

# InDret

## *ABC de la transacció*

**Pablo Salvador Coderch**  
Facultat de Dret  
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper núm: 101  
Barcelona, octubre de 2002

[www.indret.com](http://www.indret.com)

## ***Sumari***

- [1. Fonts i literatura](#)
- [2. El model clàssic de litigació: els costos de litigar](#)
- [3. L'optimisme com a obstacle a la transacció: l'asimetria d'informació entre les parts](#)
- [4. Abús processal: garbellat de demandants](#)
- [5. Reducció de l'asimetria d'informació: la institució de la discovery i la inversió en preparar la defensa del cas](#)
- [6. Costos d'agència: la relació advocat-client i la transacció](#)
- [7. Costes i transacció](#)
- [8. Càrrega de la prova i transacció](#)
- [9. Transacció i altres instruments de resolució alternativa de disputes \(Alternative Dispute Resolution\)](#)
- [10. Anàlisi normativa de la transacció](#)
- [11. Bibliografia](#)

## ***Abstract***

*La transacció permet a les parts d'una relació jurídica resoldre els conflictes que hi hagi entre elles amb l'avantatge mutu de l'estalvi dels costos de litigar. Partint del model estàndard de litigació, elaborat durant la dècada dels anys setanta i inicis dels vuitanta del segle passat, el treball persegueix incorporar a la doctrina legal espanyola les aportacions més significatives de la teoria de la negociació i de la resolució alternativa de conflictes, se centra en les qüestions relacionades amb l'asimetria de la informació i finalitza amb una anàlisi normativa de la transacció.*

## **1. Fonts i literatura**

En el dret espanyol, la transacció està regulada al Codi civil de 1889 (arts. 1809 i ss. CC) i a la Llei d'Enjudiciament Civil de 2000 (art. 19 i concordants LEC).

El CC defineix la transacció com aquell “contracte pel qual les parts, donant, prometent o retenint cadascuna alguna cosa, eviten la provocació d'un plet o donen fi a aquell que havia començat” (art. 1809 CC). La transacció pot ser judicial o extrajudicial segons les parts la duguin o no al procés per a la seva homologació judicial.

La LEC regula la transacció quan tracta del dret de disposició dels litigants sobre l'objecte del judici (art. 19.1 LEC). La transacció judicial és homologada per una interlocutòria del tribunal que estigui coneixent del litigi (art. 19.2 LEC), després d'haver examinat la “capacitat jurídica” [*rectius*: d'obrar] i el “poder de disposició de les parts o dels seus representants” (art. 415.1 LEC). “L'acord homologat judicialment”, segueix dient la llei processal, “podrà dur-se a efecte pels tràmits previstos per a l'execució de les sentències i convenis judicialment aprovats” (art. 415.2 LEC). La resolució judicial que aprova o homologa una transacció judicial és títol executiu (art. 517.3 LEC).

A la literatura jurídica espanyola, l'obra de referència sobre el tema continua sent l'excel·lent llibre del catedràtic de dret civil i magistrat del Tribunal Suprem Antonio Gullón Ballesteros, titulat *La transacció* i publicat l'any 1964 per l'*Instituto Nacional de Estudios Jurídicos* (Gullón (1964)). En els anys posteriors, els temes objecte d'estudi, així com la metodologia de l'anàlisi doctrinal mateixa, han estat substancialment fidels als plantejaments dogmaticojurídics de la monografia citada (vegin-se, per ex., entre els més destacats: Gullón (1991), Albaladejo (1997), Lacruz/Rivero (1999), Corbal (2000) i Carrasco (2001); en la literatura processal, Peláez (1987), Fernández-Ballesteros (2000), Pérez-Cruz (2000), De la Oliva (2001) i Cordón (2001)).

Però des d'inicis de la dècada dels anys setanta, l'anàlisi de la transacció (*out-of-court settlement*) ha donat passes de gegant. Partint del model estàndard de litigació, inicialment elaborat per Landes (1971), Gould (1973), Posner (1973) i Shavell (1982), l'aplicació de la teoria de jocs i de la negociació ha resultat en una massa ingent de literatura bona part de la qual és d'utilitat analítica i pràctica innegable (vegin-se les síntesis de Cooter/Rubinfeld (1989), Miller (1996), Cooter (1999), Hay/Spier (1998); Miceli (1999) i Daughety (2000)). A les facultats de dret i escoles de negocis americanes, el *casebook* de referència sobre resolució alternativa de conflictes és Goldberg/Rogers/Frank/Rudolph Cole (2002).

## **2. El model clàssic de litigació: els costos de litigar**

Els contractes permeten incrementar la utilitat de les parts que els celebren i compleixen (Shavell (1998), 436). Analíticament, la transacció pot entendre's com un contracte de compravenda de la pretensió en litigi –discutida o dubtosa– de l'actor al demandat: si el cas es transigeix, el preu

serà l'establert a la transacció i la contraprestació, l'alliberament del demandat dels termes originàriament pretesos per l'actor; però si la transacció fracassa – o ni tan sols s'intenta-, el cas va a plet i el Jutge resol a favor de l'actor, el preu serà el fixat a la sentència condemnatòria i la contraprestació que obté el demandat, l'efecte de cosa jutjada; en darrer terme, si aquest és absolut, el preu és zero i la discussió quedarà igualment conclosa (Miller (1996), 14; Shavell (1995), 10-11).

Les pretensions judicials objecte de les transaccions són actius diferents de la majoria dels drets que es compren i es venen, en el sentit que el valor d'una *res dubia vel controversa* és normalment més difícil d'estimar que el de qualsevol dret no posat en dubte. No obstant, observi's que la qüestió és de grau: tots els drets estan subjectes a incertesa. De vegades s'apunta a una segona característica de les transaccions dubtoses quan es diu que ocorren sempre en una situació de monopoli bilateral: el potencial actor només pot vendre la seva pretensió al possible demandat, perquè no pot aixecar-se de la taula de negociació i anunciar la seva intenció de vendre a un tercer (Miller (1996), 18-19). Certament, encara que la venda d'una pretensió judicial és tradicionalment malvista per la llei (cfr. art. 1535 CC per a la venda de crèdits litigiosos), el tràfic d'actius dubtosos o discutits és a l'ordre del dia. Novament, es tracta d'una qüestió de grau.

El model clàssic de litigació té una base intuïtiva clara: davant d'un plet de dret privat, les parts tenen gairebé sempre l'alternativa de transigir (cfr. art. 751 LEC) i com que, en principi, transigir és més barat que litigar, ambdues tenen una bona raó per a la transacció: sempre que els costos privats del plet superin els de la transacció, l'estalvi consegüent pot repartir-se entre elles amb avantatge mutu (*“Val més un arranament dolent que un bon plet”*). De fet, la immensa majoria dels conflictes es resolen extrajudicialment: a la realitat social, les parts fan i suporten gairebé tot abans de veure's abocades a la maledicció d'un litigi judicial (*“Tinguis plets i els guanyis!”*).

El model clàssic explica per què això és així, és a dir, per què la immensa majoria dels conflictes no es litiguen. Els desenvolupaments posteriors, als quals ens referirem *infra* a l'apartat 3 i següents d'aquest treball, van sorgir precisament per explicar per què no es transigeixen *tots* els casos en què l'arranjament és *a priori* possible.

