grado de judicialización de muchos conflictos; en otras palabras, la demanda de tutela de justicia es ineficiente. Existe abundante evidencia del uso indebido, de verdadero abuso de los tribunales, de situaciones en las que no se debió acudir a ellos porque había otras vías socialmente –aunque no privadamente– menos costosas, o en los que se usó una instancia o un tipo de órganos en lugar de ir a otros socialmente más baratos e igualmente efectivos. También hay pruebas de que en buena parte de los casos civiles, el demandante va a los tribunales porque es la única vía de que dispone frente al deudor demandado. ¿Cuánto representa el conjunto de esos conflictos que ahora se judicializan sin que tenga

que ser así o que reclaman otra vía más sencilla y barata? Como cifra aproximada, no menos de la cuarta parte del total de litigios actuales por las razones que pasamos a comentar y documentamos en otros estudios (20).

- *Casos de mero trámite.* La mitad de los casos civiles son de mero trámite y los asuntos de jurisdicción voluntaria son más de uno de cada seis asuntos civiles.

- *Uso de los tribunales para labores administrativas.* Muchos de los cometidos ahora desempeñados por los tribunales podrían desempeñarse por otras personas y organismos, liberando esos recursos para la labor de adjudicación, que es lo propio de los tribunales. No parece necesario dedicar la capacidad de enjuiciamiento para celebrar algunos contratos, como es el del matrimonio o para divorciarse (21). Tampoco para denunciar el robo de objetos con el fin de obtener la compensación del seguro, el documento de identidad o el permiso de conducir, o para poder proceder a la obtención de otro documento u obtener la prestación de desempleo. Lo anterior es replicable, *mutatis mutandis*, a la declaración de herederos *ab intestato*, (herederos forzosos sin haber mediado testamento), que podrían extraerse de la vía judicial totalmente y no parcialmente como rige ahora. La experiencia de las notarías en esta materia es ilustrativa de un camino a recorrer en otros campos. Al menos uno de cada doce casos obedece a esas razones.

- *Cuantía (22).* ¿La cuantía justifica que se litigue? Aproximadamente una cuarta parte de los asuntos civiles versa sobre cuantías inferiores a 1.000 euros.

(20) Véase PASTOR, Santos, *Dilación, eficiencia y costes*, Fundación BBVA, Documento de Trabajo núm. 5, 2003; PASTOR, Santos, y AMOR-DÍEZ TICIO, Diciembre, 2003, «El coste de la justicia en la Comunidad Autónoma Vasca», *Centro de Investigaciones en Derecho y Economía*; PASTOR, Santos, *Análisis del tipo de información existente en las bases de datos del sistema de gestión procesal de la comunidad autónoma de Andalucía y del modo de acceso a la misma*, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

(21) En algunos países –China entre otros– el acto de divorcio consiste en una actuación administrativa limitada a cumplimentar y entregar un formulario en un registro, o algo más supervisado por una autoridad pública, no un juez, cuando hay hijos.

(22) *Previsión legal sobre la relación entre tipo de procedimiento y cuantía de la pretensión.* La vieja LEC disponía que los diferentes procedimientos ordinarios, establecidos en función de la cuantía de la demanda, comprendieran los objetos litigiosos siguientes:

- *Juicios verbales:* cuantía de hasta 80.000 ptas. (salvo aquellos en que se reclamaran daños derivados de la circulación de vehículos de motor, que se ventilaban por este procedimiento con independencia de su cuantía).

- *Juicios de cognición:* demandas de cuantía superior a 80.000 hasta 800.000 ptas.

- *Juicios de menor cuantía:* demandas de cuantía superior a 800.000 hasta 160 millones, más los procesos de cuantía indeterminada y todos los que no tenían un cauce procesal especial, salvo los que versaran sobre derechos honoríficos.

- *Juicios de mayor cuantía:* demandas de cuantía superior a 160 millones de ptas. y los que tuvieran por objeto derechos honoríficos de la persona.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000 fijó el límite para el juicio verbal en 3.000 euros, y a partir de dicho importe el procedimiento ordinario, que se aplica también cuando la cuantía es indeterminada. Por razón de la materia, el artículo 250 de la LEC fija algunas excepciones; por ejemplo, las reclamaciones de posesión se tramitan como procedimientos verbales con independencia de la cuantía. La nueva LEC no modificó la tramitación de los procedimientos de familia, si bien la Ley de Violencia sobre la Mujer de 2004 contempla que cuando una mujer haya sido víctima de malos tratos, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer conocerá todos los aspectos penales y civiles del caso, incluida la separación o divorcio. Tampoco modificó la jurisdicción voluntaria (incluida la conciliación). En el momento de redactar este texto se encuentra en las Cortes un proyecto de nueva regulación. En dicho proyecto la condición de las personas –estado civil, familia y menores o incapaces–

Así, en 2001 la mitad de los juicios verbales versaba sobre un importe inferior a los 640 € y la mitad de los juicios de cognición sobre menos de 1.500 €. Teniendo en cuenta que el coste social, esto es, el coste privado más el que soportan los contribuyentes (sin contar otros pagos que los honorarios a profesionales ni los costes sufridos por los testigos) es de 3.000 € aproximadamente (de cada parte y los contribuyentes), estaría indicando que transferir 100 € del demandado al demandante cuesta 120 €.

- *Decisiones contradictorias.* Otra fuente de litigios proviene del «ruido» o incertidumbre que ocasiona la existencia de sentencias contradictorias. Esto atenta contra la seguridad jurídica y suele ser resultado de decisiones de los Tribunales Superiores que no son objeto de ulterior recurso ante el Tribunal Supremo, decisiones contradictorias o falta de líneas jurisprudenciales claras de éste.

- *Litigiosidad subsidiada.* A veces los litigios se producen porque los costes de litigar son artificialmente pequeños comparados con los costes reales y la ganancia esperada. Esta artificiosidad tiene que ver, en parte, con la ausencia de un sistema de tasas judiciales por el monto del coste público del pleito. Hay justificaciones de equidad y de eficiencia a favor del restablecimiento de las tasas, acompañado de un apropiado sistema de justicia gratuita para quienes no puedan pagar el servicio en todo o parte.

- *Falta de oposición del demandado y elevado porcentaje de sentencias estimatorias.* En algo menos de la mitad de los casos civiles no hubo oposición del demandado a lo que pedía el demandante (44 por 100 en conjunto, en familia el 62 por 100). En conjunto, las sentencias dan la razón a los demandantes civiles en primera instancia en casi un 80 por 100 de los casos, a la acusación penal en un porcentaje similar (70 por 100), y alrededor del 70 por 100 a los demandantes en la jurisdicción laboral.

- *Abuso de la apelación, casación y amparo.* El año 2001 se apeló el 40 por 100 de las sentencias civiles de primera instancia, pero las Audiencias Provinciales desestimaron el recurso en más del 60 por 100 de los casos, y este resultado es habitual, esto es, no se trata de fenómenos esporádicos. El hecho de que apelar sea barato comparado con las ventajas privadas que proporciona –añade más dilación y puede desanimar a la otra parte– explica por qué hay tantas apelaciones. El argumento puede replicarse, *mutatis mutandis*, a los recursos de casación. El Tribunal Supremo se utiliza con inusitada frecuencia como una instancia más en la táctica litigiosa y dilatoria de algunos operadores, impidiendo que desempeñe el papel que debe como configurador de la jurisprudencia. En media, más del cuarenta por ciento de los asuntos que resuelven las distintas Salas del Tribunal Supremo son autos declarando la inadmisión, caducidad o desistimiento del recurso. Y cuando hubo sentencia, el 80 por 100 de los casos confirmó la sentencia de instancia.

