

Para avanzar en el texto
“Hacia un análisis económico del derecho
de los métodos alternativos de solución
de conflictos” del profesor Antonio José
Núñez

Emilio José Archila Peñalosa
2018

Comentarios

1. Costo subjetivo-psicológico de conciliar
2. Procesalización ¿Necesariamente mala?
3. ¿Posiciones dominantes y corrupción?
4. Eficiencia de justicia estatal (vs. arbitraje)
5. Incentivos para admitir demandas en árbitros y jueces
6. ¿A quién afecta el atajo mental de “partir la diferencia”?

1. Costo subjetivo-psicológico de conciliar

¿Acordar o litigar? A veces intentar acuerdo implica costos psicológicos que incentivan a las partes a preferir decisiones judiciales (Nuñez, pág. 5)

Racionalidad económica: El AED asume que decisión entre 'acordar' o 'litigar' depende de costos/beneficios objetivos (tiempo, abogados, costas).

Costos psicológicos importan: AED asume visión estrecha de racionalidad y no explica muchas de decisiones de partes por preferir litigar.

El caso de ley de *no fault divorce* en California es un ejemplo, pero hay mas implicaciones:

- **Animadversión reactiva de ofertas:** Personas tienden a devaluar subjetivamente propuestas de contraparte únicamente porque han sido ofrecidas por un adversario. (Ross & Stillinger, 1991)
- **Propensión a hacer justicia:** A veces personas no quieren dinero sino que quieren que un juez les de la razón, por tanto, tienden a rechazar ofertas económicas si creen que contraparte es moralmente responsable o ha sido 'mala persona' (Korobkin & Guthrie, 1994)

2. Procesalización ¿Necesariamente mala?

Costos de transacción: La ley 1563 (art. 58) da libertad a partes de acordar su procedimiento. Pero, en la práctica el arbitraje es reflejo de proceso civil, lo que le resta atractivo. (Nuñez, pág. 13)

Que las partes no acuerden un procedimiento y se aplique proceso civil (CGP) ahorra costos de negociación.

Eficiencia: La existencia y rigurosidad de un procedimiento (procesalización) evita costos:

- **Los de error judicial:** Mitiga la posibilidad de que el juez se equivoque (tutelas)
- **Certeza:** Provee mayor certidumbre a las estimaciones de las partes acerca lo que puede pasar en el futuro y,
- **Los de información:** La posibilidad futura de enfrentarse a procedimientos muy rigurosos, desincentiva a las partes a que 'cañen' en la fase previa de acuerdo prejudicial.

3 ¿Siempre corrupción?

Costos de transacción se exacerban en Colombia por existencia de jugadores con posición dominante y regulación motivada por intereses personales (Nuñez, pág. 4)

Existe preocupación razonable de que entidades públicas tienen incentivos para conciliar por **razones 'non sanctas'** lo que justifica exigencia de mayores controles, lo cual es un costo aceptable (Nuñez, pág. 13)

- Existe el riesgo de acuerdos '*non sanctos*' Pero suponer que todas las entidades públicas siempre tienden a ser corruptas al conciliar es una generalización que es necesario probar y caracterizar.
- En ausencia de ese estudio, además, los costos de los cuidados podrían superar los beneficios.
- En ausencia de ese estudio, además, los cuidados pueden ser costos que no sirvan si la corrupción puede ser mucho mas sofisticada.
- En ausencia de ese estudio, los controles pueden desestimular también o principalmente a los honestos.
- Si se asume preocupación por corrupción estatal ¿Para qué insistir en requisito de procedibilidad de conciliación de ley 1285 de 2009 en materia administrativa?

4. Eficiencia de justicia estatal (vs. arbitraje)

Normas dictadas por el Estado y sus interpretaciones, constituyen precedentes o referencias para futuros pleitos y por tanto son de utilidad no sólo para las partes del litigio, sino para otros sujetos (Nuñez, pág. 7)

- En materia comercial/civil los fallos no son vinculantes para terceros, luego, como precedente, que la decisión la tome juez ordinario o árbitro no cambia la situación.
- Sin embargo, es común que (ejemplo) la Corte Suprema siga sus propios precedentes, lo que no sucede ni es posible con tribunales arbitrales (cada uno es primigenio).
- La tesis podría ser válida en derecho administrativo. Pero la duración de los procesos hace que el efecto del precedente no tenga un efecto "aconductor" verdadero.

5. Incentivos para asumir competencia son contrarios para árbitros y jueces

Mientras jueces tienen incentivos para rechazar demandas y reducir carga laboral, árbitros tienen incentivos para admitir y poder cobrar honorarios (Nuñez, pág. 9)

- Jueces tienen incentivos para maximizar su prestigio y secundariamente los intereses de las partes. **Lo mismo pasa con los árbitros.**
- Pero dada la gran cantidad de casos que llevan los jueces, que logren conciliar, ello no reduce su prestigio, pero si su carga de trabajo.
- **Incentivos contrarios:** Lo que es ajeno a jueces es el incentivo de árbitros por cobrar honorarios e incrementar su carga.
- Los árbitros tienen **incentivos** para expedir laudos (honorarios y prestigio), y desincentivos para que las partes concilien, **pero solo en los casos de altas cuantías.**

6. ¿A quién afecta 'partir la diferencia'?

La tendencia de los árbitros de "partir la diferencia" en lugar de "todo o nada" se dirige a incrementar opciones de volver a ser nombrado (Nuñez, pág. 10)

- Independientemente de si árbitros 'parten las diferencia' o fallan "todo o nada", las partes nunca están esperando volver a pagar por un arbitraje.
- Los árbitros y los abogados de las partes si se benefician de más arbitrajes.
- **Problema de agencia:** Entre partes, abogados se forman **relaciones de 'agente-principal'** con intereses disimiles.

Bibliografía

- Díaz, D., & García Ávila, A. F. (2014). La conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad y sus «verdaderos» efectos en la congestión judicial: El caso de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Con-texto* (41), 143-176.
- Korobkin, R., & Guthrie, C. (1994). Psychological barriers to litigation settlement: An experimental approach. *Michigan Law Review*, 93(1), 107-192.
- Posner, R. (1973). An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, 2(2), 399-458.
- Posner, R. “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does) (1993)” *Supreme Court Economic Review*, (3) 1–41
- Ross & Stillinger (1991). Barriers to Conflict Resolution, *Negotiation J* (7) 389-403
- Schwartz, A. (1993). The default rule Paradigm and the limits of contract law. *S. Cal. Interdisc. Lj* (3) 389-416

Archila Abogados

Cll. 90 n° 19 41, of 301 Bogotá D.C., Colombia

Tel: +571 618 1697 / 755 9667

earchila@archilaabogados.com

earchila@uexternado.edu.co