Suposi's un plet actual o imminent de reclamació de quantitat per un crèdit pecuniari. Tal i com hem assenyalat, una transacció presentaria per a les parts l'avantatge de l'estalvi dels costos del plet: les parts podrien dividir-se la quantitat estalviada entre elles amb avantatge per a ambdues. Així doncs, és d'esperar un recorregut d'importos possibles de transacció (*range of settlement amounts*) que deixa a les parts en millor posició que un plet:

Suposi's, amb Hay/Spier ((1998), 442), que si el cas va a plet, la probabilitat que el demandant prevalgui és de 0,75, que la condemna a indemnitzar serà per un import de 100.000 €. La indemnització esperada serà de  $0,75 \times 100.000 = 75.000$  €. Els costos del plet són de 10.000 € per a cadascuna de les parts. Si aquestes són neutrals al risc, qualsevol transacció entre 65.000 € i 85.000 € deixarà a les parts en millor posició que la que resultaria per a elles del plet: el guany esperat net per al demandant és de  $75.000 - 10.000 = 65.000$ ; i la pèrdua esperada neta per al demandat és de  $75.000 + 10.000$ .

Observi's que el guany net possible de la transacció per oposició al plet és de 20.000 € i que, a l'exemple, hem assumit que els costos de litigar eren els mateixos per a cadascuna de les parts -10.000 €, així com

que la transacció tenia costos zero. Aquesta assumpció és molt simplista, perquè, amb freqüència, els costos de litigar seran majors per a una part que per a l'altra. Si l'arranjament consisteix en partir la diferència entre els costos del plet i la transacció, la part que té menors costos de litigació resultarà afavorida per l'acord. Vegi's al respecte els epígrafs 7 i 8 d'aquest treball.

Com indica l'assignació d'una probabilitat al resultat del plet, aquest sempre és més o menys atzarós i si, modificant l'assumpció de neutralitat al risc, suposem que les parts són averses al risc, l'atractiu de la transacció encara és més gran: quant més pessimista sigui una part, més baixa serà la seva estimació de la probabilitat de prevaler en el procés i més propensa serà a un arranjament transaccional. Típicament, l'agent social dotat de recursos econòmics i subjecte amb certa freqüència a l'eventualitat d'un procés judicial (per ex., una companyia d'assegurances) tendirà a ser més neutral al risc que el subjecte menys ric o litigant ocasional (un assegurat individual): la utilitat de les persones creix menys proporcionalment que la seva renda i la litigació recurrent pot ser tractada amb criteris de càlcul actuarial. Vegi's el que s'assenyala *infra* a l'epígraf 10.

La naturalesa atzarosa del resultat d'un plet enfront la certesa del d'una transacció complica la qüestió de les actituds davant del risc. Estudis empírics han posat de manifest que moltes persones avaluen riscos a partir de la seva dotació patrimonial històrica i que ho fan de forma diferent segons es tracti del risc de guanyar o de perdre: són averses al primer, però propenses al segon. Si a això se suma el fet que, freqüentment, molta gent prefereix la certesa de guanyar 50 a la probabilitat 0,5 de guanyar 100, però que, al mateix temps, prefereix la mateixa probabilitat de perdre 100 a la seguretat de perdre 50 ("*loss aversion*"), llavors molts demandants aversos al risc preferiran transigir a litigar, però els seus demandats faran el contrari, perquè preferiran la pèrdua probable derivada del litigi a la segura resultant de la transacció (Kahneman/Tversky (1979), Rachlinski (1996), citats per Cooter/Ulen (1999), 395).

Una formalització senzilla del model clàssic de la transacció és l'oferta per Miceli (1999):

Sigui  $P_p J - C_p$  el valor esperat del plet per a l'actor. On  $P_p$  és l'estimació que fa l'actor de la seva probabilitat de guanyar el plet;  $J$ , el guany del plet fixat pel Jutge; i  $C_p$ , el cost del plet. Suposem que el valor de  $P_p J - C_p$  és positiu.

Així mateix, sigui  $P_d J + C_d$  el valor esperat del plet per al demandat, on  $P_d$  és l'estimació que el demandat realitza de les probabilitats que el demandant té de guanyar el plet;  $C_d$  és el cost del plet per al demandat. Assumim, en aquest cas, que  $J$  és igual per a ambdues parts: si en alguna cosa estan d'acord és en el valor de l'objecte del plet. A més a més,  $J$  no depèn de les probabilitats d'èxit de cada part. Ambdues estan, a més a més, perfectament informades de les seves respectives probabilitats d'èxit.

Una transacció anterior al judici (*pre-trial settlement*) exigeix un pagament  $S \geq 0$ . Suposem que els costos de transigir són nuls. El demandant acceptarà  $S$  en comptes del judici si  $S \geq P_p J - C_p$  i el demandat farà allò propi si, en valors absoluts,  $S \leq P_d J + C_d$ .

Exemple:

Si  $P_p = 0,6$ ;  $J = 100$  i  $C_p = 15$ , llavors,  $S > (60 - 15)$ , és a dir,  $S > 45$ .

I si  $P_d = 0,4$ ;  $J = 100$ ;  $C_d = 10$ , llavors,  $S < (40 + 10)$ , és a dir,  $S < 50$ .

Hi ha doncs un interval,  $45 < S < 50$  que permet a les parts transigir amb avantatge mutu.

Combinant ambdues condicions, tenim la condició necessària de la transacció:

$$P_d J + C_d \geq P_p J - C_p$$

O bé, (1):

$$C_p + C_d \geq (P_p - P_d) J$$

Si aquesta condició es compleix, existirà un valor d'S que és mútuament acceptable per a actor i demandada: hi ha un interval en què la transacció és possible.

Observi's que la condició es dona si  $P_p = P_d$  o si les parts coincideixen en el valor esperat del plet: si ambdues creuen que el plet acabarà de la mateixa manera, preferiran estalviar-se els costos del litigi  $C_d + C_p$ . Addicionalment, si les parts són averses al risc és possible que prefereixin l'equivalent cert de la transacció en lloc del resultat incert del plet.

Aquest senzill model ofereix dues raons per als *out-of-court settlements*: estalviar els costos del plet i sortejar la incertesa del seu resultat.

### **3. L'optimisme com a obstacle a la transacció: l'asimetria d'informació entre les parts**

No hi ha transacció si abans les parts no han identificat una quantitat objecte de la transacció que les deixarà en millor posició que la sentència judicial: diferents estimacions de les parts sobre el resultat del litigi afecten la seva propensió a transigir. Suposem, en l'exemple anterior, que l'actor creu que la probabilitat d'una sentència estimatòria de la seva demanda és 0,80, però que, en canvi, el demandat creu que és només de 0,25: donades aquestes estimacions subjectives, no hi ha transacció possible, perquè l'actor no acceptarà menys de 70.000 € i el demandat no estarà disposat a pagar més de 35.000 €. No hi ha espai possible per a la transacció: l'optimisme de les parts la fa absolutament impossible. En el model clàssic, només pledegen els optimistes.

Per què una part o ambdues són optimistes? La teoria de l'elecció racional suggereix que, durant la negociació, les expectatives subjectives d'una i una altra part convergiran, però que això no sempre succeeix així ho demostra la realitat dels plets. Hi ha molts factors objectius d'ordre institucional o cultural que són camp abonat per a l'optimisme, com la incertesa del dret que ha de ser aplicat al cas o les direccions interpretatives de diferents sectors de la judicatura, però sobre tots ells destaca el règim legal de la informació a l'abast de cadascuna de les parts quan hi ha asimetria d'informació entre elles (Bebchuk (1984) 404): les parts poden disposar d'informacions divergents sobre el resultat possible del plet i, en absència de regles legals que abordin institucionalment la qüestió amb l'objecte d'incentivar comportaments racionalment eficients, aquesta asimetria pot bloquejar la transacció.