En otro orden, el hecho de que las cuatro séptimas partes de las resoluciones que dicta el Tribunal Constitucional sean providencias de inadmisión indica, junto al análisis cualitativo de los casos, que la mayoría de los recursos (especialmente de amparo) se utilizan con fines estratégicos, con el simple propósito de conseguir

sigue siendo competencia del Juzgado de Primera Instancia, pero el resto pasará a ser competencia de los secretarios judiciales, a los que ya atribuyó sustanciales competencias la LOPJ 19/2003.

medidas cautelares, para ganar tiempo o por razones análogas (23). Algunos litigantes, especialmente contra la Administración general y penitenciaria, suscitan procedimientos de tutela constitucional en lugar de ir a la jurisdicción ordinaria contenciosa, porque aquélla es más rápida, barata y efectiva.

Los juicios de desahucio como ilustración de los problemas de la justicia y sus efectos en el acceso a la vivienda de alquiler

Una manifestación de que se abusa de la justicia y se suscitan reclamaciones innecesarias es el caso de los arrendamientos urbanos, que ilustra además las consecuencias sociales de las deficiencias de la justicia. A gran parte de los arrendatarios les compensa pagar y esperar a que les demanden y ejecuten la sentencia, proceso que suele suponer mucho tiempo e implicar notables costes que, por lo general, no paga el arrendatario demandado (24). El mercado reacciona ante la inseguridad, y en especial ante la ineficacia de su ejecución, exigiendo garantías y avales por el importe equivalente a seis o más meses, ejecutables a primer requerimiento del arrendador. Esto supone que el arrendatario ha de colocar en una cuenta de una institución financiera dicho importe, que queda inmovilizado para él, y además pagar el interés sobre el aval, superior al 5 por 100 de dicha cantidad. Esto, que puede no ser mayor problema para arrendatarios de cierta capacidad económica, y para empresas arrendadoras de cierto tamaño –que además pueden trasladar parte de esos costes vía precios a los consumidores finales–, se erige como una barrera muy importante para las personas desfavorecidas y para el ingente número de arrendadores que cuentan con una o dos viviendas como forma de obtener un ingreso complementario. En todo caso supone, además de problemas de equidad en el acceso a la vivienda –a su disfrute, no necesariamente a la propiedad–, pérdidas netas de eficiencia. Los resultados preliminares de un estudio que estamos llevando a cabo apuntan que allí donde los juzgados funcionan mejor en rapidez, coste y previsión y donde es más eficaz la ejecución de las sentencias (también más rápida y menos costosa), las garantías exigidas por los arrendadores son apreciablemente menores. Otra forma en que están reaccionando algunas inmobiliarias es la adopción de cláusulas de arbitraje para la solución de las controversias en esta materia, pero su imposición parece suscitar algunas objeciones que si se obviasen podrían comportar una mejora tanto en la resolución de las controversias como en

(23) Las sentencias representan poco más del 5 por 100 de los casos que resuelve el Tribunal Constitucional, y es harto evidente que éste no tiene capacidad para dar salida a todos los casos que llegan. En otras latitudes –Costa Rica entre otros– se aduce que los litigantes, especialmente contra la Administración, suscitan procedimientos de tutela constitucional en lugar de ir a la jurisdicción ordinaria contenciosa, porque aquélla es más rápida, barata y sobre todo más efectiva. En Italia y otros países se interponen miles de recursos tributarios con el único fin de posponer el pago.

(24) Los juicios rápidos civiles y las oficinas de señalamiento inmediato (OSI), que se pensaron como forma de agilizar estos procesos, no están dando apenas juego debido a disfunciones de la actual oficina judicial y la negativa de los jueces, que exigían una retribución adicional debido a su calificativo de «rápidos», por analogía con los juicios rápidos penales, además de otras razones. Pero a diferencia de éstos, en los rápidos civiles no hay guardias ni jornada extraordinaria; simplemente el juez resuelve hoy un caso que habrá de resolver, si no, en otro momento posterior.

el funcionamiento de ese mercado, con el consiguiente beneficio de facilitar el acceso a la vivienda a quienes lo necesitan (25).

3.3 LA RELACIÓN ENTRE LOS CAMBIOS EN LA JUSTICIA Y LOS MASC

¿Cómo afectan a las posibilidades de los MASC los problemas de la justicia?

Un empeoramiento de la justicia –por ser más lenta, ineficaz e imprevisible–, incentiva que la gente no use dicha vía para tutelar sus derechos, pero a la vez hará que los potenciales demandados–deudores incumplan sus obligaciones con más frecuencia y, con ello, susciten más reclamaciones. El efecto más importante en su relación con los MASC consiste en que las disfunciones y deficiencias constituyen factores impulsores de litigiosidad endógena, provocada por la propia justicia; hacen rentable a los deudores incumplir sus obligaciones y fuerzan a los acreedores a reclamar su cumplimiento a través de los tribunales. Además de incumplir, los deudores carecen de interés en llegar a acuerdo alguno antes de que se les demande y tampoco una vez demandados, teniendo por el contrario incentivos a prolongar y apelar cuanto puedan e incluso forzar la ejecución. Por otra parte, la demanda de tutela judicial motivada por otros factores, como los reducidos costes de la apelación, el uso de los tribunales para labores administrativas o el subsidio indiscriminado y casi total de las tasas judiciales, contribuye a generar una mayor dilación y congestión, con sus consiguientes consecuencias. Un aumento de los costes de litigar induce una mayor frecuencia de los acuerdos. Análogamente una mejora de la justicia en aquellas dimensiones hará que se sustancien más reclamaciones porque aumenta el valor de reclamar frente a no reclamar, pero enviará una señal de menor impunidad a los potenciales incumplidores de sus obligaciones, y con ello habrá

(25) Datos de las agencias que están actuando en el arbitraje inmobiliario apuntan que se trata de un fenómeno creciente, aunque algunos objetan su legalidad. Para dictar un laudo la Ley fija un plazo máximo de seis meses, pero en materia de inmuebles, los asuntos se suelen resolver entre dos y cuatro meses. La Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Aeade) indica que en treinta días de media se resuelve una petición de desahucio o reclamación de rentas debidas. Un 65 por 100 de los casos de 2004 se resolvió con el pago de la renta, el 30 por 100 con desahucio y en un 5 por 100 era el inquilino quien demandaba al dueño. Arbin, entidad que sólo se dedica al arbitraje inmobiliario, señala que los casos más frecuentes que trata son conflictos de las comunidades de propietarios, disputas en materia de división de la propiedad horizontal y problemas con las empresas contratadas para rehabilitar un edificio. Otra de las ventajas del arbitraje consiste en la evitación de problemas en las notificaciones, que constituyen uno de los graves problemas de la justicia. El laudo es recurrible pero el inquilino debe asegurar el pago de las rentas que adeuda y parte de las futuras. Las costas están en función de la cuantía del asunto. Para un alquiler anual de 12.000 euros, el coste se sitúa entre 700 y 1.500 euros. El ahorro en costes es nulo si al arbitraje se acude con abogado. La regla de vencimiento suele ser común. Es frecuente que los árbitros sean abogados en ejercicio y jueces jubilados. La Ley de Arbitraje, que entró en vigor en marzo de 2004, estimuló esta forma de resolución. Otro aspecto llamativo se refiere a que cuando se fija una cláusula de arbitraje la garantía que los propietarios exigen a sus inquilinos en forma de aval bancario es por un año del importe de la renta, ya que éste es el tiempo medio que se estima en un desahucio judicial. Con el arbitraje el aval se reduce a cuatro meses, en atención a la duración estimada del procedimiento arbitral. Véase MAZO, Violeta, «Arbitraje para resolver disputas inmobiliarias», *Cinco Días* / Madrid (10-12-2004).

menos reclamaciones futuras. Una disminución de los costes de pleitear hará que la frecuencia de los acuerdos sea menor.

