InDret

ABC de la transacción

Pablo Salvador Coderch
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 101
Barcelona, octubre de 2002
www.indret.com

Sumario

1. Fuentes y literatura
2. El modelo clásico de litigación: los costes de litigar
3. El optimismo como obstáculo a la transacción: la asimetría de información entre las partes
4. Abuso procesal: cribado de demandantes
5. Reducción de la asimetría de información: la institución de la discovery y la inversión en preparar la defensa del caso
6. Costes de agencia: la relación abogado-cliente y la transacción
7. Costas y transacción
8. Carga de la prueba y transacción
9. Transacción y otros instrumentos de resolución alternativa de disputas (Alternative Dispute Resolution)
10. Análisis normativo de la transacción
11. Bibliografía

Abstract

La transacción permite a las partes de una relación jurídica resolver los conflictos que medien entre ellas con la ventaja mutua del ahorro de los costes de litigar. Partiendo del modelo estándar de litigación, elaborado durante la década de los años setenta e inicios de los ochenta del siglo pasado, el trabajo persigue incorporar a la doctrina legal española las aportaciones más significativas de la teoría de la negociación y de la resolución alternativa de conflictos, se centra en las cuestiones relacionadas con la asimetría de la información y finaliza con un análisis normativo de la transacción.

1. Fuentes y literatura

En el derecho español, la transacción está regulada en el Código civil de 1889 (arts. 1809 y ss. CC) y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (art. 19 y concordantes LEC).

El CC define la transacción como aquel "contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado" (art. 1809 CC). La transacción puede ser judicial o extrajudicial según las partes la lleven o no al proceso para su homologación judicial.

La LEC regula la transacción al tratar del derecho de disposición de los litigantes sobre el objeto del juicio (art. 19.1 LEC). La transacción judicial es homologada por un auto del tribunal que esté conociendo del litigio (art. 19.2 LEC), tras haber examinado la "capacidad jurídica" [*rectius*: de obrar] y el "poder de disposición de las partes o de sus representantes" (art. 415.1 LEC). "El acuerdo homologado judicialmente", sigue diciendo la ley procesal, "podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de las sentencias y convenios judicialmente aprobados" (art. 415.2 LEC) . La resolución judicial que aprueba u homologa una transacción judicial es título ejecutivo (art. 517.3 LEC).

En la literatura jurídica española, la obra de referencia sobre el tema sigue siendo el excelente libro del catedrático de derecho civil y magistrado del Tribunal Supremo Antonio Gullón Ballesteros, titulado *La transacción* y publicado en 1964 por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Gullón (1964)). En los años posteriores, los temas objeto de estudio, así como la metodología del análisis doctrinal mismo han sido sustancialmente fieles a los plantemientos dogmático-jurídicos de la monografía citada (véanse, por ej., entre los más destacados: Gullón (1991), Albaladejo (1997), Lacruz/Rivero (1999), Corbal (2000) y Carrasco (2001); en la literatura procesal, Peláez (1987), Fernández-Ballesteros (2000), Pérez-Cruz (2000), De la Oliva (2001) y Cordón (2001).

Mas desde inicios de la década de los años setenta, el análisis de la transacción (*out-of-court settlement*) ha dado pasos de gigante. Partiendo del modelo estándar de litigación, inicialmente elaborado por Landes (1971), Gould (1973), Posner (1973) y Shavell (1982), la aplicación de la teoría de juegos y de la negociación ha resultado en una masa ingente de literatura buena parte de la cual es de utilidad analítica y práctica innegable (véanse las síntesis de Cooter/Rubinfeld (1989), Miller (1996), Cooter (1999), Hay/Spier (1998); Miceli (1999) y Daughety (2000). En las facultades de derecho y escuelas de negocios americanas, el *casebook* de referencia sobre resolución alternativa de conflictos es Goldberg/Rogers/Frank/Rudolph Cole (1999)).

2. El modelo clásico de litigación: los costes de litigar

Los contratos permiten incrementar la utilidad de las partes que los celebran y cumplen (Shavell (1998), 436). Analíticamente, la transacción puede entenderse como un contrato de compraventa de la pretensión en litigio –discutida o dudosa- del actor al demandado: si el caso se transige, el precio será el establecido en la transacción y la contraprestación, la liberación del demandado de los términos originariamente pretendidos por el actor; mas si la transacción fracasa – o ni siquiera se intenta-, el caso va a pleito y el Juez falla a favor del actor, el precio será el fijado en la sentencia condenatoria y la contraprestación que obtiene el demandado, el efecto de cosa juzgada; por último, si éste es absuelto, el precio es cero y la discusión quedará igualmente zanjada (Miller (1996), 14; Shavell (1995), 10-11).

> Las pretensiones judiciales objeto de las transacciones son activos distintos a la mayoría de los derechos que se compran y se venden, en el sentido de que el valor de una *res dubia vel controversa* es normalmente más difícil de estimar que el de cualesquiera derechos no puestos en tela de juicio. Sin embargo, obsérvese que la cuestión es de grado: todos los derechos están sujetos a incertidumbre. A veces se apunta a una segunda caracterítica de las transacciones dudosas cuando se dice que ocurren siempre en una situación de monopolio bilateral: el potencial actor sólo puede vender su pretensión al posible demandado, pues no puede levantarse de la mesa de negociación y anunciar su intención de vender a un tercero (Miller (1996), 18-19). Ciertamente, aunque la venta de una pretensión judicial es tradicionalmente malquista por la ley (cfr. art. 1535 CC para la venta de créditos litigiosos), el tráfico de activos dudosos o discutidos está a la orden del día. De nuevo, se trata de una cuestión de grado.

El modelo clásico de litigación tiene una base intuitiva clara: ante un pleito de derecho privado, las partes tienen casi siempre la alternativa de transigir (cfr. Art. 751 LEC) y como, en principio, transigir es más barato que litigar, ambas tienen una buena razón para la transación: siempre que los costes privados del pleito superen a los de la transacción, el ahorro consiguiente puede repartirse entre ellas con ventaja mutua ("*Más vale un mal arreglo que un buen pleito*"). De hecho, la inmensa mayoría de los conflictos se resuelven extrajudicialmente: en la realidad social, las partes hacen y soportan casi todo antes de verse abocadas a la maldición de un litigio judicial ("*¡Tengas pleitos y los ganes!*").

> El modelo clásico explica por qué ello es así, es decir, por qué la inmensa mayoría de los conflictos no se litigan. Los desarrollos posteriores, a los que nos referiremos *infra* en el apartado 3 y siguientes de este trabajo, surgieron precisamente para explicar por qué no se transigen *todos* los casos en los que el arreglo es *a priori* posible.

