



José Manuel CASTILLO LÓPEZ

*Análisis económico del derecho y resolución alternativa de conflictos de
consumo: eficiencia y equidad*

DOI: [https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705\(ne2v3\)2022.ic-05](https://doi.org/10.34625/issn.2183-2705(ne2v3)2022.ic-05)

Secção I

Investigação Científica*

* Os artigos presentes nesta secção foram sujeitos a processo de revisão segundo o método *blind peer review*.

Análisis económico del derecho y resolución alternativa de conflictos de consumo: eficiencia y equidad

Economic analysis of law and alternative dispute resolution in consumer disputes: efficiency and fairness

José Manuel CASTILLO LÓPEZ¹

RESUMEN: Diversas instituciones públicas y privadas vienen señalando en las últimas décadas las deficiencias que presenta la Administración de Justicia en España y, en consecuencia, se han realizado propuestas de reforma, entre ellas, el establecimiento de sistemas alternativos de resolución de los conflictos (ADR) que, ineludiblemente, surgen entre las personas.

Ambos sistemas, en realidad, representan dos formas de resolver los conflictos sociales, de hacer justicia, pero en los que la observancia de las garantías jurídicas de los ciudadanos debe de estar reservada al Sistema Judicial, como procedimiento ordinario. Por tanto, las ADR no son mecanismos competidores en el sentido de excluyentes o alternativos, sino complementarios, que abren la posibilidad de que las empresas y los consumidores utilicen vías extrajudiciales para resolver sus conflictos.

La mediación en las actividades del consumo presenta, en relación con el sistema tradicional y ordinario de justicia, una serie de elementos que aconsejan su empleo pues pueden colaborar a la mejora de la eficiencia y de la equidad en la gestión de la Justicia en España y, por tanto, al aumento del bienestar de la mayor parte de la población. Nos referimos, sobre todo, al menor coste, menor duración, mayor transparencia y, por tanto, previsibilidad en la resolución de los conflictos y, además, estas ventajas se incrementarán con la incorporación de plataformas digitales a la gestión de estos procedimientos.

PALAVRAS-CHAVE: administração da justiça; resolução de conflitos; eficiência; equidade; segurança jurídica; consumo.

ABSTRACT: In recent decades, various public and private institutions have pointed out the deficiencies in the Administration of Justice in Spain and, consequently, reform proposals have been made, including the establishment of alternative dispute resolution systems (ADR) that, inescapably, they arise between people.

Both, in reality, represent two ways of solving social conflicts, of doing justice, but in which the observance of the legal guarantees of citizens must be reserved to the Judicial System, as an ordinary procedure. Therefore, ADRs are not competing mechanisms in the sense of exclusive or alternative, but complementary, which open the possibility for companies and consumers to use extrajudicial means to resolve their conflicts.

¹ José Manuel Castillo López es Profesor Titular del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Granada con docencia en la Facultad de Derecho, donde imparte Economía Política y Hacienda Pública.

Este estudio ha sido desarrollado con el apoyo del proyecto de investigación I+D DER2017-88501-P titulado “La mediación de consumo: hacia una construcción legislativa estatal y autonómica con arquitectura europea”, financiado por la Agencia Nacional Española de Investigación. El IP del Proyecto es el Doctor Fernando Esteban de la Rosa.

Mediation in consumer activities presents in relation to the traditional and ordinary system of justice a series of elements that advise its use as they can contribute to the improvement of efficiency and equity in the management of Justice in Spain and, therefore, to the increase of the well-being of the majority of the population. We refer, above all, to the lower cost, shorter duration, greater transparency and, therefore, predictability in the resolution of conflicts and, in addition, these advantages will increase with the incorporation of digital platforms to the management of these procedures.

KEYWORDS: administration of justice; conflict resolution; efficiency; equity; legal certainty; consumption.

INTRODUCCION

En España, en el nivel estatal la transposición del marco normativo europeo relativo a la resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, particularmente la Directiva 2013/11/UE. Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, ha tenido lugar a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, si bien, algunas Comunidades Autónomas también han legislado en este ámbito o, al menos, han articulado diversos procedimientos normativos con esa finalidad.

El Análisis Económico del Derecho pueden servir para fundamentar y explicar los procesos de toma de decisiones sobre la construcción de sistemas alternativos de solución de litigios en distintos ámbitos territoriales.

En consecuencia, en este capítulo, tras introducir brevemente el concepto del Análisis Económico del Derecho, analizo tres cuestiones fundamentales:

- La aplicación de este instrumento al estudio de los sistemas jurídico y judicial actuales y a los procedimientos alternativos de resolución de conflictos.
- Los puntos de análisis esenciales son la eficiencia y la equidad.
- Resumen, prevenciones teóricas y la consideración de las restricciones del marco institucional a la incorporación en nuestro ordenamiento jurídico de sistemas alternativos de solución de litigios en el consumo.

1. DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO FORMAL AL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LAS NORMAS JURÍDICAS, DE LA ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA Y DE LA CONDUCTA DE LOS OPERADORES

Recientemente y por con posterioridad al desarrollo del Análisis Jurídico Formal, que tiene por objeto una labor interpretativa el sistema jurídico en su globalidad o de cada uno de sus elementos normativos, particularmente, el

análisis e interpretación, la integración y sistematización de las normas jurídicas ha surgido el Análisis Económico de Derecho. Esta rama de la Economía estudia las motivaciones en el origen, los efectos de sus elementos y finalmente, las consecuencias económicas y sociales de la existencia de las normas, con aplicación y cumplimiento o no, por parte de los obligados.

Esencialmente, por tanto, Análisis Jurídico Formal y Análisis Económico del Derecho coinciden en sus objetivos, pero utilizan metodologías distintas².

Ocupa un lugar destacado en el Análisis Económico del Derecho la organización de la justicia como una administración pública, con sus inputs, mecanismos internos y outputs, sin olvidar las restricciones institucionales y, por supuesto, la racionalidad y evidencias empíricas de la conducta de los operadores jurídicos, genéricamente, jueces, abogados y usuarios.

Los conceptos de eficiencia, equidad, costes de transacción, externalidades, diseño de organizaciones, sanciones e incentivos, etc. proliferan en este tipo de literatura.

La incorporación de la metodología del Análisis Económico del Derecho a la revisión de los sistemas judiciales cuenta ya con una joven, pero intensa trayectoria. Los orígenes de estos planteamientos en la Ciencia Económica se encuentran en Ronald Coase, premio nobel de Economía, especialmente en su artículo denominado *The Problem of Social Cost*³ aunque también en otros igualmente relevantes como el titulado *The Nature of the Firm*⁴, frente a la prestigiosa e influyente obra de Arthur Cecil Pigou, *The Economics of Wealth*⁵ que propugna la intervención gubernamental en la resolución de los conflictos sociales mediante la regulación, señaladamente, los impuestos y las sanciones.

La traslación de las ideas de Coase a los conflictos judiciales acarrea que, cuando interviene la Administración de Justicia en la resolución de los conflictos una parte del coste es asumido por el Estado, pero, en realidad, se trata sólo de una pequeña porción pues la mayor está formada por los honorarios de

² MICELI, T. J. (2020): *The Economic Approach to Law*, Third Edition Stanford University Press (Electronic format).

³ COASE, R. H.: *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, (October, 1960, pp. 1-44).

⁴ COASE, R.H.: *The Nature of the Firm*, *Economica*, 4, november 1937, pp. 386-405.

⁵ PIGOU, A. (1912): *The Economics of Welfare*. Macmillan Publishers Limited.

abogados, peritaciones y preparación de pruebas, costes psicosociales y de oportunidad, etc. que son asumidos por las partes.

Por tanto, como planteamiento general, la resolución de un conflicto judicial con criterios de eficiencia y equidad puede llevarse a cabo, tras la fijación de los derechos de propiedad, mediante una simple negociación directa entre las partes afectadas, ya sea con o sin intervención de un tercero (árbitro, mediador, amigo, hombre bueno, etc.), bajo la única condición de la racionalidad económica y social, es decir, que el coste de acceder a la resolución del conflicto mediante la intervención de estos agentes sea inferior al coste de transacción, propio de la Administración de justicia ordinaria.

Los problemas y la consiguiente insatisfacción que ocasiona en los ciudadanos la congestión en los juzgados, y la correspondiente tardanza en la obtención de resoluciones definitivas, no pueden ser resueltas exclusivamente con medidas de oferta dirigidas a la Administración de Justicia, particularmente mediante el incremento de recursos y la mejora de su organización.

Señaladamente hay que tener en cuenta que los recursos utilizados en la Administración tienen restricciones institucionales y, sobre todo, costes de oportunidad.

Por el contrario, donde hoy cabe identificar el mayor margen de maniobra es en el lado de la demanda, es decir, en la reducción del número de usuarios y casos. Dicho de otro modo, el incremento de los conflictos y la elección de la vía judicial para su resolución está relacionado con el imperio burocrático que afecta sobre todo a los operadores de la Administración de Justicia, que se desenvuelven en los procedimientos con carácter monopólico, tal y como ocurre con los jueces, pero también y, sobre todo, con los abogados y procuradores.