En una societat complexa, caracteritzada per la divisió del treball, la asimetria de la informació és molt freqüent: així, en un cas de responsabilitat civil, l'actor pot disposar d'informació privada sobre la major o menor gravetat dels seus danys o, fins i tot, de la seva realitat, i el demandat sobre les precaucions realment adoptades en cada cas, és a dir, de la seva diligència, negligència o, fins i tot també, de la seva actuació dolosa. La asimetria de la informació permet comportaments estratègics a les parts en un conflicte i explica per què encara que la transacció seria la millor solució possible des d'un punt de vista cooperatiu, no sempre té lloc.

El que s'ha dit anteriorment pot veure's en un senzill exemple (Hay/Spier (1998), 443): suposi's que la pretensió del demandant pot ser forta (*strong*) o feble (*weak*). Al primer cas, el resultat esperat del plet és de 100.000 € i en el segon és de 50.000 €. Cada part té costos de litigació per 10.000 €. Cadascun dels demandants sap bé si el seu cas és fort o feble, però la companyia demandada només coneix la distribució dels tipus de demanda en la població de demandants potencials. A la transacció, en darrer terme, s'arriba després d'una única oferta "Ho pren o ho deixa" (*"Take it or leave it"*).

És fàcil veure com els casos forts no es transigiran: un reclamant amb un cas feble acceptarà una oferta de com a mínim 40.000 €. Però com la demandada no sap si el demandant pertany al grup dels casos forts o febles, és a dir, ignora davant de quin tipus d'actor s'enfronta, l'única oferta que li garantiria un resultat transaccional és 90.000 €. Però això va en contra del seu interès i preferirà formular una oferta per la quantitat mínima adequada a un reclamant feble, 40.000 €. Per a la demandada el cost esperat de formular l'oferta més elevada és de 90.000 € i el de formular la més baixa és de  $(0,5 \times 110.000) + (0,5 \times 40.000) = 75.000$ , doncs l'actor acceptarà només si té un cas feble. En equilibri, la demandada oferirà 40.000 €; però si el cas de l'actor és fort, aquest rebutjarà l'oferta i haurà litigi.

Certament, continuen dient Hay i Spier, si la demandada relaxa la condició d'oferta simple "Ho pren o ho deixa" - i dóna peu a una negociació més complexa, amb ofertes i contraofertes, així com amb una anàlisi més detinguda de cada cas individual, és possible que la demandada pugui inferir més correctament la naturalesa de la reclamació de cada actor i això li permetrà diferenciar les ofertes segons el tipus de demandant i transigir alguns casos forts, ja que els actors amb casos forts informaran gustosos al demandat sobre els fonaments del seu cas. No obstant, no hi ha un equilibri en què tots els casos es transigeixin: els reclamants febles faran el que puguin per enganyar a la demandada sobre la naturalesa del seu cas, els costos de la negociació s'incrementaran notablement i, conscient de tot això, la demandada es negarà a acceptar les contraofertes de transacció de molts demandants que pretenguin tenir casos forts, però alguns dels rebutjats seran realment titulars de bons casos i hi haurà plets. Si els demandants són de diversos tipus, l'oferta de la demandada haurà de tractar d'equilibrar l'increment de costos de totes les transaccions inframarginals que suposa oferir 1 € més al demandant marginal amb la reducció dels seus costos de litigar que deriva de restar 1 litigant a la seva llista de reclamants.

#### **4. Abús processal: garbellat de demandants**

El problema apuntat en l'epígraf anterior es manifesta amb tota la seva cruessa en el cas de l'abús processal pur i simple -abús del dret fonamental a una tutela judicial efectiva de l'art. 24 de la Constitució Espanyola (CE): suposi's que un actor, sense raó legal material per reclamar, notifica a l'altra part la imminent interposició d'una demanda judicial amb l'únic objecte de forçar una transacció. Si els costos -directes i indirectes- de la litigació són més elevats per a la demandada que per a l'actor (perquè, per ex., aquella pot veure paralitzada o seriosament entrebancada la seva activitat econòmica durant el procés) aquell pot jugar amb la diferència per a forçar la

transacció encara que les probabilitats que la demanda sigui estimada siguin nul·les: si l'actor arrisca únicament els 10.000 € de costos del plet, però la demandada arrisca 50.000 €, en absència de legislació clara sobre abús processal (*malitious prosecution*), la demandada es veurà abocada a una transacció per una quantitat que oscil·larà entre 10.000 € i 50.000 €.

La permissió de l'abús del dret porta a un joc no cooperatiu com el descrit, mentre que la seva proscripció i l'imperi de la bona fe impedeixen aquest resultat i converteixen la interacció social en un joc cooperatiu amb un guany net –un estalvi–, a l'exemple anterior, de 60.000 € (Cooter/Ulen (1999), 403).

En el dret espanyol, el principi de bona fe està positivat a l'art. 7.1 CC 1889, modificat l'any 1974 i l'abús del dret està genèricament proscribit per l'art. 7.2 CC.

Per la seva banda, l'art. 247 LEC 2000 diu:

«*Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.*

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.
2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.
3. Si los tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de treinta mil a un millón de pesetas, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio.

Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar.

4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria».

D'acord amb la tradició continental del procés inquisitorial, l'abús processal de la LEC 2000 és objecte d'actiu control judicial *ex officio* i porta aparellat sancions pecuniàries; amb independència d'això, constitueix un supòsit d'il·lícit civil incardinable en el nebulós art. 1902 CC. En canvi, a les jurisdiccions del *Common Law*, en les quals el jutge o tribunal assumeixen un paper clarament arbitral (*adversarial litigation*), l'abús conforma un conjunt de *torts* específics (*Malicious Prosecution*, *Wrongful Civil Proceedings*, *Abuse of Process*) definit pels precedents (Prosser/Keeton (1984), 870; Dobbs (2000), 1213).

De vegades, la reclamació abusiva s'amaga en un bosc de reclamacions justificades. Per a la demandada que desconeix la gravetat i, si s'escau, la realitat de cada dany individual, una de les possibles solucions a l'*impasse* que generen els demandants abusius emboscats en un col·lectiu d'actors amb raons substancials per a demandar és endurir la negociació (*tough dealing*) i, al límit, negar-se aleatòriament a pactar amb un percentatge determinat de reclamants (*Randomizing Offers*, Cooter/Ulen (1999), 403-405): la negativa aleatòria a negociar permet garbellar els casos d'abús. Així, suposi's que la demandada ofereix 20.000 € al 50% dels reclamants, però 0 € al 50% d'ells i que els costos de litigar d'aquests últims són de 10.000 €. D'aquesta manera, qualsevol cas d'abús processal inclòs en la subpoblació del 50 % de reclamants serà frustrat, ja que el valor del



plet per al demandant abusiu és negatiu –perd el plet i carrega amb els costos de litigar-. L'oferta limitada al 50 % de les reclamacions converteix la interacció entre demandada i reclamants en un joc arriscat en què els reclamants abusius saben que poden perdre: a l'envit, un reclamant abusiu és conscient que gastarà 10.000 €, però com que el valor esperat de la seva reclamació és  $20.000 \times 0,5 + 0 \times 0,5 = 10.000$ , no interposarà la demanda, donat que res guanyaria amb això. Tal i com succeeix en el cas analitzat a l'epígraf anterior, l'oferta aleatòria garbella tots els demandants abusius, però acosta al plet a molts amb raons per a litigar. Paguen justos per pecadors, però la situació milloraria si una regulació adequada fes disminuir l'asimetria de la informació. El dret pot facilitar institucionalment aquesta millora com veurem a continuació.

### **5. Reducció de l'asimetria d'informació: la institució de la *discovery* i la inversió a preparar la defensa del cas**

Un dels instruments legals més utilitzats pel dret americà per reduir l'asimetria d'informació entre les parts és la *discovery*. InDret 3(2002) donava notícia de la seva recepció pel dret alemany, probablement el més influent d'Europa continental: la *discovery* o revelació d'informació rellevant per al plet que fa una part a petició de l'altra abans de l'inici del judici pròpiament dit redueix l'asimetria a què venim fent referència i evita la reserva d'informació per a l'últim moment processal, quan ja s'ha incorregut en elevats costos de litigació, però com tot el que és valuós en aquest món, la *discovery* no és de franc sinó més o menys costosa.

En segon lloc, a més de la informació que, voluntàriament o per mandat de la llei, una part desvetlla a l'altra, cadascuna d'elles pot assignar més o menys –i millors o pitjors- recursos humans o materials a la preparació i defensa del cas, quelcom que, naturalment, incrementarà els costos del plet i que caldrà contrastar amb l'alternativa de la transacció. Tractarem aquí breument d'ambdós tòpics.

La intuïció bàsica subjacent a la *discovery* voluntària és que desvetllar informació amb l'objecte de contrarestar l'optimisme infundat de la contrapart facilita la transacció, doncs mostra la falta de fonament de les seves pretensions (“*Bad News is Free*”: Cooter/Ulen (1999), 392). Inversament, ambdues parts perden posicions a la taula de negociació si revelen informació que corregeix el seu injustificat pessimisme. Però, fins i tot en aquest últim cas, la *discovery* (ordenada pel Jutge) millora la informació del Jutge, disminueix la probabilitat d'errors judicials i facilita l'aplicació correcta de la llei (Cooter/Rubinfeld (1994)).

No obstant això, la institució és –com totes- susceptible d'abús: la *discovery* pot resultar extraordinàriament costosa per a la part que ha de dur-la a terme, forçada a desvetllar tot tipus d'informació tècnica o econòmica que pugui resultar rellevant pel cas. Objectivament, la *discovery* és mal usada quan els seus costos superen els beneficis derivats de desvetllar la informació de què es tracti; subjectivament, l'abús és manifest quan l'únic o principal objectiu de la part que la sol·licita és forçar una negociació per tal d'aconseguir arrencar a la contrapart una quantitat de diners importants, però inferior a aquella que costaria la pròpia pràctica de la *discovery*. Una solució al problema de l'abús consisteix en fer carregar el sol·licitant amb una fracció dels costos

de la *discovery*, normalment, a partir d'un determinat import que fixa el Jutge a la llum de la plausibilitat *prima facie* de les pretensions de les parts.

Per descomptat, el valor esperat d'una pretensió legal no depèn només de la informació posada a disposició de les parts i del Jutge, sinó també de la inversió realitzada per (els advocats de) les parts en l'anàlisi dels fets i del dret aplicable (Reinganum/Wilde, 1986), inversió que pot resultar poc o no res rentable per a demandants individuals, sobretot en danys difusos, supòsits en què estan especialment indicades les accions de classe. Amb independència d'això i atès que cada part pot decidir realitzar una inversió més o menys copiosa en la defensa del seu cas i que la informació sobre aquesta qüestió acostuma a estar exclosa de la *discovery* –per estar protegida pel secret professional de l'advocat–, és d'esperar que les parts adoptin estratègies defensives que dificultin la transacció, en particular quan una d'elles formula una baixa oferta d'arranjament a la contrapart que ha realitzat una inversió copiosa en la seva defensa (Hay/Spier (1995, 444). Encara que litigar costi tant o més que el que s'obté cas de guanyar el plet, això no evitaria el conflicte: en absència d'una amenaça creïble d'anar als tribunals, la demandada no tindrà cap incentiu per transigir.

Els advocats especialitzats en portar apel·lacions saben bé que els casos cristal·litzen amb el pas del temps: tant la *discovery* com la resta de despeses en què incorre cada part en la preparació i defensa de les seves pretensions respectives incrementen els costos de litigar i per això és important tenir en compte el moment en què es realitzen, així com la seva distribució al llarg del procés. És obvi que si una part incorre en inversions copioses abans o a l'inici del plet, haurà ja cremat les seves naus (*sunk costs*) i tendirà a adoptar posicions molt dures en una hipotètica negociació que persegueixi apartar-lo del procés. Anticipant això, la contrapart oferirà la transacció abans que s'incorri en la inversió de què es tracta.

En tot cas, la reducció de l'asimetria d'informació ajuda a evitar o, com a mínim, a pal·liar l'efecte “darrera hora” (*deadline effect*) que caracteritza molts processos de negociació: la transacció és ajornada fins a l'últim moment –l'hora onzena–, ja que manifestar des del principi una clara predisposició a transigir provoca que la contrapart ho interpreti com un signe de debilitat negociadora. La creació i manteniment d'una reputació de negociador dur permet a qui gaudeix d'ella fer-se amb una part important del benefici de la transacció, l'estalvi dels costos del conflicte judicial. Com ambdues parts coneixen això, apareix una funció en forma d'“U” en la qual la probabilitat de negociar amb èxit és més gran a l'inici i al final del procés que justament en la seva meitat.

El tema de la inversió en la preparació del cas depèn en gran mesura de decisions adoptades per qui efectivament porta la seva defensa, és a dir, de l'advocat. D'aquí que un altre factor rellevant en l'alternativa entre la transacció i el plet sigui la relació advocat-client i el control que aquest exerceixi sobre el treball d'aquell.

## **6. Costos d'agència: la relació advocat-client i la transacció**

A l'asimetria d'informació entre demandant i demandada en un conflicte judicial cal afegir aquella que normalment té lloc entre cadascuna d'elles i els seus respectius advocats: quan el contracte que estableix i regula la relació advocat-client no alinea correctament els interessos d'ambdós, la segona asimetria multiplica els efectes de la primera en perjudici de les parts i en benefici dels seus advocats.

Així, en un contracte per (quarts d') hores treballades, l'advocat té incentius obvis per a exacerbar l'optimisme del client i per a afavorir abans el (llarg) procés judicial, amb la seva cadena d'incidents i recursos que una (breu) negociació que faciliti la transacció entre la parts. En canvi, en un contracte per quota o percentatge de resultat positiu obtingut (*quota litis, contingency fees*), l'advocat –normalment l'advocat del demandant– és possible l'efecte contrari, contra allò que de vegades se suposa: si l'advocat cobra d'acord amb el resultat del plet, que és de 50.000 €, 1/3 d'aquest, és a dir 16.666,66 €, i si els costos d'anar a judici per a l'advocat són de 10.000 €, llavors succeeix el següent: per al client el mínim import acceptable de la transacció és de 50.000 €, però per a l'advocat les coses són diferents: el mínim acceptable per a ell són 20.000 €, ja que aquesta quantitat li produeix els mateixos beneficis que el resultat esperat del plet: observi's que  $20.000/3 = 6.666,66$  € i si el cas va a judici, l'advocat obté  $(1/3 \times 50.000) - 10.000 = 6.666$  €. Per tant, si l'advocat controla la transacció, el mínim serà inferior a allò que resultaria si la controlés el client (però cfr. Polinsky/Rubinfeld (2001)).

Els problemes que plantegen els diferents tipus de contractes que regulen les relacions entre advocats i els seus clients s'aguditzen en els sistemes legals en què les lleis governen menys que els homes, és a dir, en aquells caracteritzats per nivells molt baixos de seguretat jurídica, perquè a l'asimetria de la informació entre advocat i client s'afegeix, amb efectes multiplicadors, la incertesa sobre l'aplicació del dret i, consegüentment, es facilita molt la generació per part de l'advocat d'optimisme en el client, sobretot si es tracta d'un client ocasional (*"Hit and run: aquí t'agafo, aquí et mato"*). Una bona manera de contrarestar els possibles desavantatges dels diferents tipus de contractes individuals és generar una reputació d'honestedat en la qual poden confiar els clients de l'advocat en qüestió. De fet, aquesta consideració explica en gran mesura l'emergència de firmes d'advocats (*law firms*) l'èxit perdurable de les quals es basa en la seva reputació.

## **7. Costes i transacció**

En la literatura sobre costes judicials i extrajudicials (Spier (1994)) sol analitzar-se l'efecte de les diferents regulacions sobre la transacció. Així, és comú distingir entre la regla americana i l'anglesa: d'acord amb la primera, cada part carrega amb els costos de litigar; segons la segona, la part perdedora paga les costes de qui preval en judici. L'avantatge més generalment adduït de la regla anglesa sobre l'americana és que aquella desincentiva presentar aquelles demandes amb molt escasses probabilitats de ser estimades.

A Espanya, l'art. 394 LEC estableix que, en primera instància, és condemnada la part que hagi vist rebutjades totes les seves pretensions, tret que el Tribunal aprecii que el cas presentava seriosos dubtes de fet o de dret. La mateixa regla s'aplica en apel·lació (art. 397) i en cassació (art. 388).

Suposem, primer (amb Hay/Spier (1998), 447-448) que les parts comparteixen la creença que el demandant probablement prevaldrà en el judici. En aquest cas, la dimensió del recorregut de la transacció és la mateixa sota les dues regles: si el demandant està segur que guanyarà, demanarà una quantitat mínima per a transigir que serà més gran sota la regla anglesa que sota l'americana, ja que, sota aquella, esperarà que els seus costos de litigació seran coberts pel demandat, la condemna del qual creu molt probable; però la quantitat que, com a màxim, estarà disposat a oferir el demandant pujarà per la mateixa raó.

Si suposem, en segon lloc, que les parts discrepen sobre la seva estimació de la probabilitat que el demandant guanyi el plet i, en particular, que són optimistes, es transigiran més casos sota la regla americana que sota l'anglesa, perquè les apostes seran més grans sota aquesta última, ja que, en ella, no sols la condemna sinó també tots els costos del plet per a totes les parts estaran sobre la taula del joc. Si ambdues parts són optimistes sobre les seves possibilitats, la regla anglesa farà disminuir l'estimació subjectiva de cadascuna d'elles sobre els costos del plet i la litigació els resultarà més atractiva. En canvi, si ambdues són pessimistes, l'elecció entre una o altra regla sembla que afectarà menys la probabilitat d'anar a plet en comptes de transigir.

Models més complexos (com Reinganum/Wilde (1986)) apunten al fet que quan una part disposa d'informació privada sobre els resultats probables del seu èxit en el plet, la regla anglesa farà disminuir la probabilitat de la transacció, ja que l'asimetria de la informació provocarà que les parts tinguin percepcions diferents sobre el resultat del plet i la regla magnificarà les diferències entre elles; en canvi, en absència d'asimetria d'informació, l'efecte d'ambdues regles és equivalent.

Ara bé, si els costos del plet són variables i les parts poden decidir la quantia de les seves inversions al cas, llavors la regla anglesa pot acostar-les a la taula de negociació, perquè sota ella, tendiran a veure els seus costos de litigar com quelcom pagat pel seu oponent, particularment quan siguin optimistes; això els portarà a gastar més i el recorregut de la transacció s'ampliarà facilitant l'arranjament extraprocessal.

Quant als termes concrets de la transacció, els efectes d'ambdues regles, assenyalen Hay i Spier, són foscos: d'una banda, si les parts coincideixen en la seva apreciació de les probabilitats de victòria del demandant, la regla anglesa afavorirà a aquella que més probabilitats tingui de prevaler en el plet: així, si, per ex., el demandant porta les de guanyar, la regla incrementa tant la seva oferta mínima com l'oferta màxima del demandat, incrementant conseqüentment l'objecte possible de la transacció. I viceversa, si el demandat té bones perspectives de prevaler, la regla anglesa desplaçarà cap avall el recorregut de transacció facilitant l'acord. No obstant això, si les parts no coincideixen en una estimació comuna de les probabilitats d'estimació de la demanda de l'actor, l'impacte de la regla anglesa sobre els termes de la transacció és menys obvi: en casos de mutu optimisme, la regla anglesa freqüentment incrementa la demanda mínima del demandant alhora que redueix l'oferta màxima del demandat. Quin efecte acabi per predominar dependrà del cas i de les estimacions de cada part. Similarment, en casos de pessimisme mutu, la regla anglesa freqüentment farà disminuir la demanda mínima de l'actor al mateix temps que incrementarà l'oferta màxima del demandat. Com es traduirà això en majors o menors imports objectes de transacció és impossible de determinar *a priori*.

També són discutits alguns efectes de les regles que associen el pagament de les costes al rebuig d'una oferta de transacció judicial quan la part que la rebutja rep a la sentència un tracte menys

avantatjós que el que li ofería la contrapart (Bebchuk and Chang (1998)): la més famosa és la *Rule 68 of the Federal Rules of Civil Procedure*, segons la qual, la demandada pot formular una oferta específica de transacció al demandant. Si aquest l'accepta, el jutge resol d'acord amb ella, però si la rebutja i després la sentència és menys avantatjosa que l'oferta, el demandant carregarà amb totes les costes incorregudes pel demandat posteriors a l'oferta (*one-sided offer-of-settlement rule*).

La regla té la seva més clara raó de ser en els casos en què les parts tenen diferents costos de litigació i, en particular, quan els d'una d'elles –per ex., la demandada– són més grans que els de l'altra: en absència d'una regla semblant, l'import de la transacció pot desviar-se de la quantitat que resultaria de la sentència judicial a favor de la part que tingues menys costos de litigar, resultat indesitjable si la transacció ha de reflectir l'aplicació correcta del dret, descomptats els costos de litigació.

La regla redueix la demanda mínima de transacció de l'actor i, simultàniament, la quantitat màxima que el demandat estarà disposat a pagar: ambdós efectes, combinats, desplaçaran cap avall el recorregut de la transacció, però no el faran necessàriament més ampli. Potser llavors, l'impacte de la regla serà reduir l'import de la transacció si aquesta s'aconsegueix, però no necessàriament fer-la més probable.

Per a les *two-sided offer-of-settlement rules*, en virtut de les quals, tant demandant com demandat (i no sols el primer) pagaran les costes de la contrapart si el resultat del plet cau per sota o per sobre de l'oferta de transacció rebutjada, Bebchuk and Chang (1998) defensen que incentiven a les parts a transigir per un import que tendeix a coincidir amb el resultat esperat del plet, però només si la informació està simètricament distribuïda.

## **8. Càrrega de la prova i transacció**

Les regles legals i la jurisprudència sobre càrrega de la prova poden servir útilment per a contenir els costos de resolució d'un conflicte judicial (vegin-se Hay/Spier (1997) i Gómez Pomar (2001)): la Llei o el Jutge, en assignar la càrrega de presentació o producció d'una prova a una part, redueix els costos de l'altra. A partir d'aquesta consideració, és gairebé una obvietat –o hauria de ser-ho– indicar que cal tenir en compte quina de les dues parts està en millors condicions de presentar la prova de què es tracti. Per si de cas, això és una cosa que les modernes lleis processals fan:

“Para la aplicación de lo dispuesto en ... este artículo [sobre assignació de la càrrega de la prova], el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio” (apartado 6º del [art. 217 LEC](#)).

Suposi's llavors que el demandant té la càrrega de provar la producció d'X: en equilibri, la part sobre qui recaigui la càrrega de la prova la presentarà efectivament si i només si la prova afavoreix les seves pretensions, això és, el demandant presentarà aquesta prova si i només si X va ocórrer efectivament, mentre que la demandada no presentarà cap prova; si, inversament, la càrrega de la prova d'X recau sobre la demandada, el demandant no presentarà cap prova i la

demandada ho farà si i només si la prova mostra que X **no** va ocórrer. D'acord amb l'art. 217.6 LEC, el Jutge haurà d'assignar la càrrega de tal forma que els costos de provar si X va ocórrer resultin minimitzats (una altra solució implicaria malgastar recursos socialment útils).

Però això no suposarà que el demandant hagi de carregar sempre amb els costos de la producció d'X sinó, més precisament, que haurà de fer-ho només quan la probabilitat que X hagi ocorregut multiplicada pels costos per al demandant de mostrar que així ha estat és inferior a la probabilitat que X no s'hagi esdevingut multiplicada pels costos de la demandada de mostrar que X no ha tingut lloc.

A la pràctica judicial, allò usual és que el Jutge tingui accés a una aparença o indicatiu, Y, que X podria haver-se produït. Donat Y, la probabilitat que X s'hagi produït és un cas clar d'aplicació del teorema de Bayes - $\text{prob}(X/Y) = [\text{prob}(Y/X) \times \text{prob}(X)] / \text{prob}(Y)$ -. El tribunal haurà d'assignar la càrrega de la prova d'X al demandant si:

$\text{prob}(Y/X) \times \text{prob}(X) \times \text{costos del demandant} < \text{prob}(Y/\text{no } X) \times \text{prob}(\text{no } X) \times \text{costos del demandat}$ .

En cas contrari, haurà d'assignar-la a la part demandada (Hay/Spier (1997), 423).

Atès que les parts poden disposar de l'objecte del procés i transigir les seves pretensions sense necessitat de carregar amb les diferents i eventualment costoses càrregues de presentar proves de les seves pretensions és obvi que l'aplicació judicial de les regles sobre càrrega de la prova influirà decisivament en la dimensió dels avantatges de la transacció relatiu al procés judicial - en la grandària del pastís-. Ara bé, sempre que hi ha l'eventualitat d'un guany derivat de la transacció, es crea simultàniament un incentiu (pervers, socialment parlant) en cada part per a invertir en negociar amb la finalitat d'apropiar-se de la major part possible de l'esmentat guany: si la càrrega de la prova d'X recau sobre el demandant, la decisió judicial origen d'aquesta assignació haurà creat un avantatge o guany possible de la transacció -l'estalvi dels costos de provar la producció d'X- sobre el repartiment del qual hauran de posar-se d'acord ambdues parts, acord que consumirà al seu torn recursos més o menys copiosos, que també podrien haver-se estalviat si, per ex., la càrrega de la prova hagués recaigut sobre la demandada. L'assignació judicial òptima haurà així de tenir en compte la minimització dels costos de negociació (de negociar fins a arribar a un acord transaccional) i no sols la dels costos de presentar la prova a judici. Una indicació pràctica sobre la qüestió pot ser la següent: si els costos de negociació creixen linealment amb l'increment del guany derivat de la transacció mateixa, el Jutge aconseguirà l'objectiu descrit si aplica les regles sobre càrrega de la prova com si el procés hagués de continuar fins a la seva finalització, normalment per sentència (Hay/Spier (1997), 422).

## ***9. Transacció i altres instruments de resolució alternativa de disputes (Alternative Dispute Resolution)***

La transacció és un dels instruments alternatius al plet judicial, però no és l'únic, sinó que competeix amb altres, com assenyaladament la mediació i l'arbitratge, així com amb les clàusules o regles contractuals que eviten el plantejament del conflicte mateix (garanties de reparació o

substitució del producte, de nova prestació del servei, clàusules de restitució del preu, liquidació contractual de perjudicis, etc.). La mediació pactada *ex ante*, per ex., pot resultar més econòmica que la transacció, ja que pot portar a un estalvi notable de costos de negociació entre les parts. Similarment, l'arbitratge. Aquests procediments presenten avantatges indubtables, doncs permeten que el conflicte sigui sistemàticament i ràpidament analitzat i resolt per professionals, bons coneixedors del sector en què el conflicte sorgeix, així com dels seus problemes recurrents: un avantatge característic és la reducció de la probabilitat i gravetat de l'error en l'apreciació de la prova, perquè és obvi que un panel de professionals especialistes en el sector i familiaritzats amb els problemes que, recurrentment, sorgeixen en la pràctica, tenen menys marge d'error que un Jutge generalista.

Així, el següent exemple (inspirat en Shavell (1995), 7), mostra com, donades les circumstàncies del cas, l'adopció d'un sistema d'*alternative dispute resolution*, ADR, seria preferible a un procés o fins i tot a una transacció costosa de negociar donats els costos de litigar i la consegüent temptació de cada part de negociar durament sobre el seu repartiment: en un cas en què és aplicable la regulació sobre responsabilitat objectiva de fabricants o importadors de productes defectuosos: quan eventualment sorgeix un defecte, aquest causa danys al comprador per un import mitjà de 2.000 €, però, donada la millor tecnologia assequible no hi ha res que la companyia fabricant pugui fer per a evitar la producció ocasional del defecte. Suposi's llavors que els costos (judicialment irrecuperables) de litigar importen 100 € per al demandant i 750 € per a la demandada: sempre que el producte sigui defectuós, el comprador litigarà. Queda l'alternativa de transigir, però la negociació serà indubtablement difícil, donats els elevats costos de litigar i la seva distribució asimètrica entre les parts: *ex ante*, un procediment alternatiu de resolució de conflictes –com un peritatge neutral seguit d'una mediació– podria resoldre millor el problema i, per descomptat –circumstància que l'honesta ingenuïtat del consumerisme patri sol preterir– abaratir el preu del producte amb avantatge per a tots.

No obstant això, encara que la mediació, l'arbitratge i altres instruments d'ADR són procediments que contribueixen a superar els obstacles de la transacció, així com a solucionar possibles problemes d'agència -particularment si participen les parts i no sols els seus advocats- no solen contribuir a reduir els problemes derivats de l'asimetria de la distribució de la informació entre les parts. En particular, la creença que la mediació o l'arbitratge obligatoris poden superar sense més els problemes esmentats és errònia.