¿Cómo se vería afectada la justicia por la promoción y extensión de los MASC?

Una mejora en los MASC, sea en coste, duración, eficacia o previsión de sus resultados hará que se use menos la justicia y por tanto, mejorarán, aunque en distinto grado, casi todas las dimensiones de la justicia arriba mencionadas. Los MASC pueden constituir una mejora en la medida que reducirían la demanda (disminuiría la ineficiencia de la demanda que ahora existe), permitiría que los tribunales se concentrasen en aquello que hacen mejor y producirían más y mejor, con lo cual, el sistema podría ser más rápido y padecer menor dilación. Además, facilitaría el acceso, si no a la justicia, sí a un medio de tutela que de otra manera no existiría debido a los altos costes de las reclamaciones. También tendría efectos beneficiosos sobre la competencia, calidad, previsibilidad y legitimidad.

4. ¿POR QUÉ SON TAN ESCASOS EN ESPAÑA? ¿QUÉ HACER PARA PROMOVERLOS?

A pesar de que las deficiencias de la justicia impulsan el uso de mecanismos alternativos como la mediación, el arbitraje y la conciliación, la frecuencia de los acuerdos es relativamente escasa en España, y las razones de esto estriban, de una parte, en el sesgo que genera el funcionamiento del sistema a favor del deudor demandado, al papel que desempeñan y el marco de incentivos en que se mueven los profesionales del derecho y los jueces, facilitados por la legislación procesal.

4.1 EVIDENCIA EMPÍRICA

Los acuerdos en los distintos órdenes

Como es lógico, muchos conflictos explicitados se resuelven mediante acuerdo y de ello no queda reflejo, de forma que lo que conocemos son los acuerdos que se han celebrado en aquellos casos en que se ha registrado esa información. No obstante, son numerosas las pruebas que indican que, en casos similares, la frecuencia con que se llega a acuerdos, evitando así el pleito, es menor en España que en los países de nuestro entorno en casi todas las jurisdicciones, aunque parece que esta situación está cambiando a lo largo de los últimos años.

Conflictos civiles

En una estimación realizada por nosotros respecto al País Vasco y Andalucía, encontramos que el porcentaje de conciliaciones judiciales civiles no llegaba al 7

por 100 de los asuntos resueltos. Los arreglos en materia de responsabilidad civil en España no superan el 30 por 100. En tráfico, antes de 1995, los acuerdos se daban en un 65-70 por 100 de los casos, mientras que en otros países era de un 98 por 100-99 por 100 de los casos (26).

Como contraste, en los Estados Unidos de América, por ejemplo, el 96 por 100 de los casos civiles interpuestos ante la justicia estatal no llega a juicio y el 98 por 100 de los casos de la justicia civil federal tampoco. Esas cifras incluyen los archivos, sobreseimientos y formas análogas de terminación a las que están asociados los acuerdos en la mayoría de los casos. No obstante, la interpretación de esos datos ha de hacerse teniendo en cuenta que los acuerdos se celebran después de agotar la mayor parte del periodo probatorio (*discovery*) y por tanto de haber incurrido ya en cuantiosos gastos. Según algunas estimaciones cuando ese acuerdo tiene lugar se ha gastado el 90 por 100 del coste total estimado del caso (27).

La negociación y los acuerdos celebrados se producen a la sombra de la corte, esto es, una vez interpuesta la demanda (*bargaining under the shadow of the court*). Este fenómeno, apenas documentado entre nosotros, parece darse también en España, al menos en los casos que defienden los grandes despachos de abogados. Algunas declaraciones, de la docena de abogados entrevistados para este estudio, se manifiestan en este sentido, concordante con otros estudios: «[S]í, negociamos y celebramos acuerdos con frecuencia, pero comenzamos a negociar sólo con la demanda interpuesta, porque antes no resulta creíble...»).

Conflictos penales

La conformidad del acusado –que tiene mucho de acuerdo– apenas llega al 42 por 100 de los casos (frente a 70 por 100-75 por 100 Gran Bretaña y otros países europeos, o el 80 por 100 Estados Unidos). La vía de la transacción se introdujo de forma explícita con el establecimiento de los juicios rápidos penales, que entraron en vigor el 28 de abril de 2003.

(26) En Estados Unidos, el creciente uso de los MASC se ha traducido en una disminución del número de casos que llegan a la sentencia, pero no hay evidencia de que haya reducido el número de demandas sino que el caso se resolvió por una vía alternativa a la sentencia después de interpuesta la demanda. Entre 1962 y 2002 el número de demandas interpuestas ante la justicia federal se multiplicó por cinco mientras que el porcentaje de casos en que se llegó a la sentencia fue del 11 por 100 en 1962 y el 2 por 100 en 2002. Además del coste y riesgo que entrañan los pleitos, otros factores fueron los cambios procesales y la actitud de los jueces, que se ven cada vez más en su papel de resolver conflictos más que en la denominada adjudicación vía sentencias o autos formales. Véase GALANTER, Marc, «The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts», *Journal of Empirical Legal Studies* 1 (3), 459-570, 2004. En sentido análogo quizá puede interpretarse el creciente uso en España del auto como forma de resolución en lugar de la sentencia.

(27) Los elevados porcentajes de acuerdo de los Estados Unidos y otros países han sido objeto de discusiones durante algún tiempo. El aspecto que predomina de este debate, basado en el análisis empírico, es que los acuerdos difieren entre procedimientos y materias, y su entidad se infiere más que por las cifras de casos que explícitamente lo indiquen, por el abandono de los casos, esto es, la falta de actuación de las partes. Una parte de las sentencias se refieren a reclamaciones de deudas sin oposición del demandado, algo que también comprobamos en nuestros estudios sobre la justicia de Andalucía. Sobre el debate empírico general, véase BAAR, Carl, «The myth of settlement», Paper prepared for delivery at the Annual Meeting of the Law and Society Association, Chicago, Illinois, May 28, 1999.

Conflictos contencioso-administrativos

A pesar de tantas promesas abiertas con la Ley 30/1992, la frecuencia de los acuerdos se mantiene en un ínfimo nivel y apenas ha aumentado desde la aprobación de dicha ley. En materia tributaria se permite la conformidad en materia de sanciones a cambio de una reducción de su importe. En expropiación forzosa hay, sin embargo, cierta tradición.