Si el proceso judicial estuviera dotado de mayores dosis de información y transparencia hacia los usuarios les aportaría un mejor conocimiento y certidumbre sobre los resultados de los conflictos. En estas condiciones el número de solicitudes de acceso a los tribunales disminuiría sustancialmente, a lo que también puede colaborar la existencia de sistemas alternativos de resolución de conflictos, menos costosos y más equitativos respecto del proceso judicial, basados en diversas formas de materializar los acuerdos entre las partes.

Cuando interviene la Administración Judicial en la resolución de los conflictos se incurre en costes importantes, unos son asumidos por el Estado, pero otros lo son por las partes del litigio. Como consecuencia, desde el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, se puede incurrir en una mejora en la eficiencia del Sistema Judicial cuando, a través de procedimientos alternativos de resolución de litigios, el coste de acceder a esta resulta inferior al coste de transacción de la justicia ordinaria, incluidos los costes psicosociales y de oportunidad. Lógicamente esta eficiencia solo podrá ser asumida si el sistema adopta como restricción institucional fuerte la de equidad y seguridad jurídica en el desarrollo y el final de los procedimientos.

2. PUNTO DE PARTIDA: LA SITUACION Y PERCEPCIÓN SOCIAL DE LA ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA EN ESPAÑA

De forma reiterada durante las últimas tres décadas, una de las percepciones y quejas fundamentales de los españoles recogidas en las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS, varios años) se refieren a la organización y funcionamiento del Sistema Judicial y están relacionadas, en primer lugar, con la tardanza en la obtención de resoluciones judiciales definitivas (eficiencia), en segundo lugar, con la preocupación de que las decisiones estén influidas por la capacidad económica de las partes litigantes (equidad) y más recientemente por la corrupción (eficiencia y equidad).

La Administración de Justicia es el servicio público peor valorado por los españoles, solo superado en los últimos tiempos por la política, particularmente debido al gravísimo problema de la corrupción partidaria y administrativa.

En cuanto a los motivos por la disconformidad de la Administración de Justicia, paragómicamente, no es el principal el motivo la disconformidad con las sentencias y otras resoluciones judiciales, sino por el funcionamiento de los juzgados, es decir, oscurantismo para el administrado y, sobre todo, la lentitud: “Una justicia lenta no es Justicia”.

Es frecuente que ante los usuarios juzgados y abogados se atribuyan mutuamente la culpa de este estado de cosas.

Lo cierto es que, junto a los problemas de la Administración, por el lado de los abogados, existen una serie de instituciones y normas arcaicas que empeoran sustancialmente el acceso a la Justicia por parte de los ciudadanos,

entre otros, colegiación obligatoria de los abogados, la jura de cuentas, la venia, la obligada intervención de los procuradores en numerosos procedimientos, etc.

La resolución alternativa de litigios de consumo, a través de los diferentes métodos de solución disponibles, puede contribuir a la satisfacción de consumidores y empresas, a la mejora la eficiencia y, sin duda, resulta un importante complemento del sistema judicial para conseguir la tutela jurídica. Durante las últimas tres décadas una de las percepciones y quejas fundamentales de los españoles recogidas en las citadas encuestas del CIS se refieren a la organización y funcionamiento del Sistema Judicial y están relacionadas, en primer lugar, con la tardanza en la obtención de resoluciones judiciales definitivas (eficiencia), en segundo lugar, con la preocupación de que las decisiones estén influidas por la capacidad económica de las partes litigantes (equidad) y más recientemente por la corrupción (eficiencia y equidad).

Diversas instituciones como el Propio Consejo del Poder Judicial, los colegios de abogados pero, particularmente, los usuarios en los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS, varios años)⁶, presentan al Ejecutivo como la penúltima institución, entre las nueve peor valoradas por los ciudadanos y la última se trata de la Administración de Justicia: el 46,6% de los españoles percibe que “funciona mal o muy mal”, un 88,4% cree que “no facilita el mismo trato a todo el mundo” y al 50,6% “no le inspira confianza”.