Supóngase un pleito actual o inminente de reclamación de cantidad por un crédito pecuniario. Como hemos señalado, una transacción presentaría para las partes la ventaja del ahorro de los costes del pleito: las partes podrían dividirse la cantidad ahorrada entre ellas con ventaja para ambas. Dado lo anterior, es de esperar un recorrido de importes posibles de transacción (*range of settlement amounts*) que deja a las partes en mejor posición que un pleito:

Supóngase, con Hay/Spier ((1998), 442), que si el caso va a pleito, la probabilidad de que el demandante prevalezca es de 0,75, que la condena a indemnizar será por importe de 100.000 €. La indemnización esperada será de 0,75 x 100.000 = 75.000 €. Los costes del pleito son de 10.000 € para cada una de las partes. Si éstas son neutrales al riesgo, cualquier transacción entre 65.000 € y 85.000 € dejará a las partes en mejor posición que la que resultaría para ellas del pleito: la ganancia esperada neta para el demandante es de 75.000 – 10.000 = 65.000; y la pérdida esperada neta para el demandado es de 75.000 + 10.000.

Obsérvese que la ganancia neta posible de la transacción por oposición al pleito es de 20.000 € y que, en el ejemplo, hemos asumido que los costes de litigar eran los mismos para cada una de las partes -10.000 €-, así como que la transacción tenía costes cero. Esta asunción es muy simplista, pues, con frecuencia, los costes de litigar serán mayores para una parte que para la otra. Si el arreglo consiste en partir la diferencia entre los costes del pleito y la transacción, la parte que tiene menores costes de litigación resultará favorecida por el acuerdo. Véase al respecto los epígrafes 7 y 8 de este trabajo.

Como indica la asignación de una probabilidad al resultado del pleito, éste siempre es más o menos azaroso y si, modificando la asunción de neutralidad al riesgo, suponemos que las partes son aversas al riesgo, el atractivo de la transacción aún es mayor: cuanto más pesimista sea una parte, más baja será su estimación de la probabilidad de prevalecer en el proceso y más propensa será a un arreglo transaccional. Típicamente, el agente social dotado de recursos económicos y sujeto con cierta frecuencia a la eventualidad de un proceso judicial (por ej., una compañía de seguros) tenderá a ser más neutral al riesgo que el sujeto menos rico o litigante ocasional (un asegurado individual): la utilidad de las personas crece menos que proporcionalmente que su renta y la litigación recurrente puede ser tratada con criterios de cálculo actuarial. Véase lo señalado *infra* en el epígrafe 10.

La naturaleza azarosa del resultado de un pleito frente a la certeza del de una transacción complica la cuestión de las actitudes ante el riesgo. Estudios empíricos han puesto de manifiesto que muchas personas evalúan riesgos a partir de su dotación patrimonial histórica y que lo hacen de forma distinta según se trate del riesgo de ganar o de perder: son aversas al primero, pero propensas al segundo. Si a ello se suma el hecho de que, frecuentemente, mucha gente prefiere la certeza de ganar 50 a la probabilidad 0,5 de ganar 100, pero que, al mismo tiempo prefiere la misma probabilidad de perder 100 a la seguridad de perder 50 ("*loss aversion*"), entonces muchos demandantes aversos al riesgo preferirán transigir a litigar, pero sus demandados harán lo contrario, pues preferirán la pérdida probable derivada del litigio a la segura resultante de la transacción (Kahneman/Twersky (1979), Rachlinski (1996), citados por Cooter/Ulen (1999), 395).

Una formalización sencilla del modelo clásico de la transacción es la ofrecida por Miceli (1999):

Sea $P_pJ - C_p$ el valor esperado del pleito para el actor. Donde P_p es la estimación que hace el actor de su probabilidad de ganar el pleito; J, la ganancia del pleito fijada por el Juez; y C_p, el coste del pleito. Supongamos que el valor de $P_pJ - C_p$ es positivo.

Similarmente, sea $P_dJ + C_d$ el valor esperado del pleito para el demandado, donce P_d es la estimación que el demandado realiza de las probabilidades que el demandante tiene de ganar el pleito; C_d es el coste del pleito para el demandado. Asumimos, en este caso, que J es igual para ambas partes: si en algo están de acuerdo es en el valor del objeto del pleito. Además, J no depende de las probabilidades de éxito de cada parte. Ambas están, además, perfectamente informadas de sus respectivas probabilidades de éxito.

Una transacción anterior al juicio (*pre-trial settlement*) exige un pago $S \geq 0$. Suponemos que los costes de transigir son nulos. El demandante aceptará S en vez del juicio si $S \geq P_pJ - C_p$ y el demandado hará lo propio si, en valores absolutos, $S \leq P_dJ + C_d$.

Ejemplo:
Si $P_p = 0{,}6$; $J = 100$ y $C_p = 15$, entonces, $S > (60 - 15)$, es decir, $S > 45$.
Y si $P_d = 0{,}4$; $J = 100$; $C_d = 10$, entonces, $S < (40 + 10)$, es decir, $S < 50$.
Hay pues un intervalo, $45 < S < 50$ que permite a las partes transigir con ventaja mutua.

Combinando ambas condiciones, tenemos la condición necesaria de la transacción:

$$P_dJ + C_d \geq P_pJ - C_p$$

O bien, (1):

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

Si esta condición se cumple, existirá un valor de S que es mutuamente aceptable para actor y demandada: hay un intervalo en el que la transacción es posible.

Obsérvese que la condición se da si $P_p = P_d$ o si las partes coinciden en el valor esperado del pleito: si ambas creen que el pleito acabará del mismo modo, preferirán ahorrarse los costes del litigio $C_d + C_p$. Adicionalmente, si las partes son aversas al riesgo es posible que prefieran el equivalente cierto de la transacción al resultado incierto del pleito.

Este sencillo modelo ofrece dos razones para los *out-of-court settlements*: ahorrar los costes del pleito y sortear la incerteza de su resultado.

3. El optimismo como obstáculo a la transacción: la asimetría de información entre las partes

No hay transacción si antes las partes no han identificado una cantidad objeto de la transacción que las dejará en mejor posición que la sentencia judicial: diferentes estimaciones de las partes sobre el resultado del litigio afectan a su propensión a transigir. Supongamos, en el ejemplo anterior, que el actor cree que la probabilidad de una sentencia

estimatoria de su demanda es 0,80, pero que, en cambio, el demandado cree que es sólo de 0,25: dadas esas estimaciones subjetivas, no hay transacción posible, pues el actor no aceptará menos de 70.000 € y el demandado no estará dispuesto a pagar más de 35.000 €. No hay espacio posible para la transacción: el optimismo de las partes la hace absolutamente imposible. En el modelo clásico, sólo pleitean los optimistas.