Un exemple (Bernstein (1993)) aclarirà el que s'ha dit: suposi's que, en absència de mediació i arbitratge obligatoris, una part que disposa d'informació privada ha resolt guardar-se-la per a ella amb l'objecte de desvetllar-la per sorpresa en un moment determinat del procés. Obligar a la part en qüestió a passar per un mitjancer o a sotmetre's a un àrbitre no canviarà en res el seu incentiu a, com diuen a la meua terra, fer-se el pagès. No millora les coses una regla que sancioni a la part que va rebutjar un arbitratge i després va quedar encara en pitjor situació al judici: ans al contrari, el seu incentiu a fer-se el boig en l'arbitratge s'incrementa notablement i intuïtivament. *Compulsory alternative dispute resolution* no és necessàriament una bona idea.

## **10. Anàlisi normativa de la transacció**

Fins aquí, l'anàlisi positiva de la transacció, tal com s'està portant a terme en els darrers trenta anys. Però no seria raonable finalitzar aquest breu treball sense haver abordat els temes normatius: el contracte de transacció permet a les parts d'una relació jurídica solucionar un

conflicte sorgit entorn d'ella de manera més econòmica que una sentència, però, és això sempre just?

Una resposta negativa –i una crítica clàssica de la transacció com a alternativa a la sentència judicial- va ser oferta fa ja bastants anys per Owen Fiss: les transaccions no són justes perquè, típicament, perjudiquen la part més feble, que es veurà forçada a acceptar una oferta transaccional menys favorable que aquella altra que podria obtenir en un procés judicial, amb totes les garanties materials i adjectives. Això és així, perquè, per hipòtesi, la part més feble manca dels mitjans necessaris per a transigir amb resultats comparables als que estan a l'abast d'un Jutge neutral que dirigeix un procés formal i equilibrat. Les transaccions afavoreixen als forts –als rics- i perjudiquen els febles –els pobres- (Fiss (1984)). És més, fins i tot en absència d'un desequilibri substancial entre les parts, les transaccions minen la Justícia: són un mecanisme dissenyat per a estalviar costos directes i indirectes –dilacions, errors d'apreciació de la prova- dels processos, però distreuen atenció i recursos de la qüestió fonamental des del punt de vista del dret i la Justícia, això és, reformar el procés per a convertir-lo en un instrument cada cop més àgil i precís (Alschuler (1991)). En darrer terme, substituir la resolució judicial de conflictes –la jurisprudència- per un contracte privat va en detriment del desenvolupament judicial del dret (Coleman/Silver (1986)).

La crítica prova massa coses. El fil conductor de totes aquestes crítiques és la idea que els processos judicials produeixen resultats més justos que la transacció i que ... qualsevol contracte: l'objecció de Fiss no és específica de la transacció sinó que es pot dirigir contra qualsevol contracte sempre que no hi hagués equilibri econòmic entre les parts que ho van celebrar. Però la idea que els jutges i tribunals saben –sempre i en tot cas- molt millor que les parts allò que els convé a aquestes per resoldre els seus conflictes resulta, si més no, una mica exagerada i necessita d'algun suport empíric. A més, prohibir el pas a la transacció debilitaria encara més a la part menys forta. El remei és pitjor que la malaltia: si fos realment cert que jutges i tribunals recolzen i afavoreixen de forma clara i oberta a la part més feble, aquesta –tret que a més de feble fos incapaç d'obrar- ho sabria i demanaria una quantitat major per a transigir; prohibir-se'l equival a forçar-la a malgastar recursos que, almenys en part, haurien engrossit el benefici de la transacció, més econòmica que el procés (Kaplow/Shavell (2002), 284). Des d'un punt de vista normatiu, resoldre l'objecció del desequilibri estructural exigiria, per part dels jutges un control material de tots els contractes celebrats en parts en situació de desequilibri, no sols de les transaccions.

En el dret espanyol, el control material –causal- dels contractes onerosos és molt limitat (cfr. arts. 1274 i ss. CC) i no valora el mèrit de l'operació econòmica, tret de casos extrems (art. 1291 CC); específicament el control judicial de les transaccions –precisament- judicials es limita a la capacitat i poder de disposició de les parts (art. 415.2 LEC), però no entra en la justícia material de l'acord. La transacció és un contracte oneros, però –a excepció de particularitats menors i molt discutides, per ex., en matèria d'error de dret o d'error de fet sobre qüestions no controvertides (v. respecte d'això la síntesi de Corbal (2000, 84 i ss.)-, no està subjecta a controls extraordinaris.

Les crítiques que apunten a l'efecte debilitant de les institucions que conformen l'aparell de la justícia o a la frustració del desenvolupament judicial del dret tenen més entitat i requereixen



una consideració a banda.

En efecte, en els 9 primers epígrafs d'aquest treball hem analitzat la transacció des del punt de vista de l'estalvi de costos que la composició privada de conflictes suposa per a les parts en comparació amb els que resultarien del procés, és a dir, s'han tingut en compte els costos i beneficis **privats**, però no s'ha dit ni una paraula sobre la resta de costos i beneficis **socials** que poden generar les transaccions: és obvi que una transacció pot resultar avantatjosa per a les parts sense ser, al mateix temps, socialment beneficiosa. Per a alinear beneficis privats i socials, és necessari, en primer lloc, que les parts transigeixin sobre la quantitat correcta des del punt de vista del dret aplicable en el procés (suposant que la regla de dret és l'òptima), descomptats els costos del procés mateix: si la transacció s'acordés per un import inferior, els seus efectes en el comportament futur dels destinataris de la norma quedarien per sota del llindar de prevenció que la llei, sobre l'aplicació de la qual es discutia, pretén.

Així, en un plet de negligència en què l'estàndard aplicable sigui la fórmula d'Hand ( $B = P.L$ ), la transacció seria socialment subòptima si l'import transigit fos inferior al resultant d'equilibrar, al marge, inversions en precaució i increment de danys probable i això pot succeir: si, per ex., els costos de litigar, comparats amb la indemnització que l'actor podria aconseguir en un procés judicial, són molt elevats per a ell, podria acceptar transigir el cas per una quantitat massa reduïda. Sabent això, els causants potencials de danys deixarien d'adoptar les precaucions òptimes. Inversament, si els costos de litigar per a la demandada són gaire elevats, aquesta pot acceptar una oferta transaccional excessiva des del punt de vista dels incentius de la seva futura conducta. Això adoba una certa intervenció pública (Hay/Spier (1998), 446).

Des d'un punt de vista institucional, ja hem vist que les dues restants crítiques de la transacció –i, per extensió, de la resolució alternativa de conflictes– assenyalen que les sentències judicials poden considerar-se com un **bé públic**, en quant contribueixen al desenvolupament del dret. En canvi, els conflictes que es transigeixen –particularment si la transacció inclou, com és freqüent, clàusules de confidencialitat– limiten la producció de dret: amb la seva resolució, no es crea o, almenys, no es reforça un precedent judicial i el dret, el sistema formal de normes legals històricament desenvolupat per la jurisprudència, s'encarcara. Novament, l'argument prova massa coses: portat al límit forçaria a les parts de qualsevol relació contractual –des de la compravenda al matrimoni– a ventilar totes les seves diferències davant d'un Jutge en un procés formal per a què aquest pogués dibuixar el mapa del bon camí legal. Quan la crítica considerada afirma que les sentències judicials són béns públics no especifica les condicions en què l'afirmació resulta sostenible, això és quan la transacció no es limita a l'estalvi dels costos i dilacions del procés, sinó que es pacta per un import inferior o superior a l'òptim. Si es té en compte aquesta restricció, la crítica perd molt pes, perquè el seu abast es limita als efectes de la falta de publicitat de les transaccions. Però, a la llarga, les transaccions, com qualssevol altres contractes també acaben per crear nou dret: articulen nous modes de relacions socials, estereotipen clàusules que acaben per generar pràctiques, costums o normes socials que finalment són tingudes en compte pel sistema formal de normes quan no són incorporades a ell. La defensa del dret fonamental a la tutela judicial efectiva no ha de portar a oblidar que la jurisprudència dóna fe de la patologia del dret, no de la seva fisiologia. En dret privat, el procés és l'últim remei, no l'únic.

## 11. Bibliografia

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1997). *Derecho civil. Tomo II, Vol. 2*. 10a ed. Bosch, Barcelona. 403 i ss.

ALSCHULER, Albert (1991). *Mediation with a Mugger: The Shortage of Adjudicative Services and the Need for a Two-Tier System in Civil Cases*. 99 Harvard Law Review, 1808-11.

BEBCHUK, Lucian Ayre (1984). *Litigation and settlement under imperfect information*. 15 RAND Journal of Economics, 404-15.

BEBCHUK, Lucian Ayre/CHANG, Howard F. (1998). *The Effect of Offer-of-Settlement Rules on the Terms of Settlement*, Working Paper 6509. National Bureau of Economic Research. <http://www.nber.org/papers/w6509>

BERNSTEIN, Lisa (1993). *Understanding the Limits of Court-connected ADR: A Critique of Federal Court-annexed Arbitration Programs*. 141 University of Pennsylvania Law Review, 2169-2233.

CARRASCO PERERA, Ángel (2001). *Arts. 1809 al 1819*. A: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodríguez (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Aranzadi, Elcano (Navarra). 2040-47.

COLEMAN, Jules/SILVER, Charles (1986). *Justice in Settlements*. 4 Social Philosophy And Policy, 102.

COOTER, Robert/ULEN, Thomas (1999). *Law And Economics*. 3<sup>rd</sup> ed. Addison-Wesley Reading, Massachusetts. Menlo Park, California. New York. Harlow, England. Don Hills, Ontario. Sydney. Mexico City. Madrid. Amsterdam. Chapter 10. 373-426.

COOTER, Robert D./RUBINFELD, Daniel L. (1989). *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*. 27 Journal of Economic Literature, 1067-1097.

COOTER, Robert D./RUBINFELD, Daniel L. (1994). *An Economic Model of Legal Discovery*. 23 Journal of Legal Studies, 435-464.

CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús (2000). *Arts. 1809-1819*. A: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.). *COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL*. Tomo 8è. Arts. 1790 al 1902. Bosch, Barcelona. 84-153.

CORDÓN MORENO, Faustino *et. al.* (Coords.) (2001). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vols. I i II. Aranzadi, Elcano.

DAUGHETY, Andrew F. (2000). *Settlement*. A: BOUCKAERT, Boudewijn i DE GEEST, Gerrit (Ed). *ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS*, Vol. V, Edward Elgar Publishing Co., Chentelham, 95-158.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés *et alii* (2001). *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Civitas, Madrid.

DOBBS (2000), Dan D. *The Law of Torts*. West. St. Paul, Minn.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel/RIFÁ, José María/VALLS GOMBAU, José F. (Coord.) (2000). *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Atelier, Barcelona.

FISS, Owen (1984). *Against Settlement*. 93 Yale Law Review, 1073-90.

GOLDBERG, Stephen B./ROGERS, Nancy H./SANDER, Frank E.A. (1999). *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*. 3<sup>rd</sup> ed. Aspen Law & Business, Gaithersburg, MD.

GÓMEZ POMAR, Fernando (2001). *Càrrega de la prova i responsabilitat objectiva*. InDret 2/2001. [www.indret.com](http://www.indret.com)

GOULD, John (1973). *The Economics of Legal Conflicts*, 2 Journal of Legal Studies, 279-300.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1964). *La transacción*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio (1991). *Comentario a los arts. 1809 a 1819 del Código Civil*. A: PAZ-ARES, Cándido *et alii*. COMENTARIOS DEL CÓDIGO CIVIL. Tom II. Civitas, Ministerio de Justicia, Madrid. 1768-80.

HAY, Bruce L./SPIER, Kathryn E. (1997). *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*. 26 Journal of Legal Studies, 413-432.

HAY, Bruce L./SPIER, Kathryn E. (1998). *Settlement of litigation*. THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW. Vol. III. MacMillan Reference Limited, London, 442-451.

KAHNEMAN, Daniel/TVERSKY, Amos (1979). *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*. 47 Econometrica 263.

KAPLOW, Louis/SHAVELL, Steven (2002). *Fairness versus Welfare*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England.

LACRUZ BERDEJO, José Luis/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1999). *Elementos de derecho civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen 2º, contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Edició posada al dia per Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. Dykinson, Madrid. 368 i ss.

LANDES, William (1971). *An economic Analysis of the Courts*. 14 Journal of Law and Economics, 61-107.

MICELLI, Thomas J. (1999). *Dispute Resolution*. A: BACKHAUS, Jürgen G. (Ed). THE ELGAR COMPANION TO LAW AND ECONOMICS, 1999, 219 i ss.

MILLER, Geoffrey P. (1996). *Settlement of Litigation: A Critical Perspective*. A: KRAMER, Larry (Ed). REFORMING THE CIVIL JUSTICE SYSTEM. New York University Press, New York & London 1996, 13-32.

PELÁEZ, Francisco J. (1987). *La Transacción: su eficacia procesal*. Bosch, Barcelona.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín (2000). *La transacción*. A: ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, Jaime. INSTITUCIONES DEL NUEVO PROCESO CIVIL. COMENTARIOS SISTEMÁTICOS A LA LEY 1/2000. Vol. I, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona.

POLINSKY, A. Mitchell/RUBINFELD, Daniel L. (2001). *A Note on Settlements under the Contingent Fee Method of Compensating Lawyers*. UC Berkeley School of Law. Public Law and Legal Theory Working Paper No. 67 (<http://papers.ssrn.com/abstract=286055>)

POSNER, Richard (1973). *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*. 2 Journal of Legal Studies, 399-458.

PROSSER, William L./KEETON, W. Page (1984). *Prosser and Keeton on The Law of Torts*. West. St.Paul, Minn.

RACHLINSKI, Jeff (1996). *Gains, Losses, and the Psychology of Litigation*. 70 California Law Review 113.

REINGANUM, Jennifer F./WILDE, Louis L. (1986). *Settlement, litigation, and the allocation of litigations costs*. 17 RAND Journal of Economics, 557-66.

SHAVELL, Steven (1982). *Suit Settlement and Trial: A Theoretical Anlysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs*. 11 Journal of Legal Studies, 55-81.

SHAVELL, Steven (1995). *Alternative Dispute Resolution*. 24 Journal of Legal Studies, 1-28.

SHAVELL, Steven (1998). *Contracts*. THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, MacMillan Reference Limited, 1998, I, 436-445.

SPIER, Kathryn (1994), *Pretrial Bargaining and the Design of Fee-shifting Rules*. 25 RAND Journal of Law and Economics, 197-214.