La evolución temporal del malestar percibido por los ciudadanos con la Administración de Justicia crece en las últimas décadas. En comparación con otros servicios, el malestar percibido por los ciudadanos en la prestación de los servicios de defensa de la violencia contra la mujer y el resto de los servicios públicos desciende en la última década 2005-2014, por el contrario, la satisfacción por el funcionamiento de la Administración de Justicia empeora nítidamente,

Llama poderosamente la atención el escaso número de respuestas que muestran la disconformidad con las resoluciones judiciales (15,26%), respecto a las deficiencias en la atención a los ciudadanos (36,56%) y, sobre todo, la duración de los procedimientos (53,69%) (ineficiencia) y, finalmente, por parte

⁶ La metodología de los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas, así como su banco de datos y principales estudios se encuentran en: https://www.cis.es/cis/opencms/ES/11_barometros/metodologia.html

de los abogados, la deficiente conducta deontológica (35,5%), lo que determina en última instancia que el contenido de las resoluciones judiciales quede influido por la capacidad económica de los litigantes (inequidad).⁷

Como el bienestar de los españoles está influido poderosamente por el acceso y el funcionamiento de la justicia está justificado y recomendado la realización de reformas en este ámbito. El fortalecimiento de ese bienestar puede obtenerse mediante la habilitación de sistemas alternativos a la justicia tradicional impartida por los órganos jurisdiccionales y, precisamente, éste es uno de los propósitos del nuevo marco europeo de resolución alternativa y en línea de litigios de consumo, pues todos los Estados miembros están obligados a garantizar que los consumidores pueden plantear reclamaciones de consumo ante entidades certificadas.

¿Pero quiénes son los responsables de este estado de cosas, los juzgados o los abogados?

Cualquiera que haya tenido alguna experiencia, no plena mente satisfactoria, con la Administración de Justicia y al Sistema Judicial muy probablemente haya escuchado la culpabilización mutua de estas deficiencias entre unos y otros.

Pues bien, o mal, según se mire, actualmente la profesión de abogado goza de una serie de privilegios respecto a los otros ciudadanos y la profesión se rigen por una serie de normas que en algunos aspectos los sitúan próximos a algunas instituciones medievales.

Entre otros, la colegiación obligatoria, la venia, la jura de cuentas, la figura y el papel del procurador, etc. dificultan el acceso de los ciudadanos al servicio público de la Justicia.

Existía consenso en la sociedad española, incluidos los miembros de la Administración de Justicia, el resto de los operadores jurídicos y otros expertos, sobre las deficiencias de nuestro sistema judicial, coincidiendo no solo en los

⁷ La mayor parte de las cifras e indicadores que utilizamos en Economía no miden exacta o registralmente el concepto a que se refieren (desempleados, presupuestos familiares, IPC, etc.) y por tanto sus valores absolutos carecen apenas de significación. Lo relevante es mantener la misma metodología para evaluar su evolución o, para realizar comparaciones espaciales, verificar que en todos los lugares se utilizan las mismas metodologías. Por esta razón aquí hemos escogido en los resultados de las encuestas, no los valores absolutos, si no los porcentajes sobre el total de cada una de las respuestas alternativas en cada ítem.

principales aspectos o problemas que presenta la Justicia en España sino incluso en sus soluciones.

Así fue recogido en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia firmado en el año 2001 por PP y PSOE⁸.

Los españoles, comenzando por quienes dedican la vida al servicio de la Justicia, demandan inequívocamente un esfuerzo substancial en la mejora y modernización de nuestro sistema judicial.

Carencias tradicionales, sumadas a las nuevas exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y compleja y al incremento de la litigiosidad, obligan a acometer las reformas necesarias para ello.

Es deseable que la Justicia actúe con rapidez, eficacia y, calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales.

Pero el resultado de este Pacto, analizado quince años con posterioridad, no es nada confortable.

En efecto, como señala el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS, varios años), respecto al funcionamiento de la Administración de Justicia, sólo un 10,2% de los encuestados se siente “bastante satisfecho o muy satisfecho”, en tanto que el 78% contesta que está “poco satisfecho” y el 38,3% se siente “nada satisfecho”, resultando estas opiniones sustancialmente diferentes a lo que sucede con otros servicios públicos como ocurre, por ejemplo, la sanidad o la educación.

Como el bienestar de los españoles está influido poderosamente por el acceso y el funcionamiento al servicio público de la justicia se precisan reformas en este ámbito. El fortalecimiento de ese bienestar puede obtenerse mediante la

⁸ PP y PSOE (2001): Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. Congreso de los Diputados. Ciclostilado.

habilitación de sistemas complementarios a la justicia tradicional impartida por los órganos jurisdiccionales.⁹

3. ¿MAS MEDIOS PARA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA O IMPLANTACION DE SISTEMAS ALTERNATIVOS? (¿OFERTA O DEMANDA?)