Conflictos laborales y de seguridad social

En estos conflictos se da una mayor frecuencia de acuerdos, que tienen lugar en los servicios de mediación, arbitraje y conciliación (30 por 100) y luego en los Juzgados de lo Social (entre el 5 por 100 y el 10 por 100 de los asuntos resueltos). Con todo, la evolución reciente indica que los acuerdos son ahora más frecuentes. Por ejemplo, en 2005, se dictaron por los Juzgados de lo Social 158.857 sentencias y 28.967 autos, lo que implica que los acuerdos representaban el 15,4 por 100 de la cifra total de resoluciones. Tres años antes, en 2002, equivalían al 8,2 por 100. En los servicios de mediación, arbitraje y conciliación ésta representó apenas el 12 por 100 en 2006, tres puntos porcentuales más que en 1997. El porcentaje de desistimientos —que en parte pudieran albergar arreglos— aumentó casi cuatro puntos, del 16 por 100 en 1997 a casi el 20 por 100 en 2006 (28).

Comparación internacional de acuerdos en conflictos sobre objeto y cuantía similares

La evidencia empírica disponible muestra que, *para conflictos similares*, los acuerdos son menos frecuentes en España que en países de nuestro entorno. Un estudio realizado por empresas multinacionales del sector privado, referido al año 2000 y a reclamaciones de cantidad por los mismos conceptos y similares cuantías sustanciadas en distintos países de la Unión Europea y otros países, reflejaba que la frecuencia de los acuerdos era menor en España (29).

Arbitraje de consumo

El arbitraje de consumo está relativamente extendido, pero funciona de forma incipiente todavía (30). Se da sobre todo entre consumidores y grandes operadoras

(28) Véase Ministerio de Trabajo. *Boletín de Estadísticas Laborales*, 2007.

(29) GÓRGOLAS, I., «La reclamación judicial y extrajudicial de deudas: la perspectiva de las empresas de cobros», Documento de Trabajo presentado en el Curso sobre *Economía y Justicia*, Barcelona, Universidad Internacional Menéndez Pelayo [mimeo], 2000.

(30) Como evidencia, véase, por ejemplo, Instituto Nacional del Consumo, «Arbitraje, Memoria del año 2004», <http://www.consumo-inc.es/arbitraje/INTERIOR/MEMORIA/MemArb04.doc> En ella se destaca que, de los 65.000 casos presentados en 2004, el 37 por 100 tiene que ver con el sector de las telecomunicaciones. La cuantía media fue de 785 €. Se resolvieron mediante laudo el 80 por 100 (que en el 98 por 100 de los casos fueron de equidad) y el 20 por 100 restante por mediación. Dos tercios de los laudos fueron estimatorios, ¼ desestimatorio y el resto se concilió. Los laudos alcanzaron la unanimidad en el 83 por 100 de los casos, y se cumplieron en el 98 por 100 de ellos, mientras que el 2 por 100 fue objeto de impugnación ante los juzgados civiles. El 50 por 100 de los casos se

(telefónicas, eléctricas, gas, agua, etc.). El procedimiento exige que se reclame primero ante las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), o de no existir éstas, ante las autonómicas. Ante el silencio (que es lo habitual) se da traslado al cabo de cierto tiempo por esas Oficinas a la Junta Arbitral municipal, provincial o autonómica, constituidas por representantes de la industria, de los consumidores y de la Administración. Entre la reclamación y el momento en que el destinatario de la reclamación responde a la Junta Arbitral transcurre aproximadamente un año en media en el caso de Madrid. En la mayoría de los casos la reclamación termina en una conciliación ante esas Juntas. Ello dejando a un lado el voluminoso número de casos (aproximadamente la mitad) en que las entidades reclamadas dan la razón al reclamante pero al no tener tiempo para responder a las OMIC lo comunican más tarde ante la Junta Arbitral. Uno de los problemas de estas reclamaciones y su solución vía mediación o ulterior arbitraje, radica en la escasez de medios que dedican a su tramitación y solución las empresas en comparación con el gran volumen de reclamaciones que se presentan, de forma que la dilación es un fenómeno más que frecuente. Así, en las empresas de comunicaciones y eléctricas la ratio de capacidad de respuesta en relación con el número de reclamaciones es del 30 por 100 aproximadamente, esto es, sólo pueden responder a tiempo al 30 por 100 de los las reclamaciones que entran. Como forma de tutela distinta, las *organizaciones de consumidores* están siendo bastante eficaces por su efecto al publicitar el trato indebido por parte de los grandes proveedores de servicios públicos.

Arbitraje internacional

Algunos abogados son muy devotos del arbitraje internacional, por más que sea todavía un mecanismo cuyo uso es reducido; el número de arbitrajes es muy pequeño aunque por lo general son de notable importancia económica. Es un procedimiento lento (aunque quizá no tanto como los pleitos), costoso (sin duda más que los pleitos) e incierto (aunque más previsible que los pleitos). También elude la publicidad del conflicto, que no interesa a las empresas involucradas. Las recientes tendencias de los laudos parecen traducirse en soluciones «intermedias» o salomónicas, frente a soluciones que estimen o desestimen totalmente la pretensión. Una de las quejas, de las que se hace eco International Chamber of Commerce (ICC), consiste en las cuantiosas tarifas que hay que pagar a los abogados que intervienen mientras que las cifras que cobra la ICC son bastante razonables (31). Otra cuestión que se suscita concierne a la participación como árbitros de los abogados que hayan sido o puedan ser abogados en arbitrajes. La opinión que parece predominar es que es mejor que los árbitros sean abogados que hayan sido o puedan ser abogados, salvados siempre los conflictos de intereses. El mayor valor de este tipo de

resolvió en menos de 1 mes, el 80 por 100 en menos de 2 y sólo en el 1 por 100 se tardó más de 4 meses.

(31) En los casos de cuantía media y pequeña el arbitraje internacional es como mínimo tan costoso como la litigación. Las ventajas son mayores cuando la cuantía y complejidad son mayores. Véase el informe de PricewaterhouseCoopers, *International arbitration: Corporate attitudes and practices*, 2006. Disponible en <http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublications.nsf/docid/0B3FD76A8551573E85257168005122C8>

arbitraje —su mayor seguridad jurídica y previsibilidad— se da cuando se trata de conflictos que afectan a empresas que invierten u operan en países con cuyo sistema jurídico se está menos familiarizado y de países en desarrollo. Su uso es cada vez más frecuente por las empresas de telefonía, electricidad, gas y, de forma general, por las grandes empresas (32).

4.2 ¿POR QUÉ SON TAN ESCASOS?

¿Son los españoles especialmente ineptos para llegar a acuerdos? No, buena parte de la respuesta está, a nuestro entender, en que las deficiencias del sistema judicial favorecen al deudor, en la estructura de incentivos en que se mueven los litigantes y sus asesores, y en la renuencia de algunos jueces a promover acuerdos, que temen les «contaminen».

Litigiosidad endógena y sistema que favorece al deudor

Los datos y referencias que hemos señalado anteriormente muestran que buena parte de la litigiosidad actual (que no debiera producirse) es «*endógena*», esto es, está causada por el propio funcionamiento inadecuado del sistema judicial y tiene un carácter propio de litigantes que usan los tribunales como parte de su estrategia negociadora. Alguien gana con los litigios, con frecuencia los deudores, porque el sistema jurídico, y el judicial en particular, favorece al deudor-demandado. A menudo es atractivo para el demandado incumplir sus obligaciones aprovechándose de la lentitud, los costes y la incertidumbre de los procedimientos. Carece de estímulos para llegar a acuerdo alguno antes de que se le demande y después de interpuesta la demanda. ¿Por qué pagar hoy una cantidad que adeuda si puede posponerlo tres años y con ello, además, abre la posibilidad de no tener que pagar si se produjese algún error judicial (por ejemplo, en la valoración de la prueba), un descuido del demandante (por ejemplo olvidó asistir a algún trámite) o su desánimo ante los costes y lentitud del litigio, motivo por el que muchos demandantes —por ejemplo, consumidores— no demandan. Además, en caso de perder, los demandados declarados culpables casi nunca habrán de pagar el coste real infligido al agraviado y ganador del pleito; las costas procesales casi nunca cubren el coste total infligido. Los datos que comentábamos más arriba, sobre frecuencia de demandados rebeldes o que no se oponen, o de estimación de la demanda y de apelaciones sin mayor sentido, son también pruebas de este fenómeno.