¿Por qué una parte o ambas son optimistas? La teoría de la elección racional sugiere que, durante la negociación, las expectativas subjetivas de una y otra parte convergerán, pero que ello no siempre sucede así lo demuestra la realidad de los pleitos. Hay muchos factores objetivos de orden institucional o cultural que son campo abonado para el optimismo, como la incerteza del derecho que ha de ser aplicado al caso o los sesgos interpretativos de distintos sectores de la judicatura, pero sobre todos ellos destaca el régimen legal de la información al alcance de cada una de las partes cuando existe asimetría de información entre ellas (Bebchuk (1984) 404): las partes pueden disponer de informaciones divergentes acerca del resultado posible del pleito y, en ausencia de reglas legales que aborden institucionalmente la cuestión con el objeto de incentivar comportamientos racionalmente eficientes, esta asimetría puede bloquear la transacción.

> En una sociedad compleja, caracterizada por la división del trabajo, la asimetría de la información es muy frecuente: así, en un caso de responsabilidad civil, el actor puede disponer de información privada acerca de la mayor o menor gravedad de sus daños o, incluso, de su realidad, y el demandado acerca de las precauciones realmente adoptadas en cada caso, es decir, de su diligencia, negligencia o, incluso también, de su actuación dolosa. La asimetría de la información permite comportamientos estratégicos a las partes en un conflicto y explica por qué aunque la transacción sería la mejor solución posible desde un punto de vista cooperativo, no siempre tiene lugar.

Lo anterior puede verse en un sencillo ejemplo (Hay/Spier (1998), 443): supóngase que la pretensión del demandante puede ser fuerte (*strong*) o débil (*weak*). En el primer caso, el resultado esperado del pleito es de 100.000 € y en el segundo es de 50.000 €. Cada parte tiene costes de litigación por 10.000 €. Cada uno de los demandantes sabe bien si su caso es fuerte o débil, pero la compañía demandada sólo conoce la distribución de los tipos de demanda en la población de demandantes potenciales. A la transacción, por último, se llega después de una única oferta "Lo toma o lo deja" ("*Take it or leave it*").

Es fácil ver cómo los casos fuertes no se transigirán: un reclamante con un caso débil aceptará una oferta de por lo menos 40.000 €. Mas como la demandada no sabe si el demandante pertenece al grupo de los casos fuertes o débiles, es decir, ignora ante que tipo de actor se enfrenta, la única oferta que le garantizaría un resultado transaccional es 90.000 €. Pero ello va en contra de su interés y preferirá formular una oferta por la cantidad mínima adecuada a un reclamante débil, 40.000 €. Para la demandada el coste esperado de formular la oferta más elevada es de 90.000 € y el de formular la más baja es de (0,5 x 110.000) + (0,5 x 40.000) = 75.000, pues el actor aceptará sólo si tiene un caso débil. En equilibrio, la demandada ofrecerá 40.000 €; pero si el caso del actor es fuerte, éste rechazará la oferta y habrá litigio.

Ciertamente, siguen diciendo Hay y Spier, si la demandada relaja la condición de oferta simple –"Lo toma o lo deja"- y da pie a una negociación más compleja, con ofertas y contraofertas, así como con un análisis más detenido de cada caso individual, es posible que la demandada pueda inferir más correctamente la naturaleza de la reclamación de cada actor y ello le permitirá diferenciar las ofertas según el tipo de demandante y transigir algunos casos fuertes, pues los actores con casos fuertes informarán gustosos al demandado acerca de los fundamentos de su caso. Sin embargo, no hay un equilibrio en el que todos los casos se transijan: los reclamantes débiles harán lo posible por engañar a la demandada acerca de la naturaleza de su caso, los costes de la negociación se incrementarán notablemente y, consciente de todo ello, la demandada se negará a aceptar las contraofertas de transacción de muchos demandantes que pretendan tener casos fuertes, pero algunos de los rechazados serán realmente titulares de buenos casos y habrá pleitos. Si los demandantes son de varios tipos, la oferta de la demandada habrá de tratar de equilibrar el incremento de costes de todas las transacciones inframarginales que supone ofrecer 1 € más al demandante marginal con la reducción de sus costes de litigar que deriva de restar 1 litigante a su lista de reclamantes.

4. Abuso procesal: cribado de demandantes

El problema apuntado en el epígrafe anterior se manifiesta con toda su crudeza en el caso del abuso procesal puro y simple -abuso del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española (CE): supóngase que un actor, sin razón legal material para reclamar, notifica a la otra parte la inminente interposición de una demanda judicial con el único objeto de forzar una transacción. Si los costes -directos e indirectos- de la litigación son más elevados para la demandada que para el actor (porque, por ej., aquélla puede ver paralizada o seriamente entorpecida su actividad económica durante el proceso) aquél puede jugar con la diferencia para forzar la transacción aunque las probabilidades de que la demanda sea estimada sean nulas: si el actor arriesga únicamente los 10.000 € de costes del pleito, pero la demandada arriesga 50.000 €, en ausencia de legislación clara sobre abuso procesal (*malitious prosecution*), la demandada se verá abocada a una transacción por una cantidad que oscilará entre 10.000 € y 50.000 €.

> La permisión del abuso del derecho lleva a un juego no cooperativo como el descrito, mientras que su proscripción y el imperio de la buena fe impiden este resultado y convierten la interacción social en un juego cooperativo con una ganancia neta –un ahorro-, en el ejemplo anterior, de 60.000 € (Cooter/Ulen (1999), 403).
>
> En el derecho español, el principio de buena fe está positivado en el art. 7.1 CC 1889, modificado en 1974 y el abuso del derecho está genéricamente proscrito por el art. 7.2 CC.
>
> Por su parte, el art. 247 LEC 2000 dice:
>
> «*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, podrá 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».
>
> De acuerdo con la tradición continental del proceso inquisitorial, el abuso procesal de la LEC 2000 es objeto de activo control judicial *ex officio* y lleva aparejado sanciones pecuniarias; con independencia de lo anterior, constituye un supuesto de ilícito civil incardinable en el nebuloso art. 1902 CC. En cambio, en las jurisdicciones del *Common Law*, en las cuales el juez o tribunal asumen un papel claramente arbitral (*adversarial litigation*), el abuso conforma un conjunto de *torts* específicos (*Malicious Prosecution*, *Wrongful Civil Proceedings*, *Abuse of Process*) definido por los precedentes (Prosser/Keeton (1984), 870; Dobbs (2000), 1213).