Los problemas exhibidos y la consiguiente insatisfacción en los ciudadanos que ocasiona la congestión en los juzgados y la correspondiente tardanza en la obtención de resoluciones definitivas no pueden ser perseguidas exclusivamente con medidas de oferta dirigidas a la Administración de Justicia, particularmente mediante el incremento de recursos y la mejora de su organización. Sin despreciar las posibilidades que ofrece esta vertiente, donde hoy cabe identificar el mayor margen de maniobra es en el lado de la demanda, es decir, en la reducción del número de usuarios.

Por tanto, el número de solicitudes de acceso a los tribunales disminuiría sustancialmente con el desarrollo y establecimiento de sistemas alternativos de resolución de conflictos, menos costosos respecto del proceso judicial, basados en diversas formas de materializar los acuerdos entre las partes.

Ahora bien, la base institucional de la que partimos y que resulta compatible, al menos, con los resultados parciales de nuestra investigación es que la justicia ordinaria tiene fallos que inexorablemente hay que corregir, ahora bien, desde una óptica global y técnico científica los sistemas alternativos de resolución de litigios (ADR) no pueden considerarse como competidores en el sentido de alternativos del sistema judicial ordinario. Ambos, en realidad, representan dos formas de resolver los conflictos sociales, de hacer justicia, pero en los que la observancia de las garantías jurídicas de los ciudadanos debe de estar reservada al Sistema Judicial.

En definitiva, los sistemas alternativos de resolución de litigios pueden contribuir a optimizar la eficiencia en la administración de la justicia mediante la inclusión del mecanismo de los acuerdos voluntarios entre las partes, menos costosa y lenta que la jurisdicción ordinaria¹⁰. Ahora bien, sin poner en peligro la

⁹ CABRILLO, FRANCISCO: La economía de la administración de justicia. Ed. Civitas, Madrid, 2011.

¹⁰ KAPLOW, L. (1986): An Economic Analysis of Legal Transitions. Harvard Law Review. Vol. 99, N° 3 (Jan. 1986), pp. 509-617 (109 pages). Published By: The Harvard Law Review Association.

igualdad de todos los ciudadanos al acceso a la Justicia. y con la ineludible salvaguarda de la seguridad jurídica, basada en la posibilidad que de no producirse el acuerdo voluntario entre las partes esté garantizada la posibilidad de acceso a la justicia ordinaria.

4. COMPARACIÓN, ENTRE OTROS, DEL GRADO DE EFICIENCIA Y EQUIDAD QUE PROPORCIONAN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL ORDINARIO, EL ARBITRAJE DE CONSUMO Y LA MEDIACIÓN DE CONSUMO

El catálogo de métodos de solución de conflictos que se pueden utilizar para resolución alternativa de litigios de consumo es bastante amplio. Cabe distinguir los métodos de solución autocompositivos y heterocompositivos. Las formas autocompositivas son principalmente la negociación, la mediación y la intermediación, que en general se caracterizan por la participación de las partes en la generación del acuerdo que pone fin al conflicto. Las formas heterocompositivas incluyen los métodos de solución en los que interviene un tercero que pone fin al litigio. Entre estas formas se encuentra el método del arbitraje, caracterizado porque la solución del tercero resulta vinculante para ambas partes. Pero la solución también puede ser vinculante solo para una parte o tener el carácter de un mero informe que no vincula a ninguna de ellas.

El análisis económico de la conducta de los agentes y de los procedimientos judiciales ha sido objeto de estudio de forma prolija por el Análisis Económico del Derecho¹¹ y hoy alcanza un alto nivel de desarrollo. Conforme han ido apareciendo y poniéndose en funcionamiento los denominados sistemas alternativos de resolución de conflictos se han desarrollado investigaciones con el objetivo de comparar sus elementos fundamentales con los equivalentes del sistema tradicional de justicia.

Como puede observarse en el cuadro siguiente, la mayor parte de los componentes de los conceptos de eficiencia y equidad son favorables al sistema de mediación y en general a los métodos alternativos.

Mi examen lo centro en la comparación entre el sistema judicial ordinario, la mediación y el arbitraje de consumo, como exponentes principales de los diferentes métodos de solución. Como los elementos a comparar son muy

¹¹ SCIENCIA, L. AND PINHEIRO, D. (2018) Analysis of negotiation strategies between buyers and sellers: an applied study on crop protection products distribution. RAUSP Management Journal. Vol.53 nº 2 São Paulo Apr. /June 2018.

numerosos vamos a centrarnos en algunos elementos que permiten medir el grado de eficiencia y de equidad logrado en cada caso. Con la mejora de la eficiencia me refiero a la reducción de los costes de todo tipo en los que hay que incurrir para la obtención de una resolución o sentencia, incluidos los costes de oportunidad, costes psíquicosociales o imagen pública.