La razón de nuestro énfasis en los demandados, sin ser excluyente, se debe a que las sentencias dan la razón a los demandantes en casi un 80 por 100 de los

(32) En 2006, la Corte Internacional de Arbitraje recibió 593 demandas de arbitraje que vinculaban a 1.613 partes, originarias de 125 países y territorios independientes y se dictaron 293 laudos. En el 10,5 por 100 de los casos, al menos una de las partes era una entidad estatal, paraestatal o pública. La sede del arbitraje se situó en 52 países diferentes y se nombraron árbitros de 71 nacionalidades. Las cuantías de las controversias superaron el millón de dólares en el 55,5 por 100 de los nuevos casos. El coste medio de una disputa de un millón de dólares es de unos 30.000 dólares. Véase <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id11088/index.html> Los datos de 2005 pueden consultarse en «Statistical Report, 2005», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18/No.1.

casos civiles (el 72 por 100 de los casos con oposición y el 98 por 100 de los asuntos sin oposición en primera instancia). Más importante quizá, en el 45 por 100 de los casos (sentencias) no hay oposición del demandado. Los demandantes laborales ganan el 70 por 100 de las sentencias por despido y el 60 por 100 de los casos de cualquier tipo (33). Los Juzgados de lo Contencioso y los Tribunales Superiores estiman el 43 por 100 de los casos de primera instancia. En los Juzgados de lo Penal la distribución de los resultados es muy similar a la que obtienen los demandantes civiles, dependiendo de si hubo o no conformidad del acusado (34). Por ello no puede hablarse de sesgo de los tribunales a favor de los demandantes sino de situaciones en que éstos se han visto forzados a ir a la vía judicial para conseguir lo que creen son sus derechos.

El papel de los abogados

Una importante fuente de litigios indebidos tiene que ver con los abogados. Técnicamente, la demanda de tutela judicial es una *demanda inducida*, es fruto del consejo del experto o asesor jurídico. El cliente lego, que constituye la gran mayoría de los usuarios, desconoce el derecho, se pone en manos del profesional y generalmente sigue el criterio de éste. Uno no interpone una demanda si su abogado le aconseja que no lo haga; por lo mismo, si se interpone la demanda es porque el abogado lo aconseja. Se trata de situaciones en las que hay una característica *relación de agencia* y sus típicos problemas de asimetría de información entre el agente (abogado) y el principal (cliente), con dificultades para que el principal controle la conducta del agente debido en parte a que sus honorarios son independientes del resultado y no hay otros mecanismos de control (salvo en las relaciones de «clientela» regular, eficaces códigos éticos y disciplinarios de la profesión y fuerte competencia). Las decisiones del cliente en las que tiene gran peso el criterio del abogado versan sobre reclamar o no, y posteriormente pleitear o llegar a un acuerdo, apelar o no, o gastar más o menos en el caso (35). Cualquier abogado sabe de sobra —y cualquier persona imagina fácilmente— que la minuta que se cobra es mayor si se va a juicio que si se llega a un acuerdo previo, y mayor también si se apela o recurre en casación. No quiere decir que los abogados sean sujetos malévolos —como tampoco lo son los médicos que prescriben productos farmacéuticos en lugar de genéricos, aumentando así el gasto—; sencillamente son sujetos con una estructura de incentivos proclive a esas conductas, salvo que se disponga de un fuerte estándar ético. Hay además un entorno de poca competencia. De otro lado, algunos litigios (o apelaciones) pudieran provenir de deficiencias en la formación

(33) Ese porcentaje va disminuyendo ligeramente tal vez por el mayor peso de las reclamaciones sobre Seguridad Social.

(34) Este rasgo está lejos de ser distintivo de España. Así, en R. Dominicana los demandantes ganan el 75 por 100 de los casos civiles en primera instancia. Véase PASTOR, Santos y VARGAS, Carmen, «El Coste de la Justicia. Datos y un Poco de Análisis», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002.

(35) Este tipo de relaciones son comunes en muchos otros ámbitos, tales como la sanidad y farmacia o la construcción. Buena parte del aumento del gasto farmacéutico parece deberse a problemas de agencia como los aquí referidos. Sobre el papel que en el crecimiento económico tiene el excesivo número de abogados véase MAGEE, Stephen *et al.*, «The invisible foot and the waste of nations: lawyers as negative externalities», en *Black hole tariffs and endogenous policy theory: political economy in general equilibrium*, Cambridge University Press, 1989.

de los abogados. Todo esto apunta hacia la conveniencia de examinar el régimen en que opera el mercado de servicios jurídicos, la competencia y el control y disciplina que ejercen los colegios de abogados.

¿Renuncia de los jueces a favorecer los acuerdos?

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no sólo anglosajones sino continentales, hay cierta renuencia por parte de muchos de nuestros jueces a favorecer los acuerdos. Unos aluden a que si lo hiciesen se verían «contaminados» y limitados para poder juzgar el caso después si no se llegase a un acuerdo, otros a que consideran que ése no debe ser el papel de los jueces. Otros, los menos, consideran que es un papel perfectamente compatible con su ulterior función juzgadora y activamente tratan de acercar posiciones. La propia experiencia española en la jurisdicción laboral avala que ambas funciones, de acercamiento y enjuiciamiento, son perfectamente compatibles.

Los conflictos en el ámbito de la responsabilidad civil como ilustración

En el caso de la responsabilidad civil, y en particular, en la derivada de vicios en la construcción, se pone regularmente de manifiesto la falta de interés de los abogados y sus clientes (arquitectos, aparejadores o arquitectos técnicos, constructores y compañías de seguros), y a ello no es ajeno que las retribuciones de los profesionales son mayores si el caso se resuelve mediante pleito que si fuera por acuerdo; a que sus clientes tampoco tienen apenas qué ganar si el asunto se resuelve mediante acuerdo. Además, habitualmente tienen más capacidad para gastar en el caso y les conviene apelar y dilatar su resolución cuanto puedan, incluso forzando la ejecución, bien porque en ese proceso pueden desanimar a la otra parte, o porque, «con suerte», a lo mejor no pierden el caso, y en la práctica no resarcan al demandante el daño íntegro que le infligió el pleito. A ello también coadyuva la actitud pasiva de la mayoría de los jueces que, en lugar de tratar de acercar las posiciones de las partes y disuadir estas nocivas estrategias, se limitan a la actuación ritual de preguntar si las partes han llegado a un acuerdo o no. Estos rasgos están presentes en casi todos los ámbitos del sistema de responsabilidad civil, incluyendo los casos de mala praxis médica, de responsabilidad por producto o responsabilidad patrimonial (en este caso, agraviado por la prohibición legal de alcanzar acuerdos).

Los baremos indemnizatorios por accidentes de tráfico y sus efectos en los acuerdos

En el caso de la responsabilidad derivada de accidente de tráfico, a finales de 1995 se aprobó el baremo que fijó las indemnizaciones, con objeto de reducir su varianza (estigmatizada por las aseguradoras como «lotería judicial»), reducir los pleitos –aunque éste no sea el mejor remedio para reducir los litigios– y, aunque no confesada, ayudar a las aseguradoras en su tarea de fijar las provisiones técnicas y reducir las indemnizaciones pagadas. El baremo genera efectos contrapuestos. De una parte, reducen la varianza y, a constancia de los demás factores, disminuye la aversión al riesgo y con ello hace menos probables los acuerdos (más probables los

pleitos). Pero, en sentido contrario, los baremos reducen la discrepancia en la percepción que tienen las partes sobre el resultado probable del pleito, que es un factor central en la explicación de los litigios. Al disminuir esa discrepancia aumenta la posibilidad del acuerdo (36). Al ser los efectos de signo contrario, la única vía para dilucidar cuál es el efecto predominante es el análisis empírico. Las primeras estimaciones apuntan que el efecto neto consiste en una disminución de los pleitos (37). De otra parte, el baremo español subestima los daños, en promedio, y esto tiene un efecto inequívoco consistente en reducir las reclamaciones y los pleitos. Es cierto que los baremos facilitan el trabajo de los jueces (de ahí la práctica de su extensión a otros ámbitos de accidentes, como la responsabilidad médica), quizá mejoran la tasa de cobertura de las víctimas y favorecen la previsión de provisiones técnicas de las aseguradoras, que fueron las promotoras de su establecimiento a finales de 1995 y tratan de extenderlo a otros ámbitos de riesgo ahora. No obstante, el efecto neto en el negocio del seguro puede ser menos prometedor si la gente no reemplaza la cobertura que le daba el sistema anterior con un aumento ahora de la demanda de pólizas de accidente de daños propios (*first party liability*). La impresión anecdótica es que las compañías que operan en este sector han mejorado sus resultados netos debido en parte al establecimiento del baremo. Por lo demás, sólo tiene sentido baremar aquellos daños cuya estimación sea imposible y conlleve elevados costes o márgenes de error, como el daño moral y, en menor medida, algunos otros daños, porque en los demás casos, los jueces son perfectamente capaces—debidamente formados—de fijar indemnizaciones que se ajusten a la cuantía de las pérdidas sufridas (38).

4.3 ¿QUÉ HACER PARA PROMOVERLOS?

De lo dicho hasta ahora podemos concluir que, si con carácter general sería recomendable fomentar la adopción de mecanismos alternativos (39), esta necesidad se ve acrecentada en España debido a la relativa escasez de los acuerdos y a los específicos factores que la restringen. En especial, porque las deficiencias de la justicia benefician de hecho a los deudores potenciales demandados, que se ven animados a incumplir sus obligaciones y no llegar a acuerdos (además de ser un factor impulsor de eventuales reclamaciones adicionales); porque los profesionales (abogados y otros asesores jurídicos) tienen menos hábitos negociadores e interés en los acuerdos, y porque los jueces, en su mayor parte, carecen de adiestramiento e interés en fomentar dichos acuerdos. En consonancia, ha de actuarse sobre la

(36) La zona de acuerdo es $Z=2C-Q(p_1-p_2)$, siendo p_1 la percepción del demandante sobre su probabilidad de ganar el pleito y p_2 la percepción del demandado sobre su probabilidad de perder, y C el coste de litigar por cada parte. Al disminuir la discrepancia (p_1-p_2) aumenta la zona de acuerdo. Más frecuentemente lo que reduce son las divergencias sobre el monto a pagar que fijará la sentencia a juicio del demandante y demandado, (m_1-m_2). Como $Z=2C-Q(m_1-m_2)(p_1-p_2)$, al disminuir (m_1-m_2) aumenta Z , esto es, la posibilidad de acuerdos.

(37) Véase PINTOS, Jesús, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Civitas, 2000.

(38) El baremo tiene otros problemas, como el de hacer depender el monto del daño moral de la renta de las víctimas.

(39) En nuestro caso, en la mayoría de los conflictos, más que de vías formales como el arbitraje o la mediación, se trataría de fomentar y estimular activamente fórmulas de autocomposición.

estructura de incentivos que generan estos resultados. A continuación señalaremos algunas de esas medidas de carácter ilustrativo.

Actuar sobre los incentivos de abogados y usuarios

Hay que actuar singularmente sobre el esquema de incentivos de los abogados; por ejemplo, asegurando que en los contratos de asesoramiento y defensa consten explícitamente su coste y la especificación de lo que sucederá si la disputa resuelve mediante acuerdo o no; o fijando un código deontológico cuyo cumplimiento sea debidamente vigilado por los colegios estableciendo sanciones disciplinarias adecuadas cuando se dé temeridad. Los jueces, sin embargo, son reacios a imponer sanciones sustanciales porque prevén que darán lugar a otro pleito (así es con frecuencia), en este caso contra la sanción. El propio Tribunal Constitucional apenas impone esas sanciones, y en las contadas ocasiones en que lo hizo el importe de la sanción era irrelevante.

Cuota litis

Los sistemas que condicionan la retribución al resultado, como el de *cuota litis*, facilitan los acuerdos porque alinean los incentivos de los abogados y sus clientes, de forma que harán más probable los acuerdos eficientes. Para evitar problemas derivados de la divergencia en los incentivos de abogados y clientes, la retribución ha de ser diferente si el pleito se resuelve por acuerdo o sentencia (40).

Estimular a los jueces

En el caso de los jueces, habría que actuar sobre sus incentivos para impulsar un cambio de actitud hacia el fomento de los acuerdos, eliminando sus reticencias. Esto podría conseguirse adoptando, entre otras medidas, con programas de formación en técnicas de solución de conflictos (dado que su formación central actual está pensada casi únicamente para la tramitación y «adjudicación judicial» mediante sentencias o autos), e incentivando esa práctica en el esquema general de retribución por desempeño. En el anulado sistema de «módulos» se retribuía poco, y en la propuesta de nuevo sistema todavía se valora de forma insuficiente. Hay varios momentos procesales en los que los jueces pueden ejercer su potencia impulsora de los acuerdos; uno de ellos es la audiencia previa en el caso del procedimiento ordinario (41).

(40) Los sistemas de cuota litis tienen otras ventajas. Es un mecanismo que facilita el acceso a la justicia de las personas que carecen de medios pero no son tan pobres como para ser beneficiarias de los sistemas de justicia gratuita, cuando existen, consigue paliar el problema de agencia entre abogado y su cliente y proporciona un mecanismo de seguro en las personas con aversión a riesgo (más frecuente en las personas con menos medios y educación). Sus efectos en la litigiosidad son indeterminados; algunos agravios que ahora no se explicitan se traducirían en reclamaciones, lo cual no es necesariamente malo; y otras que ahora se formulan no tendrían lugar, seguramente por carecer de base. Los acuerdos serían más probables con los sistemas de cuota litis en la medida que los abogados estarán interesados en pleitear sólo cuando vean que el caso lo merece.

(41) Sin necesidad de reformas legales podría aproximarse nuestro sistema al de países como los Estados Unidos en los jueces se involucran más en la tramitación del procedimiento, sin por ello

¿Arbitraje preceptivo?

¿Tiene sentido exigir que antes de interponer una demanda ante los tribunales se vaya a arbitraje obligatorio? Para reducir la carga de trabajo de los juzgados y los costes de la excesiva litigiosidad que padecían, en los primeros años de la década de los noventa del pasado siglo, países como los Estados Unidos adoptaron medidas impulsoras de los acuerdos como el «arbitraje no vinculante anejo a la corte» (*Non binding Court Annexed Arbitration*). Este mecanismo se ha cuestionado por distintas razones. De un lado, fomenta reclamaciones que de otra manera no se plantearían porque formular una reclamación ante esta vía arbitral apenas comporta coste en comparación con lo costoso, lento e imprevisible de un pleito formal. En otras palabras, interpondrían esa demanda de arbitraje sólo para conseguir una oferta por vía de acuerdo o del laudo arbitral (42). La segunda crítica es de carácter condicional, esto es, se trataría de un buen mecanismo si fuera buena la capacidad de los árbitros para predecir la eventual resolución ulterior si el arbitraje no prosperase. La tercera objeción radica en que se trata de una vía «no vinculante» (*non binding*) y por tanto, si el laudo no satisface a una parte podría seguir con un pleito, reduciendo así parte de las ventajas que podría acarrear. Con todo, aunque no haya hasta el momento una evaluación adecuada de los resultados y efectos de esta institución, los indicios disponibles parecen mostrar que las ventajas de este tipo de arbitraje son mayores que los inconvenientes, esto es, que las objeciones que acabamos de resumir tienen, en la práctica, una importancia menor.

En todo caso, los inconvenientes de esa vía son menores en países como España, con tan escasa práctica y tan pobres incentivos hacia la resolución de las controversias mediante acuerdos. Y algunos de aquéllos podrían evitarse induciendo a que las partes se comprometan –por tanto, serían compromisos voluntarios– *ex ante* a solventar sus eventuales controversias futuras mediante el arbitraje, que en todo caso sería vinculante (43). Otra medida próxima consistiría en fijar una fase previa de conciliación, que podría supervisar el juez u otra persona (por ejemplo, un juez retirado o un abogado nombrado por el Estado). En dicha fase se aseguraría que compareciesen, salvo problemas mayores, los propios demandados y demandantes, asistidos si lo desean por sus letrados. De esta forma se evitan problemas de divergencias de incentivos entre los clientes y sus abogados en lo relativo a llegar a un acuerdo. Y el juez o la persona que supervisase esa fase adoptaría una actitud estimuladora de la convergencia de las partes cuando fuese deseable.

disminuir un ápice su independencia. Esa actitud se reforzó a partir de los primeros años noventa con la reforma judicial genéricamente calificada de «gestión de la corte» (*court management*) refiriéndose con ello a la actuación de los jueces en la gestión *procesal* de los casos. La mera observación del comportamiento de los jueces federales en los tribunales de apelación contrasta con la relativa pasividad de una parte importante de nuestros jueces, y esta actitud podría ir cambiando si desde distintas instancias, como los planes de formación inicial y continua, se animase a ello.

(42) Véase BEBCHUK, Lucian A., «Suing Solely To Extract a Settlement Offer», 17, *Journal of Legal Studies*, 437 (1988); KATZ, Avery, «The Effect of Frivolous Lawsuits on the Settlement of Litigation», 10, *International Review of Law and Economics*, 3 (1990); ROSENBERG, David & SHAVELL, Steven A., «A Model in Which Suits Are Brought for their Nuisance Value», 5, *International Review of Law and Economics*, 3 (1985).

(43) La conciliación previa existe en numerosos países y en diferentes jurisdicciones como requisito de procedibilidad. Por ejemplo, en Colombia, la Ley 906 de 2004 establece esta condición en su artículo 522.

Otras propuestas

Por lo demás, la tarea a realizar para fomentar los MASC es diferente en cada orden jurisdiccional, o mejor, en cada tipo de conflicto que pudiera terminar en cada orden jurisdiccional, aunque sólo fuera porque la situación ahora es muy diferente en unos y otros; mejor en laboral, escaso en civil y apenas en el contencioso-administrativo. Por citar un apunte, recordando que los MASC comprenden una amplia gama de formas de resolución de conflictos alternativa a la vía judicial, sería conveniente fomentarlos en los expedientes disciplinarios administrativos intentando los instructores acercar las posiciones de las partes para evitar complejos, tediosos, costosos, largos e inciertos pleitos contencioso-administrativos. Pero ello implica dedicar esfuerzo a ese cometido, y los instructores, como los jueces, carecen de estímulos para trabajar en esta vía en lugar de limitarse a «preguntar si hay acuerdo entre las partes» y seguir la rutina y el ritual. Como la finalidad de este apartado no es proponer todas las medidas imaginables sino sólo ilustrar, no hacemos referencia a otras medidas, ni haremos más hincapié en otras que hemos señalado más arriba, como la necesidad de que las costas cubran los costes totales del litigio y se aplique con más seriedad la regla de vencimiento.

Buscar vías eficientes de resolución de conflictos, compensar a los agraviados y evitar la impunidad

Las propuestas orientadas al fomento de los acuerdos no implican que los agravios queden impunes, máxime cuando los órganos judiciales estiman sus pretensiones adecuadas en la mayoría de los casos (casi el 80 por 100 de los casos civiles). Lo mismo resulta de la idea de desaconsejar el uso de los tribunales para asuntos de escasa cuantía. Y ello tanto por razones de eficiencia como de equidad. En los casos de cuantía reducida podría conjeturarse que por lo general el nivel de ingresos de los demandantes es menor que el de los demandados. Pero incluso si así fuera, es discutible que deba usarse el sistema jurídico-judicial como mecanismo de redistribución y no sólo asegurar que éste no discrimine negativamente a los desfavorecidos, como parece suceder (44). Lo que reclama la litigiosidad de

(44) El análisis, tanto teórico como, sobre todo, empírico, de los efectos distributivos del sistema jurídico apenas existe, salvo en áreas particulares como el sistema fiscal y de transferencias públicas, la regulación ambiental o el derecho de la competencia. Parece suceder en este campo lo que acaeció en Economía, en la que dicho análisis comenzó en épocas tan tardías como mediados de los años setenta del pasado siglo. La posición sostenida por buena parte de los autores del Análisis Económico del Derecho sostiene que el sistema jurídico –aunque las referencias son principalmente al sistema normativo del derecho de contratos y de daños– no debe usarse para redistribuir porque hay otros mecanismos más eficaces y eficientes para conseguirlo, significadamente, los impuestos y subsidios, configurados por leyes y vigilantes de su cumplimiento, sino que debe buscar objetivos de eficiencia (más precisamente, mejoras de bienestar). (Véase, de manera cualificada, KAPLOW y SHAVELL, 2003). El problema, a mi entender, al menos en lo que concierne al sistema judicial, radica no tanto en que se use para mejorar la equidad cuanto para asegurar que no discrimina negativamente a los desfavorecidos. Las declaraciones del asesinado obispo salvadoreño monseñor Romero –«la justicia, como las serpientes, sólo muerde a los pies descalzos»– son una de tantas que acreditan ese problema en países en desarrollo, quizá en parte predicable también a los demás países. De otra parte, las desigualdades en la capacidad de pago y de educación e información de las partes puede traducirse y seguramente se traduzca en resultados discriminatorios para los desfavorecidos. Por tanto, no se

pequeña cuantía que afecta a personas de escasa capacidad económica son mecanismos de resolución más baratos y sencillos en consonancia con lo que está en juego. El proceso monitorio ha sido un movimiento adecuado en ese sentido, al punto que, de acuerdo con las estadísticas judiciales, en 2005 representaba 1/3 de los procedimientos civiles.

5. CONCLUSIONES

1) Por lo general, los mecanismos alternativos, como la mediación, el arbitraje o la conciliación, son superiores y más eficientes que los litigios porque, entre otras ventajas, implican menores costes, son más rápidos y eficaces y proporcionan remedios frente a ciertos agravios que de otra manera carecerían de tutela, de especial importancia para las personas de bajos ingresos o pretensiones de pequeña cuantía, y a menudo también es mejor para pacificar un conflicto. No obstante, en algunos supuestos, que se ilustran en el texto, las vías alternativas son inferiores a los pleitos.

2) La evidencia empírica disponible muestra que la frecuencia de los acuerdos es relativamente escasa en España en prácticamente todas las jurisdicciones. Las razones de esto proceden *a)* del sesgo a favor del deudor incumplidor que caracteriza al funcionamiento del sistema de justicia; las deficiencias benefician de hecho a los deudores, que se ven animados a incumplir sus obligaciones, primero, y no llegar a acuerdos después; *b)* del papel que desempeñan y los incentivos en que se mueven los profesionales del derecho (abogados y otros asesores jurídicos), que tienen menos hábitos negociadores e interés en los acuerdos, y *c)* de la renuencia de los jueces a fomentar los acuerdos, en parte debido a su escasa formación en estas materias, a que se trata de actividades con escaso reconocimiento en su estructura de recompensas y a errores sobre el papel del juez y sus percepción, que pudiera asociar su mayor intervención en la conciliación como un riesgo de «contaminación» en el caso y restar independencia si después tuviera que sentenciar sobre él.

3) Cuando las deficiencias de la justicia son graves y se agudizan, porque el sistema es muy lento, costoso, ineficaz, incierto e imprevisible, generan un efecto contradictorio. *a)* De una parte, inducen a no ir a la vía judicial –o a no reclamar–, que estimularía un uso de vías alternativas, pero eso sucede sólo *cuando opera en el interés de ambas partes, cuando ambas lo desean*. *b)* Pero a la vez esas deficiencias dan lugar en la práctica a un sesgo a favor de los deudores, que se sienten impunes y deciden incumplir sus obligaciones y con ello dan lugar a más conflictos, y fuerza a los acreedores a reclamar por la vía judicial sus créditos como única vía frente al demandado incumplidor. Ésa es la parte *endógena* de los litigios, consecuencia de las deficiencias de la justicia. El deudor en sentido lato, además de incumplir, carece de interés en llegar a un acuerdo antes o después de interpuesta la

trata tanto de que el sistema judicial y el jurídico en general redistribuya a favor de los que menos tienen cuanto asegurar que no hace justamente lo contrario. El análisis del impacto distributivo debe abordar tanto el contenido de las normas que configuran derechos y obligaciones y los remedios ante su trasgresión, cuanto –y yo diría, sobre todo– su aplicación efectiva, de la cual forma parte pero no agota el sistema de justicia.

demanda, dilatará la resolución y forzará la apelación y ejecución cuanto pueda. c) En otros casos la demanda de tutela judicial está motivada por factores tales como los reducidos costes de la apelación, el uso de los tribunales para labores administrativas o el subsidio indiscriminado y casi total de las tasas judiciales. Esa demanda de tutela es ineficiente y contribuye a generar una mayor dilación y congestión, con sus consiguientes efectos en las decisiones de cumplir o no las obligaciones, reclamar o llegar a un acuerdo.

4) Si con carácter general es recomendable fomentar la adopción de mecanismos alternativos, esto se ve acrecentado en España debido a la relativa escasez de los acuerdos y a fuerza de los específicos factores que los restringen. Existe un amplio campo de mejora en todos los órdenes en los que eventualmente pudieran terminar estas controversias, civil, penal, administrativo y contencioso-administrativo e incluso social. Para promover el uso de las vías alternativas habrá que incidir en la estructura de incentivos de los operadores –abogados y sus clientes, jueces y otros operadores del sistema– y actuar sobre los factores que inducen el efecto sesgado de la justicia a favor de los deudores en sentido amplio. Esto exige reducir la actual dilación, su coste e imprevisible resultado, el subsidio indiscriminado del uso de los tribunales o la escasa imposición de costas judiciales para que reflejen los costes infligidos a la parte que sufrió con la reclamación y el pleito.

5) Además del arbitraje, la conciliación o la mediación, en las que habitualmente se concentra la atención y esfuerzo, habría que fomentar la autocomposición entre las partes. Sería interesante implantar un proyecto piloto de arbitraje o de conciliación o mediación previa, que operaría de forma aneja a los juzgados, para facilitar los acuerdos.

Resumen

¿Es bueno –en términos de eficiencia y equidad– que haya más, que sean más frecuentes los mecanismos alternativos para la solución de las controversias (MASC)? ¿Por qué apenas prosperan en España? ¿Qué hacer para promoverlos? El propósito de este ensayo es responder a esas preguntas, y en el curso de dicha tarea se presenta brevemente una teoría de las controversias y su resolución y un breve panorama de los problemas de la justicia formal, elementos ambos necesarios para este análisis; la primera, para poder evaluar su bondad, explicar las causas de su escasa o excesiva presencia y predecir las consecuencias de la adopción de distintas formas de solución de las controversias, y el segundo, porque en el origen de los MASC, de su escasez en nuestro caso, y del excesivo número de demandas judiciales, está el deficiente funcionamiento de la justicia (aunque no siempre ni tanto cuanto se aduce), y porque la justicia se verá afectada, a su vez, por el desarrollo de las formas alternativas de resolución de conflictos.

Entre los resultados más destacados señalamos los siguientes. 1) Aunque, por lo general, los mecanismos alternativos, como la mediación, el arbitraje o la conciliación, son superiores y más eficientes que los litigios, la evidencia empírica disponible muestra que la frecuencia de los acuerdos es relativamente escasa en España en prácticamente todas las jurisdicciones. 2) Las razones de esto proceden: a) del sesgo a favor del deudor incumplidor que caracteriza al funcionamiento del sistema de justicia; las deficiencias benefician de hecho a los deudores, que se ven ani-

mados a incumplir sus obligaciones y no llegar a acuerdos; *b*) del papel que desempeñan y los incentivos en que se mueven los profesionales del derecho (abogados y otros asesores jurídicos), que tienen menos hábitos negociadores e interés en los acuerdos, y *c*) de la renuencia de los jueces a fomentar los acuerdos, en parte debido a su escasa formación en estas materias, a que se trata de actividades con escaso reconocimiento en su estructura de recompensas y a errores sobre el papel del juez y sus percepción, que pudiera asociar su mayor intervención en la conciliación como un riesgo de «contaminación» en el caso y restar independencia si después tuviera que sentenciar sobre él. 3) Además del arbitraje, la conciliación o la mediación, en las que habitualmente se concentra la atención y esfuerzo, habría que fomentar la autocomposición entre las partes. Sería interesante implantar un proyecto piloto de arbitraje o de conciliación o mediación previa, que operaría de forma aneja a los juzgados, para facilitar los acuerdos.