A veces, la reclamación abusiva se oculta en un bosque de reclamaciones justificadas. Para la demandada que desconoce la gravedad y, en su caso, la realidad de cada daño individual, una de las posibles soluciones al *impasse* que generan los demandantes abusivos emboscados en un colectivo de actores con razones sustanciales para demandar es endurecer la negociación (*tough dealing*) y, en el límite, negarse aleatoriamente a pactar con un porcentaje determinado de reclamantes (*Randomizing Offers*, Cooter/Ulen (1999), 403-405): la negativa aleatoria a negociar permite cribar los casos de abuso. Así, supóngase que la demandada ofrece 20.000 € al 50% de los reclamantes, pero 0 € al 50% de ellos y que los costes de litigar de estos últimos son de 10.000 €. Así las cosas, cualquier caso de abuso procesal incluido en la subpoblación del 50 % de reclamantes será frustrado, pues el valor del pleito para el demandante abusivo es negativo –pierde el pleito y carga con los costes de litigar-. La oferta limitada al 50 % de las reclamaciones convierte la interacción entre demandada y reclamantes en un juego arriesgado en el que los reclamantes abusivos saben que pueden perder: en el envite, un reclamante abusivo es consciente de que gastará 10.000 €, pero como el valor esperado de su reclamación es 20.000 x 0,5 + 0 x 0,5 = 10.000, no interpondrá la demanda, pues nada ganaría con ello. Como en el caso analizado en el epígrafe anterior, la oferta aleatoria criba a todos los demandantes abusivos, pero aboca al pleito a muchos con razones para litigar. Pagan justos por pecadores, pero la situación mejoraría si una regulación adecuada hiciera disminuir la asimetría de la información. El derecho puede facilitar institucionalmente esa mejora como veremos a continuación.

5. Reducción de la asimetría de información: la institución de la discovery y la inversión en preparar la defensa del caso

Uno de los instrumentos legales más utilizados por el derecho americano para reducir la asimetría de información entre las partes es la *discovery*. InDret 3(2002) daba noticia de su recepción por el derecho alemán, probablemente el más influyente de Europa continental: la *discovery* o revelación de información relevante para el pleito que hace una parte a petición de la otra antes del inicio del juicio propiamente dicho reduce la asimetría a la que venimos haciendo referencia y evita la reserva de información para el último momento procesal, cuando ya se han incurrido en elevados costes de litigación, pero como todo lo que es valioso en este mundo, la discovery no es gratis sino más o menos costosa.

En segundo lugar, además de la información que, voluntariamente o por mandato de la ley, una parte desvela a la otra, cada una de ellas puede asignar más o menos –y mejores o peores- recursos humanos o materiales a la preparación y defensa del caso, algo que, naturalmente, incrementará los costes del pleito y que habrá que contrastar con la alternativa de la transacción. Trataremos aquí brevemente de ambos tópicos.

La intuición básica subyacente a la *discovery* voluntaria es que desvelar información con el objeto de contrarrestar el optimismo infundado de la contraparte facilita la transacción, pues muestra la falta de fundamento de sus pretensiones ("*Bad News is Free*": Cooter/Ulen (1999), 392). Inversamente, ambas partes pierden posiciones en la mesa de negociación si revelan información que corrige su injustificado pesimismo. Mas, incluso en este último caso, la *discovery* (ordenada por el Juez) mejora la información del Juez, disminuye la probabilidad de errores judiciales y facilita la aplicación correcta de la ley (Cooter/Rubinfeld (1994)).

Sin embargo, la institución es –como todas- susceptible de abuso: la *discovery* puede resultar extraordinariamente costosa para la parte que ha de llevarla a cabo, forzada a desvelar todo tipo de información técnica o económica que pueda resultar relevante para el caso. Objetivamente, la *discovery* es mal usada cuando sus costes superan a los beneficios derivados de desvelar la información de que se trate; subjetivamente, el abuso es manifiesto cuando el único o principal objetivo de la parte que la solicita es forzar una negociación para conseguir arrancar a la contraparte una cantidad de dinero importante, pero inferior a la que costaría la propia práctica de la *discovery*. Una solución al problema del abuso consiste en hacer cargar al solicitante con una fracción de los costes de la *discovery*, normalmente, a partir de un determinado importe que fija el Juez a la luz de la plausibilidad *prima facie* de las pretensiones de las partes.

Por supuesto, el valor esperado de una pretensión legal no depende sólo de la información puesta a disposición de las partes y del Juez, sino también de la inversión realizada por (los abogados de) las partes en el análisis de los hechos y del derecho aplicable Reinganum/Wilde, 1986), inversión que puede resultar poco o nada rentable para demandantes individuales, sobre todo en daños difusos, supuestos en los que están

especialmente indicadas las acciones de clase. Con independencia de lo anterior y dado que cada parte puede decidir realizar una inversión más o menos cuantiosa en la defensa de su caso y que la información sobre esta cuestión suele estar excluida de la *discovery* –por estar protegida por el secreto profesional del abogado-, es esperable que las partes adopten estrategias defensivas que dificulten la transacción, en particular cuando una de ellas formula una baja oferta de arreglo a la contraparte que ha realizado una inversión cuantiosa en su defensa (Hay/Spier (1995, 444). Aunque litigar cueste tanto o más que lo que se obtendrá caso de ganar el pleito, ello no evitaría el conflicto: en ausencia de una amenaza creíble de ir a los tribunales, la demandada no tendrá incentivo alguno para transigir.

Los abogados especializados en llevar apelaciones saben bien que los casos cristalizan con el paso del tiempo: tanto la *discovery* como el resto de gastos en los que incurre cada parte en la preparación y defensa de sus pretensiones respectivas incrementan los costes de litigar y por ello es importante tener en cuenta el momento en que se realizan, así como su distribución a lo largo del proceso. Es obvio que si una parte incurre en inversiones cuantiosas antes o al inicio del pleito, habrá ya quemado sus naves (*sunk costs*) y tenderá a adoptar posiciones muy duras en una hipotética negociación que persiga apartarle del proceso. Anticipando esto, la contraparte ofrecerá la transacción antes de que se incurra en la inversión de que se trata.

En todo caso, la reducción de la asimetría de información ayuda a evitar o, al menos, a paliar el efecto "última hora" (*deadline effect*) que caracteriza a muchos procesos de negociación: la transacción es aplazada hasta el último momento –la hora undécima-, pues manifestar desde el principio una clara predisposición a transigir provoca que la contraparte lo interprete como un signo de debilidad negociadora. La creación y mantenimiento de una reputación de negociador duro permite a quien goza de ella hacerse con una parte importante del beneficio de la transacción, el ahorro de los costes del conflicto judicial. Como ambas partes conocen lo anterior, aparece una función en forma de "U" en la cual la probabilidad de negociar con éxito es mayor al inicio y al final del proceso que justamente en su mitad.