Por equidad entiendo el sentido de la resolución, es decir, a quién beneficia.

COMPARACION DE LA EQUIDAD Y EFICIENCIA ENTRE TRIBUNALES,
MEDIACION Y ARBITRAJE EN EL CONSUMO

	TRIBUNALES	MEDIACION	ARBITRAJE
EFICIENCIA			
<u>General</u>	<u>Voluntario/ Obligatorio</u>	Voluntariedad para ambas partes	Voluntario por ambas partes
<u>Vinculación</u>	<u>Vinculante</u>	Vinculante/ No vinculante	Vinculante/No vinculante
<u>Elección de tercero</u>	<u>Elección por la Ley</u>	<u>Voluntario</u>	<u>Voluntario</u>
<u>Flexibilidad y rapidez</u>	<u>Procedimiento estandarizado</u>	Mayor flexibilidad y menor rapidez	Menor flexibilidad y mayor rapidez
<u>Duración</u>	<u>Indeterminado</u>	Menor duración	Menor duración
<u>Ejecución de la resolución</u>	<u>Ultima instancia (provisonal)</u>	Ejecutable	Ejecutable
EQUIDAD			
<u>Confidencialidad/Publicidad</u>	<u>Publicidad</u>	Confidencialidad	Confidencialidad
<u>Dirección del procedimiento</u>	<u>El juez</u>	Las partes y el mediador	Las partes y el árbitro
<u>Costes de transacción</u>	<u>Elevados</u>	<u>Menores</u>	<u>Menores</u>
<u>Transparencia</u>	<u>Escasa</u>	<u>Más alta</u>	<u>Escasa</u>
<u>Corrupción</u>	<u>Alta</u>	<u>Menor</u>	<u>Alta y menor</u>
<u>Influencia del poder económico,</u>	<u>Alto</u>	<u>Alto pero menor</u>	<u>Alto pero menor</u>
<u>Interés de abogados y otros</u>	<u>Alto</u>	<u>Menor</u>	<u>Menor</u>
<u>Grado de cumplimiento de las resoluciones</u>	<u>Medio</u>	Alto grado de cumplimiento	Medio
<u>Control de las partes</u>	<u>Medio</u>	Alto	<u>Medio</u>
<u>Colaboración con el tercero</u>	<u>Bajo</u>	Colaboración y creatividad	<u>Bajo</u>

Fuente: Elaboración propia a partir de la bibliografía y experiencias disponibles (2019)

4.1. EFICIENCIA

Los costes públicos de un juicio de menor cuantía de 600 euros son por término medio de 3.000 euros y de los asuntos derivados por la Administración de Justicia a la mediación el 75% termina con acuerdo.

Las costas o gastos para las partes de los procedimientos de un juicio de menor cuantía se cifran aproximadamente en 2.000 euros, tanto para el demandante como para el demandado.

Por su parte, los costes monetarios de una mediación para ambas partes de un litigio como el señalado se aproximan a los 1.200 euros. No se incluyen aquí los costes de oportunidad ni psicológicos del procedimiento que dependen fundamentalmente de la duración de los procedimientos.

El coste para las partes del arbitraje de consumo es cero, porque el sistema español establece un sistema de gratuidad para el consumidor, pero también para el empresario. Pero el coste real para la Administración de Justicia de cada reclamación se cifra en unos 1.600 euros.

En el Libro blanco de la Mediación en Cataluña un estudio realizado para esta Comunidad se concluye que si se redujeran los casos de procedimiento judiciales en un 20% se conseguiría un ahorro para la Administración de Justicia en la Comunidad autónoma de 4 millones de euros anuales.

Por supuesto, entre los costes reales no estrictamente monetarios, aunque evaluables, hay que incluir los asociados a la duración de los procedimientos. En este caso, la duración del procedimiento de mediación es sustancialmente inferior a la del judicial.

4.2. EQUIDAD

La equidad de los procesos judiciales ordinarios es una de las deficiencias señaladas tanto por los expertos como por los usuarios. En este caso, tanto el manejo del procedimiento, “igualdad de armas”, como el resultado de la resolución ejecutiva dependen en gran medida de la capacidad económica de las partes y, claro está, dada la similitud de su estructura con la del arbitraje aquí se reproduce la misma previsión.

Unos de las principales causas de la inequidad del Sistema Judicial es la corrupción pública. En este sentido, la independencia judicial es un requisito

imprescindible para la reducción de la corrupción y, en consecuencia, para que tanto el sistema judicial como el sistema económico se doten de un alto nivel de eficiencia, que contribuiría a la consecución de un sistema de competencia y reparto de beneficios basados en los méritos de los agentes económicos y no, en cambio, en sus influencias (equidad).

Aunque independencia y transparencia del sistema judicial no son homónimos es cierto que un requisito imprescindible para la primera es un sistema transparente. De hecho, una buena parte de los indicadores sobre corrupción en los distintos países no se obtienen evaluando las sentencias y otras resoluciones judiciales puesto que resulta obvio que “ni están todos lo que son ni todos los que son están”, sino mediante la transparencia en las actividades de las administraciones, entre los más importantes el Índice de Transparencia Internacional.

Sin embargo, en el procedimiento de la mediación, en todas las hipótesis de asunción de las cargas, resulta el más equitativo, en tanto que ninguna de las partes está obligado a finalizar el procedimiento ni, por tanto, a aceptar la resolución, si la considera injusta. También la “desigualdad de armas” puede ser mitigada por la intervención de un mediador equitativo.

CONCLUSIONES

Las entidades, organismos y empresas que han desarrollado en España tareas de mediación en los conflictos en las relaciones entre las empresas y los consumidores en las últimas décadas tanto por iniciativa propia como por exigencias legales son muy numerosas y diversos los procedimientos. La simple tarea de su sistematización constituye un trabajo de investigación pendiente, pero para el que se requiere una ingente cantidad de recursos.

El nuevo marco que se ha dado la Unión Europea para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo está conformado esencialmente por la Directiva 2013/11/UE de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y el Reglamento 524/2013/UE, de 21 de mayo, de resolución en línea de litigios de consumo. Este marco normativo es el que ha sido objeto de transposición al sistema español a través de la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, y en conjunto, claro está, suponen una nueva base

institucional en la que en adelante se van a desarrollar las actividades de mediación en los litigios que surjan en las actividades de consumo.

Diversas instituciones públicas y privadas vienen señalando en las últimas décadas las deficiencias que presenta la Administración de Justicia en España y del mismo modo se han realizado propuestas de reforma, si bien desde una óptica global y técnico científica los sistemas alternativos de resolución de litigios (ADR) no pueden considerarse como competidores en el sentido de alternativos del sistema judicial ordinario.

Ambos, en realidad, representan dos formas de resolver los conflictos sociales, de hacer justicia, pero en los que la observancia de las garantías jurídicas de los ciudadanos debe de estar reservada al Sistema Judicial. Por tanto, las ADR no son mecanismos competidores en el sentido de excluyentes o alternativos, en sentido estricto, sino complementarios que abren la posibilidad de que las empresas y los consumidores puedan utilizar vías extrajudiciales, más ágiles y baratas en comparación con el proceso judicial ordinario, para poner fin a sus litigios y reclamaciones

Las pioneras portaciones de Coase recogidas hoy por el Análisis Económico del Derecho y aplicadas al Sistema Judicial postula, como planteamiento general, que la resolución de un conflicto con base en criterios de eficiencia y equidad puede llevarse a cabo, tras la fijación de los derechos de propiedad, mediante una simple negociación directa entre las partes afectadas, ya sea con o sin intervención de un tercero (árbitro, mediador, amigo, hombre bueno, etc.), bajo la única condición de que el coste de acceder a la resolución del conflicto mediante la intervención de estos agentes sea inferior al coste de transacción y, a partir de aquí:

La mediación en las actividades del consumo presenta en relación con el sistema tradicional de justicia una serie de elementos que aconsejan su empleo, pues pueden colaborar a la mejora y eficiencia de la gestión de la Justicia en España y, por tanto, al aumento del bienestar de la mayor parte de la población. Nos referimos, sobre todo, a menor coste, menor duración, mayor transparencia y, por tanto, mejora de la previsibilidad en la resolución de los conflictos y, además, estas ventajas se incrementarán con la incorporación de plataformas digitales a la gestión de estos procedimientos.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. (2018): La transposición de la Directiva 2013/11/UE al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 7/2017 de 2 de noviembre, en I. Barral Viñals (editora), La resolución de conflictos con consumidores: de la mediación a las ODR”, Madrid, Reus, pp. 41-74.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. (2018): Estado y comunidades autónomas en la transposición de la directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo. Delimitación competencial, en F. Esteban de la Rosa (dir.) y O. Olariu (coord.) La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR), Aranzadi, 2018, pp. 230-233.

BARRAL VIÑALS, IMMACULADA (2010): La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR. Revista de Internet. Derecho y Política de la UOC. Num, 11.

CABRILLO, FRANCISCO (2011): La economía de la administración de justicia. Ed. Civitas, Madrid, 2011.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS. Barómetro. Varios años.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2014): Boletín de Información Estadística, Nº 38.