El tema de la inversión en la preparación del caso depende en gran medida de decisiones adoptadas por quien efectivamente lleva su defensa, es decir, del abogado. De ahí que otro factor relevante en la alternativa entre la transacción y el pleito sea la relación abogado-cliente y el control que éste ejerza sobre el trabajo de aquél.

6. Costes de agencia: la relación abogado-cliente y la transacción

A la asimetría de información entre demandante y demandada en un conflicto judicial hay que añadir la que normalmente tiene lugar entre cada una de ellas y sus abogados respectivos: cuando el contrato que establece y regula la relación abogado-cliente no alinea

correctamente los intereses de ambos, la segunda asimetría multiplica los efectos de la primera en perjuicio de las partes y en beneficio de sus abogados.

Así, en un contrato por (cuartos de) horas trabajadas , el abogado tiene incentivos obvios en exacerbar el optimismo del cliente y en favorecer antes el (largo) proceso judicial, con su cadena de incidentes y recursos que una (breve) negociación que facilite la transacción entre la partes. En cambio, en un contrato por cuota o porcentaje de resultado positivo obtenido (*quota litis*, *contingency fees*), el abogado –normalmente el abogado del demandante- es posible el efecto contrario, contra lo que a veces se supone: si el abogado cobra de acuerdo con el resultado del pleito, que es de 50.000 €, 1/3 del mismo, es decir 16.666,66 €, y si los costes de ir a juicio para el abogado son de 10.000 €, entonces sucede los siguiente: para el cliente el mínimo importe aceptable de la transacción es de 50.000 €, pero para el abogado las cosas son distintas: el mínimo aceptable para él son 20.000 €, pues esa cantidad le produce los mismos beneficios que el resultado esperado del pleito: obsérvese que 20.000/3 = 6.666,66 € y si el caso va a juicio, el abogado obtiene (1/3 x 50.000) – 10.000 = 6.666 €. Por tanto, si el abogado controla la transacción, el mínimo será inferior, al que resultaría si la controlara el cliente (pero cfr. Polinsky/Rubinfeld (2001)).

Los problemas que plantean los distintos tipos de contratos que regulan las relaciones entre abogados y sus clientes se agudizan en los sistemas legales en los que las leyes gobiernan menos que los hombres, es decir, en aquellos caracterizados por niveles muy bajos de seguridad jurídica, pues a la asimetría de la información entre abogado y cliente se añade, con efectos multiplicadores, la incerteza sobre la aplicación del derecho y, consiguientemente, se facilita mucho la generación por parte del abogado de optimismo en el cliente, sobre todo si se trata de un cliente ocasional ("*Hit and run: aquí te pillo, aquí te mato*"). Una buena manera de contrarrestar las posibles desventajas de los distintos tipos de contratos individuales es generar una reputación de honestidad en la que pueden confiar los clientes del abogado en cuestión. De hecho, esta consideración explica en gran medida la emergencia de firmas de abogados (*law firms)* cuyo éxito perdurable se basa en su reputación.

7. Costas y transacción

En la literatura sobre costas judiciales y extrajudiciales (Spier (1994)) suele analizarse el efecto de las distintas regulaciones sobre la transacción. Al efecto, es común distinguir entre la regla americana y la inglesa: de acuerdo con la primera, cada parte carga con los costes de litigar; según la segunda, la parte perdedora paga las costas de quien prevalece en juicio. La ventaja más generalmente aducida de la regla ingesa sobre la americana es que aquélla desincentiva presentar demandas cuyas probabilidades de ser estimadas sean muy escasas.

> En España, el art. 394 LEC establece que, en primera instancia, es condenada la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el Tribunal aprecie que el caso presentaba

serias dudas de hecho o de derecho. La misma regla se aplica en apelación (art. 397) y en casación (art. 388).

Supongamos, primero (con Hay/Spier (1998), 447-448) que las partes comparten la creencia de que el demandante probablemente prevalecerá en el juicio. En tal caso, la dimensión del recorrido de la transacción es la misma bajo las dos reglas: si el demandante está seguro de que ganará, pedirá una cantidad mínima para transigir que será mayor bajo la regla inglesa que bajo la americana, pues, bajo aquélla, esperará que sus costes de litigación serán cubiertos por el demandado, cuya condena cree muy probable; pero la cantidad que, como máximo, estará dispuesto a ofrecer el demandante subirá por la misma razón.

Si suponemos, en segundo lugar, que las partes discrepan acerca de su estimación de la probabilidad de que el demandante gane el pleito y, en particular, que son optimistas, se transigirán más casos bajo la regla americana que bajo la inglesa, pues las apuestas serán mayores bajo esta última, ya que, en ella, no sólo la condena sino también todos los costes del pleito para todas las partes estarán sobre la mesa del juego. Si ambas partes son optimistas acerca de sus posibilidades, la regla inglesa hará disminuir la estimación subjetiva de cada una de ellas sobre los costes del pleito y la litigación les resultará más atractiva. En cambio, si ambas son pesimistas, la elección entre una u otra regla parece que afectará menos a la probabilidad de ir a pleito en lugar de transigir.

Modelos más complejos (como Reinganum/Wilde (1986)) apuntan al hecho de que cuando una parte dispone de información privada acerca de los resultados probables de su éxito en el pleito, la regla inglesa hará disminuir la probabilidad de la transacción, pues la asimetría de la información provocará que las partes tengan percepciones distintas acerca del resultado del pleito y la regla magnificará las diferencias entre ellas; en cambio, en ausencia de asimetría de información, el efecto de ambas reglas es equivalente.

Ahora bien, si los costes del pleito son variables y las partes pueden decidir la cuantía de sus inversiones en el caso, entonces la regla inglesa puede acercarles a la mesa de negociación, pues bajo ella, tenderán a ver sus costes de litigar como algo pagado por su oponente, particulamente cuando sean optimistas; ello les llevará a gastar más y el recorrido de la transacción se ampliará facilitando el arreglo extraprocesal.

En cuanto a los términos concretos de la transacción, los efectos de ambas reglas, señalan Hay y Spier, son oscuros: por un lado, si las partes coinciden en su apreciación de las probabilidades de victoria del demandante, la regla inglesa favorecerá a aquélla que más probabilidades tenga de prevalecer en el pleito: así, si, por ej., el demandante lleva las de ganar, la regla incrementa tanto su oferta mínima como la oferta máxima del demandado, incrementando consecuentemente el objeto posible de la transacción. Viceversa, si el demandado tiene buenas perspectivas de prevalecer, la regla inglesa desplazará hacia abajo el recorrido de transacción facilitando el acuerdo. Sin embargo, si las partes no coinciden en una estimación común de las probabilidades de estimación de la demanda del actor, el impacto de la regla inglesa sobre los términos de la transacción es menos obvio: en casos de mutuo optimismo, la regla inglesa frecuentemente incrementa la demanda mínima del demandante al tiempo que reduce la oferta máxima del demandado. Qué efecto acabe por predominar dependerá del caso y de las estimaciones de cada parte. Similarmente, en casos de pesimismo mutuo, la regla inglesa frecuentemente hará disminuir la demanda mínima del actor al mismo tiempo que, incrementará la oferta máxima del

demandado. Cómo se traducirá esto en mayores o menores importes objetos de transacción es imposible de determinar *a priori*.

También son discutidos algunos efectos de las reglas que asocian el pago de las costas al rechazo de una oferta de transacción judicial cuando la parte que la rechaza recibe en la sentencia un trato menos ventajoso que el que le ofrecía la contraparte (Bebchuk and Chang (1998)): la más famosa es la *Rule 68 of the Federal Rules of Civil Procedure*, según la cual, la demandada puede formular una oferta específica de transacción al demandante. Si éste la acepta, el juez resuelve de acuerdo con ella, pero si la rechaza y luego la sentencia es menos ventajosa que la oferta, el demandante cargará con todas las costas incurridas por el demandado posteriores a la oferta (*one-sided offer-of-settlement rule*).

La regla tiene su más clara razón de ser en los casos en que las partes tienen distintos costes de litigación y, en particular, cuando los de una de ellas –por ej., la demandada- son mayores que los de la otra: en ausencia de una regla semejante, el importe de la transacción puede desviarse de la cantidad que resultaría de la sentencia judicial a favor de la parte que tuviera menos costes de litigar, resultado indeseable si la transacción ha de reflejar la aplicación correcta del derecho, descontados los costes de litigación.

La regla reduce la demanda mínima de transacción del actor y, simultáneamente, la cantidad máxima que el demandado estará dispuesto a pagar: ambos efectos, combinados, desplazarán hacia abajo el recorrido de la transacción, pero no lo harán necesariamente más amplio. Quizás entonces, el impacto de la regla será reducir el importe de la transacción si ésta se alcanza, pero no necesariamente hacerla más probable.

Para las *two-sided offer-of-settlement rules*, en virtud de las cuales, tanto demandante como demandado (y no sólo el primero) pagarán las costas de la contraparte si el resultado del pleito cae por debajo o por encima de la oferta de transacción rechazada, Bebchuk and Chang (1998) defienden que incentivan a las partes a transigir por un importe que tiende a coincidir con el resultado esperado del pleito, pero sólo si la información está simétricamente distribuida.

8. Carga de la prueba y transacción

Las reglas legales y la jurisrprudencia sobre carga de la prueba pueden servir útilmente para contener los costes de resolución de un conflicto judicial (véanse Hay/Spier (1997) y Gómez Pomar (2001)): la Ley o el Juez, al asignar la carga de presentación o producción de tal o cual prueba a una parte, reduce los costes de la otra. A partir de esta consideración, es casi una obviedad –o debería serlo- indicar que hay que tener en cuenta cuál de las dos partes está en mejores condiciones de presentar la prueba de que se trate. Por si acaso, esto es algo que las modernas leyes procesales hacen:

> "Para la aplicación de lo dispuesto en … este artículo [sobre asignación de la carga de la prueba], 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).

Supóngase entonces que el demandante tiene la carga de probar la ocurrencia de X: en equilibrio, la parte sobre quien recaiga la carga de la prueba la presentará efectivamente si y sólo si la prueba favorece sus pretensiones, esto es, el demandante presentará esa prueba si y sólo si X ocurrió efectivamente, mientras que la demandada no presentará prueba alguna; si, inversamente, la carga de la prueba de X recae sobre la demandada, el demandante no presentará prueba alguna y la demandada lo hará si y sólo si la prueba muestra que X **no** ocurrió. De acuerdo con el art. 217.6 LEC, el Juez deberá asignar la carga de forma tal que los costes de probar si X ocurrió resulten minimizados (otra solución implicaría un despilfarro de recursos socialmente útiles).

Mas lo anterior no supondrá que el demandante deba cargar siempre con los costes de la ocurrencia de X sino, más precisamente, que deberá hacerlo sólo cuando la probabilidad de que X haya ocurrido multiplicada por los costes para el demandante de mostrar que así ha sido es inferior a la probabilidad de que X no haya ocurrido multiplicada por los costes de la demandada de mostrar que X no ha tenido lugar.

> En la práctica judicial, lo usual es que el Juez tenga acceso a una apariencia o indicio, Y, de que X podría haber tenido lugar. Dado Y, la probabilidad de que X haya tenido lugar es un caso claro de aplicación del teorema de Bayes -prob (X/Y) = [prob (Y/X) x prob (X)] / prob (Y)-. El tribunal deberá asignar la carga de la prueba de X al demandante si:
>
> prob (Y/X) x prob (X) x costes del demandante < prob (Y/no X) x prob (no X) x costes del demandado
>
> En caso contrario, deberá asignarla a la parte demandada (Hay/Spier (1997), 423).

Dado que las partes pueden disponer del objeto del proceso y transigir sus pretensiones sin necesidad de cargar con las distintas y eventualmente costosas cargas de presentar pruebas de sus pretensiones es obvio que la aplicación judicial de las reglas sobre carga de la prueba influirá decisivamente en la dimensión de las ventajas de la transacción relativas al proceso judicial –en el tamaño del pastel-. Ahora bien, siempre que existe la eventualidad de una ganancia derivada de la transacción, se crea simultáneamente un incentivo (perverso, socialmente hablando) en cada parte para invertir en negociar con el objeto de apropiarse de la mayor parte posible de tal ganancia: si la carga de la prueba de X recae sobre el demandante, la decisión judicial origen de tal asignación habrá creado una ventaja o ganancia posible de la transacción –el ahorro de los costes de probar la ocurrencia de X- sobre cuyo reparto deberán ponerse de acuerdo ambas partes, acuerdo que consumirá a su vez recursos más o menos cuantiosos, que también podrían haberse ahorrado si, por ej., la carga de la prueba hubiera recaído sobre la demandada. La asignación judicial óptima deberá así tener en cuenta la minimización de los costes de negociación (de negociar hasta llegar a un acuerdo transaccional) y no sólo la de los costes de presentar la prueba en juicio. Una indicación práctica sobre la cuestión puede ser la siguiente: si los costes de negociación crecen linealmente con el incremento de la ganancia derivada de la transacción misma, el

Juez alcanzará el objetivo descrito si aplica las reglas sobre carga de la prueba como si el proceso hubiera de continuar hasta su finalización, normalmente por sentencia (Hay/Spier (1997), 422).

9. Transacción y otros instrumentos de resolución alternativa de disputas (Alternative Dispute Resolution)

La transacción es uno de los instrumentos alternativos al pleito judicial, pero no es el único, sino que compite con otros, como señaladamente la mediación y el arbitraje, así como con las claúsulas o reglas contractuales que evitan el planteamiento del conflicto mismo (garantías de reparación o sustitución del producto, de nueva prestación del servicio, cláusulas de restitución del precio, liquidación contractual de perjucios, etc.). La mediación pactada *ex ante*, por ej., puede resultar más económica que la transacción, pues puede llevar a un ahorro notable de costes de negociación entre las partes. Parecidamente, el arbitraje. Estos procedimientos presentan ventajas indudables, pues permiten que el conflicto sea sistemática y rápidamente analizado y resuelto por profesionales, buenos conocedores del sector en el que el conflicto surge, así como de sus problemas recurrentes: una ventaja característica es la reducción de la probabilidad y gravedad del error en la apreciación de la prueba, pues es obvio que un panel de profesionales especialistas en el sector y familiarizados con los problemas que, recurrentemente, surgen en la práctica, tienen menos margen de error que un Juez generalista.

> Así, el siguiente ejemplo, (inspirado en Shavell (1995), 7), muestra cómo, dadas las circunstancias del caso, la adopción de un sistema de *alternative dispute resolution*, *ADR*, sería preferible a un proceso o incluso a una transacción costosa de negociar dados los costes de litigar y la consiguiente tentación de cada parte de negociar duramente sobre su reparto: en un caso en que es de aplicación la regulación sobre responsabilidad objetiva de fabricantes o importadores de productos defectuosos, cuando eventualmente surge un defecto, éste causa daños al comprador por un importe medio de 2.000 €, mas, dada la mejor tecnología asequible no hay nada que la compañía fabricante pueda hacer para evitar la ocurrencia ocasional del defecto. Supóngase entonces que los costes (judicialmente irrecuperables) de litigar importan 100 € para el demandante y 750 € para la demandada: siempre que el producto sea defectuoso, el comprador litigará. Queda la alternativa de transigir, pero la negociación será indudablemente difícil, dados los elevados costes de litigar y su distribución asimétrica entre las partes: *ex ante*, un procedimiento alternativo de resolución de conflictos –como un peritaje neutral seguido de una mediación- podría resolver mejor el problema y, desde luego –circunstancia que la honesta ingenuidad del consumerismo patrio suele preterir- abaratar el precio del producto con ventaja para todos.

Sin embargo, aunque la mediación, el arbitraje y otros instrumentos de ADR son procedimientos que contribuyen a superar los obstáculos de la transacción, así como a solucionar posibles problemas de agencia -particularmente si participan las partes y no sólo sus abogados- no suelen contribuir a reducir los problemas derivados de la asimetría de la distribución de la información entre las partes. En particular, la creencia de que la

mediación o el arbitraje obligatorios pueden superar sin más los problemas mencionados es errónea.

> Un ejemplo (Bernstein (1993)) aclarará lo anterior: supóngase que, en ausencia de mediación y arbitraje obligatorios, una parte que dispone de información privada ha resuelto guardársela para sí con el objeto de desvelarla por sorpresa en un momento determinado del proceso. Obligar a la parte en cuestión a pasar por un mediador o a someterse a un árbitro no cambiará para nada su incentivo a, como dicen en mi tierra, hacerse el payés. No mejora las cosas una regla que sancione a la parte que rechazó un arbitraje y luego quedó aún peor parada en el juicio: antes bien, su incentivo a hacerse el loco en el arbitraje se incrementa notable e intuitivamente. *Compulsory alternative dispute resolution* no es necesariamente una buena idea.

10. Análisis normativo de la transacción

Hasta aquí, el análisis positivo de la transacción, tal y como viene llevándose a cabo en los últimos treinta años. Mas no sería razonable finalizar este breve trabajo sin haber abordado los temas normativos: el contrato de transacción permite a las partes de una relación jurídica solucionar un conflicto surgido en torno a ella de manera más económica que una sentencia, pero, ¿es eso siempre justo?

Una respuesta negativa – y una crítica clásica de la transacción como alternativa a la sentencia judicial - fue ofrecida hace ya bastantes años por Owen Fiss: las transacciones no son justas porque, típicamente, perjudican a la parte más débil, que se verá forzada a aceptar una oferta transaccional menos favorable que la podría obtener en un proceso judicial, con todas las garantías materiales y adjetivas. Ello es así, porque, por hipótesis, la parte más débil carece de los medios necesarios para transigir con resultados comparables a los que están al alcance de un Juez neutral que dirige un proceso formal y equilibrado. Las transacciones favorecen a los fuertes –a los ricos- y perjudican a los débiles –a los pobres- (Fiss (1984)). Es más, incluso en ausencia de un desequilibrio sustancial entre las partes, las transacciones minan la Justicia: son un mecanismo diseñado para ahorrar costes directos e indirectos –dilaciones, errores de apreciación de la prueba- de los procesos, pero distraen atención y recursos de la cuestión fundamental desde el punto de vista del derecho y la Justicia, esto es, reformar el proceso para convertirlo en un instrumento cada vez más ágil y preciso (Alschuler (1991)). En último término, sustituir la resolución judicial de conflictos –la jurisprudencia- por un contrato privado va en detrimento del desarrollo judicial del derecho (Coleman/Silver (1986)).

La crítica prueba demasiado. El hilo conductor de todas estas críticas es la idea de que los procesos judiciales producen resultados más justos que la transacción y que … cualesquiera contratos: la objeción de Fiss no es específica de la transacción sino que se puede dirigir contra cualquier contrato siempre que no hubiera equilibrio económico entre las partes que lo celebraron. Mas la idea de que los jueces y tribunales saben –siempre y en todo caso- mucho mejor que las partes aquello que les conviene a éstas para resolver sus conflictos resulta, cuando menos, algo exagerada y precisa de algún apoyo empírico. Además, prohibir el paso a la transacción debilitaría aún más a la parte menos fuerte. El remedio es

peor que la enfermedad: si fuera realmente cierto que jueces y tribunales apoyan y favorecen clara y abiertamente a la parte más débil, ésta –salvo que además de débil fuera incapaz de obrar- lo sabría y pediría una cantidad mayor para transigir; prohibírselo equivale a forzarla a despilfarrar recursos que, al menos en parte, habrían engrosado el beneficio de la transacción, más económica que el proceso (Kaplow/Shavell (2002), 284). Desde un punto de vista normativo, solventar la objeción del desequilibrio estructural exigiría, por parte de los jueces un control material de todos los contratos celebrados en partes en situación de desequilibrio, no sólo de las transacciones.

> En el derecho español, el control material –causal- de los contratos onerosos es muy limitado (cfr. arts. 1274 y ss. CC) y no valora el mérito de la operación económica, salvo casos extremos (art 1291 CC); específicamente el control judicial de las transacciones –precisamente- judiciales se limita a la capacidad y poder de disposición de las partes (art. 415.2 LEC), pero no entra en la justicia material del acuerdo. La transacción es un contrato oneroso, pero –a salvo particularidades menores y muy discutidas, por ej., en materia de error de derecho o de error de hecho sobre cuestiones no controvertidas (v. al respecto la síntesis de Corbal (2000, 84 y ss.)-, no está sujeta a controles extraordinarios.

Las críticas que apuntan al efecto debilitador de las instituciones que conforman el aparato de la justicia o a la frustración del desarrollo judicial del derecho tienen más entidad y requieren una consideración aparte.

En efecto, en los 9 primeros epígrafes de este trabajo hemos analizado la transacción desde el punto de vista del ahorro de costes que la composición privada de conflictos supone para las partes en comparación con los que resultarían del proceso, es decir, se han tenido en cuenta los costes y beneficios **privados**, pero no se ha dicho una palabra sobre el resto de costes y beneficios **sociales** que pueden generar las transacciones: es obvio que una transacción puede resultar ventajosa para las partes sin ser, al mismo tiempo, socialmente beneficiosa. Para alinear beneficios privados y sociales, es preciso, en primer lugar, que las partes transijan sobre la cantidad correcta desde el punto de vista del derecho aplicable en el proceso (suponiendo que la regla de derecho es la óptima), descontados los costes del proceso mismo: si la transacción se acordara por un importe inferior, sus efectos en el comportamiento futuro de los destinatarios de la norma quedarían por debajo del umbral de prevención que la ley, sobre cuya aplicación se discutía, pretende.

> Así, en un pleito de negligencia en el que estándar aplicable sea la fórmula de Hand (B = P.L), la transacción sería socialmente subóptima si el importe transigido fuera inferior al resultante de equilibrar, en el margen, inversiones en precaución e incremento de daños probables y esto puede suceder: si, por ej., los costes de litigar, comparados con la indemnización que el actor podría conseguir en un proceso judicial, son muy elevados para él, podría aceptar transigir el caso por una cantidad demasiado reducida. Sabiendo esto, los causantes potenciales de daños dejarían de adoptar las precauciones óptimas. Inversamente, si los costes de litigar para la demandada son muy elevados, ésta puede aceptar una oferta transaccional excesiva desde el punto de vista de los incentivos de su futura conducta. Ello abona una cierta intervención pública (Hay/Spier (1998), 446).

Desde un punto de vista institucional, ya hemos visto que las dos restantes críticas de la transacción –y, por extensión, de la resolución alternativa de conflictos- señalan que las sentencias judiciales pueden considerarse como un **bien público**, en cuanto contribuyen al desarrollo del derecho. En cambio, los conflictos que se transigen –particularmente si la transacción incluye, como es frecuente, cláusulas de confidencialidad- limitan la producción de derecho: con su resolución, no se crea o, al menos, no se refuerza un precedente judicial y el derecho, el sistema formal de normas legales históricamente desarrollado por la jurisprudencia, se anquilosa. Mas de nuevo, el argumento prueba demasiado: llevado al límite forzaría a las partes de cualquier relación contractual –desde la compraventa al matrimonio- a ventilar todas sus diferencias ante un Juez en un proceso formal para que éste pudiera dibujar el mapa del buen camino legal. Cuando la crítica considerada afirma que las sentencias judiciales son bienes públicos no especifica las condiciones en las que la afirmación resulta sostenible, esto es cuando la transacción no se limita al ahorro de los costes y dilaciones del proceso, sino que se pacta por un importe inferior o superior al óptimo. Si se tiene en cuenta esta restricción, la crítica pierde mucho peso, pues su alcance se limita a los efectos de la falta de publicidad de las transacciones. Mas, a la larga, las transacciones, como cualesquiera otros contratos también acaban por crear nuevo derecho: articulan nuevos modos de relaciones sociales, estereotipan cláusulas que acaban por generar prácticas, costumbres o normas sociales que finalmente son tenidas en cuenta por el sistema formal de normas cuando no son incorporadas a él. La defensa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no debe llevar a olvidar que la jurisprudencia da fe de la patología del derecho, no de su fisiología. En derecho privado, el proceso es el último remedio, no el único.

11. Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel (1997). *Derecho civil. Tomo II, Vol. 2.* 10ª ed. Bosch. Barcelona. 403 y 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 Pennsylvannia Law Review, 2169-2233.

CARRASCO PERERA, Ángel (2001). *Arts. 1809 al 1819*. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodríguez (Cord.), *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*. 3rd ed. Addison-Wesley Reading, Massachussetts. Menlo Park, California. New York. Harlow, England. Don Hills, Ontario. Sydney. Mexico City. Madrid. Amsterdam. Chapter 10. Pp. 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*. En: SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.). COMENTARIO DEL CÓDIGO CIVIL. Tomo 8º. Arts. 1790 al 1902. Bosch. Barcelona. 84-153.

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

DAUGHETY, Andrew F. (2000). *Settlement*. En: BOUCKAERT, Boudewijn y 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, Sthephen B./ROGERS, Nancy H./SANDER, Frank E.A. (1999). *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*. 3rd ed. Aspen Law & Business, Gaithersburg, MD.

GÓMEZ POMAR, Fernando (2001). *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*. InDret 2/2001. 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*. En: PAZ-ARES, Cándido *et alii*. COMENTARIOS DEL CÓDIGO CIVIL. Tomo II. Civitas. Ministerio de Justicia, Madrid. Pp. 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, Massachussetts, and London, England

LACRUZ BERDEJO, José Luis/RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco (1999). *Elementos de derecho civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen 2º, contatos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*. Edición puesta al día por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. Dykinson, Madrid. 368 y ss.

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

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

MILLER, Geoffrey P. (1996). *Settlement of Litigation: A Critical Perspective*. En: 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*. En: 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 Ll./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 Barganining and the Design of Fee-shifting Rules*. 25 RAND Journal of Law and Economics, 197-214.