COASE, R. H.: The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics, Vol. 3, (October. 1960, pp. 1-44).

COASE, R.H.: The Nature of the Firm, Economica, 4, november 1937, pp. 386-405.

COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA (2021): informe de supervisión del proceso de resolución alternativa de litigios entre comercializadores y consumidores de energía eléctrica y gas natural. Expediente IS/DE/017/20. www.cnmc.es

CASTILLO LOPEZ, J.M. (1999): La Reforma Fiscal Ecológica. Editorial Comares. Granada.

COMISION EUROPEA (2021): Resolución alternativa de litigios de consumo: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/resolve-your-consumer-complaint/alternative-dispute-resolution-consumers_es.

ESTEBAN DE LA ROSA, F. (2018): El sistema español de resolución alternativa de litigios de consumo y la nueva Ley 7/2017, de 2 de noviembre, en F. Esteban de la Rosa (director) y O. Olariu (coordinadora), La resolución de conflictos de consumo. La adaptación del Derecho español al marco europeo de resolución alternativa (ADR) y en línea (ODR), Pamplona, Aranzadi, 2018, pp. 81-106.

FERNANDO ESTEBAN DE LA ROSA, F (Dir.) (2021): Justicia digital, mercado y resolución de litigios de consumo. Innovación en el diseño del acceso a la justicia. Aranzadi.

GUTIÉRREZ LÓPEZ, F. (2016): Gasto público y funcionamiento de la Administración de Justicia en España entre 2004 y 2013. Especial referencia a la Comunidad Autónoma

de Andalucía. Comparativa con otros países europeos. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla 2016.

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, ASUNCION (2020): Una Experiencia Paradigmática: el Arbitraje de Consumo On Line en el marco del Sistema Español de Protección de los Consumidores. Revista de derecho Universidad de Valencia, pp. 249-273.

JUNTA DE ANDALUCIA. (2021) Consumo responde: <https://www.consumoresponde.es/mediación-consumo>.

KAPLOW, L. (1986): An Economic Analysis of Legal Transitions. Harvard Law Review. Vol. 99, Nº 3 (Jan. 1986), pp. 509-617 (109 pages). Published By: The Harvard Law Review Association.

KATSH, E y RABINOVICH-EINY, O (2017): Digital Justice, Technology and the Internet of Disputes, Oxford University Press.

LOPERENA, J.M. (2003): La Justicia tiene un precio. El Mundo (26-04-2003).

MICELI, T. J. (2020): The Economic Approach to Law, Third Edition Stanford University Press (Electronic format).

OSTAS, Daniel (2008): Postmodern economic analysis of law: Extending the pragmatic visions of Richard A. Posner. American Business Law Journal 36(1), : June 2008 ,193 – 238 DOI:10.1111/j.1744-1714.1998.tb01019.x University of Oklahoma.

PP y PSOE (2001): Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia. Congreso de los Diputados. Ciclostilado.

POSNER, RICHARD (1973): “Economic Analysis of Law”, Little Brown, Boston/Toronto.

PIGOU, A. (1912): The Economics of Welfare. Macmillan Publishers Limited.

ROMÁN MÁRQUEZ, ALEJANDRO (2017): La mediación como instrumento para la resolución extrajudicial de conflictos de consumo en el ámbito turístico. Revista Internacional de Derecho del Turismo. Nº. 1, 2017, págs. 57-92

SANCHEZ GRAELLS, A. (2017). Economic analysis of law, or economically-informed legal research. In D. Watkins, & M. Burton (Eds.), Research Methods in Law (2nd ed.).

SCIENCIA, L. AND PINHEIRO, D. (2018): Analysis of negotiation strategies between buyers and sellers: an applied study on crop protection products distribution. RAUSP Management Journal. Vol. 53 no.2 São Paulo Apr. /June 2018.

VILLALTA NICUESA, A.E. (2014): Las reclamaciones de consumo en Cataluña y el Sistema de mediación institucional. Análisis del Decreto 98/2014, de 8 de julio, sobre el procedimiento de mediación en las reclamaciones de consumo a la luz de la normativa comunitaria y estatal, 2014(4) Indret, 1-27.

YOUR EUROPE (2021): Resolución de litigios alternativa en línea. https://europa.eu/youreurope/business/dealing-with-customers/solving-disputes/online-dispute-resolution/index_es.htm.

WARBURTON, C. E.S. (2020): Economic Analysis and Law. The Economics of the Courtroom. Published July 15, 2020 by Routledge.

Data de submissão do artigo: 17/09/2021

Data de aprovação do artigo: 07/01/2022

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt