

HACIA UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Por Antonio José Núñez Trujillo¹

1. Precisión preliminar

La presente nota recoge las reflexiones propuestas por el autor como miembro del panel “procedimientos judiciales y MASC frente al empresario”, en el cual participó el 27 de octubre de 2017 en el marco del 33 Congreso Nacional de Derecho Comercial (Medellín). Constituye un insumo para trabajos académicos que profundicen en esta importante materia. Esta versión, preparada para una tertulia organizada por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de abril de 2018 incluye algunos cambios respecto de la versión inicial.

2. Marco conceptual: las instituciones y los costos de transacción

Para ver los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) bajo el prisma del prisma del análisis económico del derecho (AED) debemos remontarnos a los orígenes de éste: al famoso artículo de Ronald Coase “*El Problema del Costo Social*”². En este texto seminal, uno de los artículos sobre economía más citados en la literatura especializada, que mereció a su autor el Premio Nobel de Economía de 1991, junto con otros como “*La Naturaleza de la Firma*”³, igualmente relevante para nuestro análisis, el autor presenta un modelo conceptual para gestionar los conflictos resultantes del ejercicio de derechos de distintos titulares, cuando estos derechos no son totalmente compatibles. Esta situación se presenta especialmente cuando una actividad lícita (como por ejemplo una operar una fábrica) tiene externalidades, resultados negativos que en condiciones de mercado no quedan incorporados en el precio del producto resultante (v.gr. la contaminación ambiental), lo cual distorsiona el funcionamiento del mecanismo de precios, pues genera precios artificialmente bajos, que equivale a subsidiar las externalidades.

De una crítica al reputado autor de “*La Economía del Bienestar*” (Arthur Cecil Pigou), quien sostenía que estos conflictos se gestionaban a través de regulación gubernamental o de intervención del Estado (mediante impuestos o multas), Coase pasa a afirmar que el problema central son los costos de transacción (definidos como

¹ Abogado, Máster en Leyes (LL.M.) y en Administración de Negocios (MBA). Profesor universitario. Las opiniones expresadas en este escrito comprometen exclusivamente a su autor y no representan criterios de instituciones con los que éste se encuentre vinculado. Salvo donde expresamente se indica las referencias no son a casos particulares y concretos.

² COASE, Ronald H., 3 *The Problem of Social Cost*, THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS (Oct. 1960) 1-44.

³ COASE, Ronald H., *The Nature of the Firm*, 4 ECONOMICA 386-405 nueva serie 386-405.

el costo que tiene utilizar el mecanismo de precios para los contratistas, tanto antes del contrato –*ex ante*– como después de acordar el mismo –*ex post*–).

Para ello usa el ejemplo de dos fincas o fundos rurales dedicados cada uno de ellos a una actividad lícita y productiva distinta. En el primero hay sembrados y en el otro hay ganado. La diferencia central aquí es que la primera actividad no tiene externalidades, mientras que la segunda sí. Los cultivos no causan perjuicio al ganadero, mientras que el ganado, al ignorar los linderos entre los predios, puede fácilmente pasar de un predio a otro y pisotear y desarraigar los sembrados. Es igualmente cierto, como lo presume Coase, que el daño que causan los animales no crece de modo lineal, caso en el cual cada animal que se suma al grupo causa exactamente el mismo daño que el animal precedente, sino geométrica: cada animal adicional causa mayor daño que el anterior, a resultas de la interacción entre ellos. Como ambas actividades son lícitas, el problema no se resuelve diciendo que alguna de ellas debe cesar. No. Ambas deben proseguir, pero la cuestión es quién debe absorber el costo de las externalidades negativas. Estas situaciones de conflictos entre agricultores y ganaderos o pastores son recurrentes en la historia de la humanidad y por tanto el ejemplo no es totalmente teórico. Un episodio reciente es la tensión observada entre los ganaderos tutsis y los agricultores hutus de Rwanda y Burundi, que se prolongó durante décadas y pudo contribuir a hostilidades entre estos grupos desde antes de su independencia de Bélgica, la cual llegó a su peor consecuencia en el genocidio de tutsis de 1994.

Coase considera la situación desde varias perspectivas. Inicialmente asume que hay una regla conforme a la cual el agricultor debe cargar con estos costos pues el ganadero no está obligado a resarcirlo. Esta regla, aunque contraria a la que contiene nuestro Código Civil (artículo 2353), ha regido en diversas ocasiones, como la que menciona Coase, de la fase inicial de la actividad de los ferrocarriles cuando el gobierno inglés, con el fin de promover su desarrollo, exoneró a los operadores de tener que responder por los daños que a los cultivos ocasionaban las locomotoras que expedían chispas a resultas del proceso de combustión y, en cambio, estableció un fondo para indemnizaciones que se alimentaba del presupuesto general, al que podían acceder los damnificados cuando su detrimento superara cierto umbral, para eliminar las reclamaciones *de minimis*. Pues bien, bajo esta regla el agricultor, a quien Coase asume como persona racional (capaz de usar su razón para alcanzar los fines que se propone con los medios de que dispone), egoísta (que prefiere guardarse para sí los resultados buenos de sus actividades pero dejar a otros los resultados malos) y maximizadora (que siempre prefiere tener mayor satisfacción a lo contrario), un verdadero *homo oeconomicus*, considerará el daño que recibe de cada cabeza de ganado adicional que el ganadero adquiera, así como el costo de oportunidad que para el ganadero representaría no incorporar la cabeza de ganado (asumiendo que el mercado de ganado es de competencia perfecta, por lo que las actividades del ganadero de agregar o suprimir animales no afectan el precio de equilibrio). En el momento en el que el daño que se espera que cause una cabeza de ganado (el cual el agricultor conocerá por ser racional) supere el costo de oportunidad del animal (la pérdida en que incurriría el ganadero si no lo incorporara a su manada, la utilidad marginal que el animal produce, es decir el precio de venta menos la suma del costo de adquisición y el de manutención), el agricultor ofrecerá al ganadero una suma equivalente a ese costo de oportunidad, a cambio de que no lo incorpore a su finca, de modo que no cause los perjuicios que de

otro modo habría generado. El ganadero aceptará esta propuesta, porque para él es indiferente obtener el costo de oportunidad de su vecino el agricultor o generarlo por la crianza y venta del animal. De este modo la manada de propiedad del ganadero tendrá un número óptimo de animales, que estará determinado por la relación entre el costo de oportunidad de cada animal y la pérdida en que incurre el agricultor por el daño que le causaría el animal a sus cultivos.

Acto seguido Coase modifica su supuesto, y se pregunta qué pasaría si la ley obligara al ganadero a indemnizar al agricultor por los perjuicios causados por sus animales. En tal caso, el ganadero, quien es tan racional, egoísta y maximizador como el agricultor, deducirá del costo de oportunidad de cada vaca adicional el valor de la indemnización que deberá pagarle al agricultor por los daños que ésta le cause, y cuando llegue al punto en que el animal le cueste más de lo que le produce (cuando el costo marginal exceda el ingreso marginal, punto en el cual la vaca costará más de lo que produce) simplemente no la incorporará a su finca.

Como los ingresos y costos marginales son iguales bajo las dos reglas (que consisten, recordemos, en que el ganadero deba y que el ganadero no deba indemnizar), el número óptimo de cabezas de ganado debe ser igual en los dos casos. De aquí concluye Coase que, bajo los supuestos de su análisis (a los que adelante me referiré), las reglas legales **no importan**, puesto que no modifican realmente la asignación eficiente de los derechos. Es decir que, sin importar lo que diga la ley (v.gr., si alguien debe o no debe indemnizar a otro por determinada conducta) el resultado será el que sea eficiente en términos de costos e ingresos marginales.

¿Cuáles son estos supuestos? El principal de ellos es que los costos de transacción sean inexistentes, o insignificantes, es decir que usar el mecanismo de precios (contrato) no tenga costos para las partes. De aquí resulta el famoso Teorema de Coase (nombrado así no por éste sino por el economista y Premio Nobel 1981 George Stigler): cuando los costos de transacción son irrelevantes, la asignación inicial de los derechos (la resultante de la aplicación de la norma jurídica) no altera la asignación final (puesto que las partes pueden reasignar los derechos si la asignación inicial no fue eficiente porque la regla jurídica no lo fue tampoco), aunque sí altera la distribución de la riqueza. Esto último resulta evidente si consideramos, en el ejemplo del ganadero y el agricultor, que bajo la primera regla (el ganadero no responde por los daños), los agricultores absorberán las externalidades de la actividad ganadera y por tanto serán más pobres de lo que serían bajo la segunda regla (el ganadero responde por los daños), y con los ganaderos ocurre lo contrario. Entonces, con bajos o nulos costos de transacción, las normas jurídicas (leyes o decisiones judiciales) no alteran la asignación de los recursos, la cual en un mundo racional, egoísta y maximizador, está determinada por consideraciones de eficiencia.

Al finalizar su análisis, Coase consideró las implicaciones de la existencia de altos costos de transacción. Éstos estarían relacionados particularmente con limitaciones en la racionalidad del agricultor y del ganadero. Supongamos que estamos bajo la primera regla (el ganadero no responde por los daños que cause su ganado). El agricultor calcula los ingresos y costos marginales resultantes de la existencia de las cabezas de ganado y el daño que cada una causaría a sus cultivos. Cuando se llegue a un número de vacas tal que el costo marginal del ganado (el daño a los cultivos) excedería el costo

de oportunidad para el ganadero de no contar con esa cabeza de ganado (la utilidad esperada de la misma) el agricultor le propondrá al ganadero que él le pagará ese ingreso marginal a cambio de que no adquiera la cabeza de ganado. Pero supongamos que el ganadero, siendo corto de entendederas, subestima el costo marginal (el daño a los cultivos) o sobrestima su costo de oportunidad (la utilidad que para él resultaría de esa cabeza de ganado) y le pide al agricultor un precio mayor que el del verdadero ingreso marginal. El agricultor no podrá aceptar (pues un supuesto de los contratos es que sólo se celebran cuando la asignación de los derechos resultante es Pareto-eficiente, es decir que al menos una persona gana y ninguna pierde, respecto de la situación antecedente), el ganadero agregará una cabeza de ganado adicional y el número total de vacas será ineficiente, destruirá valor. También puede ocurrir que el agricultor deteste al ganadero por el daño que le causa a sus cultivos y que no pueda superar esta antipatía (que es en sí misma un costo de transacción, como veremos) como para negociar y llegar a un acuerdo con el ganadero. En este caso el ganadero podrá seguir agregando vacas adicionales por encima del número óptimo, lo cual sería contrario al objetivo supremo de toda actividad humana según el *homo oeconomicus*, que es la eficiencia. Aquí será necesaria la intervención de un tercero para que facilite la solución de la controversia, o la dirima.

3. La justicia estatal y los MASC como instituciones para gestionar costos de transacción

Aquí entramos en el ámbito de los jueces del Estado y de los MASC. Más adelante los describiremos en mayor detalle, pero por ahora baste decir que son instituciones que, como todas las instituciones económicas del capitalismo al decir de Oliver Williamson⁴ (Premio Nobel de Economía 2009), tienen por objeto economizar en costos de transacción. Este concepto resulta obvio una vez que se considera. La forma general de reasignar derechos entre personas (de pasarlos de una persona a otra) es mediante acuerdos de voluntad que de modo genérico llamaremos contratos. En un mundo en que el patrón humano es el *homo oeconomicus* la reasignación de derechos se da exclusivamente por razones de eficiencia: yo no compraría un producto si pensara que vale menos para mí que el precio que me cobran. Luego, si los costos de transacción fueran irrelevantes (por ser inexistentes o ínfimos), todos los derechos estarían asignados a su uso óptimo puesto que de manera automática el mecanismo de precios los llevaría a éste desde su uso anterior (subóptimo). Pero como los costos de transacción existen, y en países como el nuestro, con mercados pequeños, con jugadores que ejercen posición dominante, en los que hay oligopolios u oligopsonios, en que la intervención gubernamental es errática y frecuentemente obedece a intereses particulares (como lo prevé la Teoría del Public Choice del Premio Nobel 1986 James M. Buchanan y su coautor Gordon Tullock), la asignación inicial de los derechos (bien porque una norma jurídica se los asignó a alguien, o porque éste se apropió de ellos al margen de la normatividad y esta situación subsiste con o sin reconocimiento legal)

⁴ WILLIAMSON, Oliver, LAS INSTITUCIONES ECONÓMICAS DEL CAPITALISMO, (Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989).

puede prevalecer indefinidamente. Esto afecta negativamente el crecimiento del ingreso nacional y puede cambiar la dinámica social de un juego de crecimiento a un juego de reparto o distribución de riqueza. La diferencia entre ellos es que el primero se basa en la cooperación, mientras que el segundo se manifiesta en la competencia.

Estas instituciones existen porque solucionan (parcialmente) un problema causado por los costos de transacción: que quienes deberían reasignar un derecho, para dirimir un conflicto o por ser ello acorde con criterios de eficiencia, no puedan hacerlo por los altos costos de transacción. El Juez Richard A. Posner, profesor sénior de la Universidad de Chicago, en su tratado sobre AED se refirió en una ocasión al caso de California, el primer estado de EEUU en legalizar el divorcio a petición de uno de los cónyuges sin tener que probar comportamientos indebidos el otro (*no fault divorce*), en 1969. Si bien los cónyuges podían ponerse de acuerdo sobre el reparto de los bienes de la familia, en general dejaban que el reparto entre los ex esposos lo hiciera el juez. Como el juez no puede conocer las preferencias de los ex esposos tan bien como ellos mismos, cabe suponer que en muchos casos el juez asignara los bienes de manera contraria a las preferencias de los sujetos, por ejemplo asignándole un bien a una persona cuando lo eficiente, considerando las preferencias de los dos, hubiera sido que se lo diera al otro. La teoría económica, basada en el modelo del *homo oeconomicus* hubiera supuesto que en tales casos los esposos negociarían entre sí y reasignarían los bienes de manera eficiente, es decir, que actuarían en el marco del Teorema de Coase. Pero según Posner un estudio contradujo esta suposición, pues no encontró un solo caso en que los cónyuges se hubieran apartado del reparto de bienes ordenado por el juez, no porque el reparto reflejara plenamente sus preferencias, sino para no tener que volver a tener contacto entre sí: los antecedentes del divorcio, y el proceso de divorcio mismo, produjeron tal acrimonia entre los ex cónyuges, que el costo psicológico, subjetivo, para ellos, de negociar entre sí, resultaba tan alto, que no les era posible llegar a un acuerdo que, sin embargo, hubiera sido eficiente (hubiera asignado los bienes, los derechos sobre ellos, a quien más los valorara).

Estas situaciones son frecuentes, bien sea en el marco de relaciones personalizadas pero arruinadas como en el caso de los divorciados, bien el caso de vínculos impersonales, en que las partes no tienen relación entre sí distinta de la que da lugar al conflicto, como lo sostenía Douglass North (Premio Nobel 1993) en su teoría sobre la evolución del intercambio⁵. En ambos casos la reasignación de los derechos que elimine un conflicto con criterio de eficiencia, sólo puede realizarse con la intervención de un tercero, que resuelva la controversia (juez, árbitro, amigable componedor) o que trabaje con las partes para resolverlo (conciliador). El costo de acceder a estas instituciones (jueces o MASC), para que ellas sirvan, debe ser inferior al costo de transacción al que pretenden contrarrestar.

⁵ NORTH, Douglas, INSTITUCIONES, CAMBIO INSTITUCIONAL Y DESEMPEÑO ECONÓMICO (Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1993).

4. Economía neoclásica vs. economía neoinstitucional vs. economía del comportamiento (*behaviorism*)

El modelo neoclásico asume que en general los mercados son eficientes porque los precios incorporan toda la información públicamente conocida, por lo que es imposible de manera regular que algún inversionista o especulador le “gane” al mercado en sus resultados financieros a menos que tenga acceso a información privilegiada (lo que es ilegal). Esto se debe a que los seres humanos son racionales, egoístas y maximizadores por lo cual sus acciones y reacciones siguen un curso predecible tanto individualmente como en el agregado. Es en este paradigma donde se mueve la escuela clásica del AED, encabezada por su principal exponente, Richard A. Posner.

El modelo neoinstitucional mantiene el supuesto del *homo oeconomicus* pero afirma que los supuestos conductuales (racionalidad, egoísmo, maximización) operan en muchos casos de manera imperfecta en la formación de criterios decisorios debido a fallas de mercado, tales como riesgo moral, selección adversa, información asimétrica, bienes públicos y externalidades negativas entre otros. Entonces, en la esfera de lo privado los supuestos neoclásicos pueden mantenerse, mientras que en el contexto del mercado no ocurre así, por lo que hay que modificar los supuestos y admitir que en muchos casos el mercado producirá resultados subóptimos, que en algún grado pueden corregirse con intervención estatal. Esta escuela ha influido en la escuela clásica del AED, pero mitigada por la convicción expresada por Coase en *El Problema del Costo Social*, de que las autoridades y los economistas sobreestiman los beneficios que resultarían de la intervención estatal y minimizan sus costos.

El modelo comportamentista (*behaviorism*) es una crítica al neoclásico que se extiende desde la psicología a la economía y se desarrolla en el trabajo de varios premios Nobel de Economía tales como Robert Lucas (1995), Robert Kahneman (2002) y Richard Thaler (2017). Consiste en que los supuestos del *homo oeconomicus* están ausentes en modo sustancial en casi todas las interacciones humanas. Los humanos nos equivocamos de maneras previsibles puesto que tendemos a aplicar atajos mentales (*heuristics*), tales como (entre muchos otros):

- a. El **efecto de disponibilidad** (*availability bias*) que es usar la información disponible y no la más relevante. Esta falla es frecuente en los falladores, que tienen que resolver una controversia con base en el material probatorio de que disponen aunque esté incompleto o no sea totalmente pertinente-lo contrario sería admitir que el juzgador no decretó o no practicó las pruebas realmente relevantes.
- b. El **efecto de cascada**, consistente en que el juzgador usualmente trata de no separarse de lo que cree que es el consenso de los especialistas del área respectiva, y como todos los especialistas tienen la misma motivación, el consenso resulta siendo mucho más restringido y artificial de lo que lo realmente sería el caso si no fuera por este sesgo.

- c. La **reducción de la disonancia cognoscitiva**, consistente en que el juzgador busca minimizar la brecha entre lo que cree en su mente y la realidad que observa. Ésta puede llevar a que un árbitro, con el fin de mantener el consenso del panel se guarde reservas que tenga respecto del desarrollo del proceso o del contenido del fallo, llevando a que deficiencias en el proceso o flaquezas en el contenido del fallo se mantengan a pesar de haber sido detectadas.
- d. El **efecto de ancla** (*anchoring*), consistente en que tendemos a atribuirle a la información numérica mayor importancia de la que tiene. En el caso de las controversias judiciales o arbitrales, el referente más claro son las pretensiones que, sin importar cuán irrazonables sean, en algún grado establecen el marco de referencia del juzgador, lo que puede justificar las restricciones establecidas en el Código General del Proceso con la figura del juramento estimatorio (art. 206).
- e. El **sesgo de retrospcción** (*hindsight bias*), que consiste en que sobreestimar la probabilidad de un evento pasado por el hecho de que efectivamente ocurrió⁶. Por esta razón, la probabilidad de que un juzgador condene a quien por su conducta causó un perjuicio probado, es mayor de lo que debería. En efecto, el juzgador tenderá a suponer que porque algo ocurrió, tenía que haber ocurrido, y el responsable tenía que haberlo anticipado. Esto, por supuesto, omite la consideración de que la probabilidad *ex ante* (la que el causante del daño conocía cuando actuó) puede ser muy distinta de la probabilidad *ex post* (la que conoce el juzgador con los medios probatorios a su disposición).

Hay muchos otros que podrían mencionarse.

5. El AED, la justicia y los MASC

Aquí entenderemos los MASC como lo hace la ley colombiana. Hablaremos entonces de conciliación (mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado llamado conciliador: art. 64, Ley 446 de 1998), arbitraje (mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice: art. 1, Ley 1563 de 2012) y amigable composición (mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición: art. 59, Ley 1563 de 2012).

Un aspecto que genera controversia en el AED es por qué, si existen los MASC, cuyo costo asumen las partes, resulta necesaria la existencia de una judicatura estatal,

⁶ RUBIO, Mauricio, ECONOMÍA JURÍDICA- INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO IBEROAMERICANO (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007), pág. 642.

pagada con cargo al presupuesto general, que esencialmente cumple la misma función. Más allá de consideraciones de equidad (muchas personas no podrían hacer valer sus derechos si no existiera una judicatura de estas características) y de soberanía (uno de los atributos esenciales de los Estados- y aún de quienes no son Estado pero ejercen algunos de los poderes de éste- es administrar justicia), las hay también de eficiencia: como los jueces establecen interpretan leyes y otras normas dictadas por el Estado, 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 (pues los jueces no sólo resuelven la controversia sino que crean reglas jurídicas que jueces futuros utilizarán), de donde se justifica que parte del costo del litigio lo asuma el Estado, que representa los intereses de todos. Ésta es la tesis de Posner, quien sostiene que el subsidio que el Estado le da a las partes en litigio al asumir el costo del aparato judicial es en realidad pequeño, pues la mayor parte del costo de litigar, consistente en los honorarios de abogados y la preparación de las pruebas, la asumen las partes aun cuando litigan ante el Estado⁷.

Cooter y Rubinfeld⁸ afirman que en EE.UU. una de cada diez disputas se soluciona entre las partes, bien con un conciliador o de modo directo y exclusivo, por cada pleito que se somete a la consideración de los jueces, aunque igualmente dicen que esto varía considerablemente dependiendo del tipo de controversia: las resultantes de lesiones personales causadas a una persona tienen una alta probabilidad de resolverse sin intervención judicial, mientras que las contractuales sólo se resuelven de ese modo en poco más de dos veces por cada 10 que resultan en pleito judicial. La probabilidad de que las partes terminen por mutuo acuerdo una controversia depende de sus incentivos privados (su grado de aversión al riesgo y los valores esperados de las respectivas pretensiones, los cuales resultan de la probabilidad de un resultado exitoso, y la presencia de posibles futuras interacciones entre las partes que puedan justificar un acuerdo entre ellas) y el funcionamiento de las reglas legales (v.gr., si se permiten daños punitivos, que multiplican el valor de la indemnización realmente causada). También dice la doctrina que, al menos en Estados Unidos, son más comunes las conciliaciones entre las partes en la fase inicial de los procesos judiciales que en la de los arbitrajes⁹. Esto puede deberse a que en los arbitrajes los litigantes tienden a ser empresas o personas que con alguna frecuencia participan en estos foros y cuentan con los medios financieros para asumir los costos del litigio y con los medios técnicos para anticipar la probabilidad de éxito, a diferencia de los litigantes ante la justicia estatal, que pueden usar el pleito simplemente como un medio de presionar un arreglo.

Si trasladamos estas consideraciones, provenientes de Europa y Estados Unidos a Colombia, en donde los procesos judiciales son mucho más lentos, costosos y poco confiables que en países pares (aunque es lo cierto que toda América Latina adolece de malos resultados en este indicador), el atractivo de acudir a los MASC debe ser incluso mayor que en países más ricos. El informe *Doing Business 2017* del Banco

⁷ POSNER, Richard A., *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 6ª edición, págs. 530 y 531.

⁸ COOTER, Robert y RUBINFELD, Daniel L., *Economic Analysis of Disputes and their Resolution*, 37 *JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE* 1070 (Sept. 1989).

⁹ VAN AAKEN, Anne y BROUDE, Tomme, *Arbitration from a Law and Economics Perspective*, University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2016-07 Octubre 2016, pp. 9 y 10.

Mundial¹⁰ califica a los países conforme a 10 criterios, uno de los cuales es el “*Cumplimiento forzoso de contratos*” (*Enforcing Contracts*). Este es el peor indicador del país (Colombia tiene el segundo peor indicador en la región después de Surinam, una distinción poco envidiable), pues aunque globalmente Colombia ocupa el puesto 53 entre 190 países evaluados, en el indicador de “*Cumplimiento forzoso de contratos*” tiene el puesto 174, con un puntaje de 34.29 sobre 100. Esto se debe a que en este país el tiempo promedio para conseguir coactivamente el cumplimiento de un contrato son 1.288 días (frente a 588 días de Ecuador), el costo de hacer efectiva una reclamación equivale al 45.8% del monto de la misma (es el costo más alto de la región-compárese con 28.6% para Chile) y el índice de calidad del proceso judicial es de 9 sobre 18 (Brasil obtuvo 13.6). Sobre este punto volveremos. Pero basta decir que mejorar la justicia en Colombia sería el medio más eficaz para elevar la calificación de Colombia en este informe.

Volviendo a las apreciaciones del AED sobre los MASC, encontramos que Oliver Williamson considera las cláusulas compromisorias como adaptaciones neoclásicas a las ineficiencias inherentes a la contratación de mercado. Analiza cláusulas compromisorias de gran especificidad, v.gr. una que somete a arbitraje la controversia entre las partes en un contrato de suministro cuando se presente un cambio material de circunstancias en el precio del producto, la cual se define porcentualmente en la respectiva cláusula. En criterio de Williamson, el arbitraje es más flexible que el proceso judicial corriente porque permite al árbitro “*educarse*” durante el proceso sobre aspectos técnicos de la controversia y al margen de las pruebas expresamente decretadas. Pero concluye que “*el arbitraje es costoso de administrar y su rango de adaptabilidad es limitado*”¹¹, por lo que frecuentemente, incluso con pacto arbitral, las controversias pueden terminar resolviéndose judicialmente.

El profesor Robert Mnookin, de la Universidad de Harvard, compara el arbitraje con el proceso judicial (lo llama “*adjudicación*” o decisión judicial de la controversia) y la conciliación entre las partes con la negociación directa entre éstas¹². Dice que las ventajas principales son que las partes pueden escoger al árbitro por su conocimiento especializado, mientras que el juez es un abogado generalista cuya experiencia profunda se refiere más bien a la parte procedimental (es evidente que un árbitro tiene un incentivo para invertir en su propia reputación como experto imparcial en grado mayor que un juez corriente mientras que el juez es evaluado por su habilidad para conducir correctamente los procedimientos a su cargo)¹³. Que la decisión del árbitro

¹⁰ Banco Mundial, DOING BUSINESS 2017- EQUAL OPPORTUNITY FOR ALL, 14ª ed., 2016, pág. 200.

¹¹ WILLIAMSON, Oliver, “*Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*”, 36 ADMINISTRATIVE SCIENCE QUARTERLY 271 (Jun., 1991).

¹² MNOOKIN, Robert, *Alternative Dispute Resolution*. THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, 1998. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=117253>.

¹³ Otras ventajas del arbitraje identificadas por la doctrina del AED son: “(a) *el arbitraje es generalmente menos ‘adversario’ o intensamente contencioso que el litigio por lo cual tiene mayor probabilidad de permitir la continuación relaciones mutuamente beneficiosas que impliquen interacciones reiteradas; (b) si se desea, la privacidad y la confidencialidad pueden mantenerse; y (c) las partes (con restricciones) acuerdan abstraerse de la ley estatal mediante disposiciones contractuales que podrían no ser plenamente respetadas en un tribunal público (v.gr., prácticas comerciales y costumbres antes que leyes escritas o precedentes judiciales de una jurisdicción particular). Entonces, el potencial de ganancias mutuas (menores costos de la resolución de*

puede ser más rápida porque la parte procedimental es más liviana. Y que la decisión es final puesto que no está sujeta a apelación.

Un aspecto relevante es el de los incentivos de los árbitros para procurar su propio interés por encima del interés de las partes que los designaron. Si bien Posner, en texto ya citado, considera que los árbitros tienen los mismos incentivos que los jueces y otras personas (pues todos tenemos los atributos del *homo oeconomicus*), es lo cierto que al menos en lo que se refiere a su propia competencia los incentivos de los árbitros y los de los jueces no son iguales. Cuando los jueces niegan tener competencia para un determinado proceso por razón de la materia, de los sujetos, del territorio o de otras variables o encuentran fallas formales que sustentan la inadmisión de la demanda, al menos en ocasiones lo hacen para reducir su carga procesal y deshacerse de procesos mal armados o complejos que requerirían un trabajo considerable de su parte para sustanciarlos. Para los árbitros el incentivo es el contrario: como sus honorarios dependen de que asuman competencia, es común que lo hagan contra la cerrada oposición de la parte demandada, quien a veces termina usando la pretendida falta de competencia para impugnar la validez de la actuación o la del laudo arbitral resultante. Es decir que los jueces tienden a negar tener competencia, y los árbitros a lo contrario. Pero como tanto jueces como árbitros tienen incentivos perversos que los llevan a maximizar su propia utilidad a costa de las partes o la de alguna de ellas, no puede por eso preferirse una u otra modalidad de administración de justicia.

Igualmente se ha encontrado que jueces y árbitros pueden sucumbir a “atajos mentales” que reducen el beneficio potencial del arbitraje. Los jueces particularmente tienden a “partir la diferencia” en vez de dar la razón claramente a una parte por encima de la otra. La razón advertida es que los árbitros, a diferencia de los jueces, son nombrados por las partes, y a que un árbitro que niegue completamente las pretensiones de una parte tiene escasa probabilidad de volver a ser nombrado como árbitro por ésta, o a ser seleccionado como árbitro por otras partes que tengan una posición similar a la de aquélla.¹⁴

Pasando a la negociación directa y a la conciliación, un conciliador experto y neutral puede ayudar a que las partes lleguen a arreglos que por sí mismas no hubieran podido alcanzar, o mejores de los que hubieran conseguido por sí mismas (eficiencia de Pareto). En general las partes prefieren litigar a conciliar porque tienen interpretaciones distintas sobre el resultado probable de un juicio (judicial o arbitral). Un mediador exitoso podría reducir las divergencias entre las partes en este asunto de modo que puedan usar el excedente generado por el ahorro de los costos del litigio como incentivo a llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia. Si bien racionalmente no debería ser necesario que un tercero ayude a las partes a apreciar correctamente el resultado probable de un pleito, ya dijimos en el marco de la economía comportamentista (*behavioral*) que es el paradigma que se va imponiendo en esta materia, es posible que las partes o alguna de ellas adolezca de un exceso de optimismo que la lleve a sobreestimar la probabilidad de un resultado favorable a sus pretensiones. También es

controversias y/o un ‘pastel’ más grande para compartir en el largo plazo) significa que hay claramente un elemento ‘cooperativo’ en el arbitramento si se la compara con el litigio”. VAN AAKEN y BROUDE, op. cit., p. 9.

¹⁴ VAN AAKEN y BROUDE, op. cit., pp. 19 a 21.

posible que, como estrategia de negociación, finja tal sobreestimación, pero que la contraparte no perciba que se trate de una simulación para buscar mejores condiciones y concluya que no es posible un acuerdo. La presencia de un tercero imparcial y creíble para las partes puede inducir las a reducir el comportamiento estratégico y compartir información útil que pueda llevarlas a un acuerdo. El conciliador también puede servir para reducir el impacto del problema del *principal* y el *agente*. En casos como el analizado este se puede presentar porque el abogado apoderado (agente) puede querer ir a pleito a pesar de que ello perjudicaría los intereses de su cliente (principal), porque privilegia sus propios intereses referentes a una mayor remuneración. O puede ocurrir que un administrador (v.gr., un gerente de una empresa) quiera presentar el resultado probable de un pleito como más favorable de lo que probablemente será con el fin de ocultar errores que cometió o de posponer el reporte de situaciones que, de haber sido conocidas, hubieran afectado desfavorablemente la valoración de su desempeño (mientras el abogado reporte que es probable que el pleito sea favorable, la contabilidad de la parte no se verá afectada negativamente). En este caso el conciliador, hablando directamente con los principales, puede superar estas trabas y lograr un acuerdo en el legítimo interés de ellos.

Ayres y Brown¹⁵, refiriéndose a la mediación (conciliación entre nosotros), muestran que el mediador puede crear valor controlando el flujo de información privada para mitigar la selección adversa y el riesgo moral. La selección adversa la causa información oculta que distorsiona los términos del contrato. El riesgo moral lo causa la conducta oculta de las partes. La selección adversa se relaciona con información precontractual oculta, mientras que el riesgo moral involucra conductas o comportamientos poscontractuales ocultos. Estos costos de transacción pueden llevar a que, en ausencia de un mediador competente, las partes no lleguen a un acuerdo que maximizaría sus respectivas funciones de utilidad, sino que terminen involucradas en litigios en las que posiblemente ambas saldrían perdiendo.

Steven Shavell, profesor de la Universidad de Harvard, se ha referido detalladamente a las cláusulas compromisorias o compromisos¹⁶. Su principal conclusión es que los pactos arbitrales se justifican si son *ex ante* (si se convienen al tiempo de contratar), puesto que el acuerdo es Pareto-eficiente, y las partes conocen los incentivos a que quedarán sujetos durante la etapa contractual. Pero posiblemente tales pactos no maximizan el bienestar social si son *ex post* (si se convienen después de que suscitarse la controversia), particularmente si, a diferencia de una decisión judicial, el arbitraje resultante es reservado y el laudo no se publica para conocimiento del público. Esto es porque durante la ejecución del contrato las partes obraron bajo ciertos incentivos resultantes de la anticipación de que las controversias se resolverían por medio de la justicia estatal.

Posner¹⁷ da un argumento adicional para la conveniencia de acudir al arbitraje en EE.UU., que es el uso en ese país del sistema de jurados en diversos juicios civiles, a

¹⁵ AYRES, Ian y BROWN, Jennifer Gerarda, *Economic Rationales for Mediation*, 80 VIRGINIA LAW REVIEW 323-402 (Mar. 1994).

¹⁶ SHAVELL, Steven, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 1ª Ed., pp. 444 a 450.

¹⁷ POSNER, Richard A., *The Law and Economics of Contract Interpretation* 83 TEXAS LAW REVIEW 1581 (2004).

diferencia de lo que ocurre en la mayor parte del mundo. Como los jurados son escogidos precisamente por no tener conocimientos especializados en la materia de la controversia, y tienen alta propensión a dejarse convencer con argumentos científicamente dudosos y a preferir condenas punitivas muy altas, es evidente el incentivo de las partes (especialmente las grandes empresas) para sacar determinadas controversias de la justicia estatal y que las resuelvan árbitros especializados conforme a reglas claras.

Cooter compara los incentivos de los árbitros respecto de los jueces estatales y encuentra que difieren: los árbitros sólo tomarán en cuenta las variables que afecten a las partes en la controversia, pero ignorarán o minimizarán los efectos de sus decisiones respecto de terceros en el proceso. Los jueces estatales harán lo contrario. Por ende la resolución de controversias mediante sistemas no públicos como el arbitraje sólo debe ser permisible cuando las controversias afectan exclusivamente a las partes y no involucran intereses de terceros ni intereses difusos de tipo público. Estas últimas controversias sólo deben resolverlas los jueces estatales.¹⁸

6. El AED y los MASC en Colombia

A la luz de lo visto encontramos que los MASC constituyen medios para resolver controversias alternos a la transacción o arreglo directo entre las partes (conciliación) o al proceso judicial (arbitraje). La amigable composición funge en una posición intermedia entre la conciliación y el arbitraje a la cual nos referiremos adelante.

En tratándose de la primera observamos que sería de esperarse que en un país como Colombia, en donde la justicia estatal es lenta y costosa (según puede verse en estudios tales como el *Doing Business in Colombia* citado), la conciliación, con su bajo costo (comparativo) debe ser especialmente atractiva. Y en efecto encontramos que así es. El Ministerio de Justicia informó en 2014 que entre 2013 y la primera mitad de ese año las partes resolvieron 83.000 conflictos mediante conciliación. La tasa de éxito en 2013 fue del 44%, que luce alta¹⁹. Pero por esa misma época el Consejo Superior de la Judicatura reportó que había 1.811.265 procesos represados, sin incluir tutelas²⁰. Luego, aun asumiendo que no ingresaran nuevos procesos a los juzgados y tribunales y suponiendo que sólo la mitad de los que hay fueran conciliables y que todos estos

¹⁸ Robert Cooter, *The Objectives of Private and Public Judge* (1983) 41 PUBLIC CHOICE 107. Citado por VAN AAKEN y BROUDE, *op cit.*, pp. 6 y 7.

¹⁹ <http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/663/%20En-Colombia-cada-24-horas-se-resuelven-cien-conflictos-de-manera-dialogada.aspx>. Citado por MARTÍNEZ ROJAS, Carlos Oswaldo y otros, ESTUDIO COMPARATIVO DE LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA SALVAGUARDAR LA CONFIANZA DEL MERCADO EN ARGENTINA Y MÉXICO FRENTE AL PANORAMA COLOMBIANO, Universidad Nacional de Colombia, 2016-II. Disponible en <https://metodosderesoluciondeconflictos.files.wordpress.com/2016/09/estudio-comparativo-de-la-conciliacion-como-mecanismo-para-salvaguardar-la-confianza-del-mercado-en-argentina-y-colombia.pdf>.

²⁰ <http://www.elcolombiano.com/colombia/en-colombia-hay-1-800-000-procesos-judiciales-represados-XE1143189>, citado por MARTÍNEZ ROJAS y otros, *op. cit.*

podrían conciliarse, a ese ritmo se resolverían todos los procesos por este medio en más de 16 años. O dicho de otro modo, el impacto de la conciliación para reducir el volumen de procesos represados, asumiendo que no ingresen procesos nuevos, es de poco más del 8% al año, lo cual es útil pero no cambia la dinámica.

Habida cuenta de las deficiencias de los procesos judiciales en Colombia, ya advertidos, llama la atención tanta disposición a litigar y comparativamente tan poca a conciliar. Hay varias posibilidades para este comportamiento. Es posible que la desconfianza, común en sociedades como la nuestra²¹, constituya un costo de transacción tan alto que inhiba a las partes de una controversia de llegar a un acuerdo que pudiera beneficiarlas. Nótese que esa desconfianza no existiría sólo entre las partes, sino también con instituciones como los centros de conciliación. Esto último puede darse, aunque en una encuesta realizada en Bolivia para medir la confianza en 26 diversas instituciones (incluyendo jueces, tribunales, cortes, autoridades administrativas y figuras públicas) los centros de conciliación estuvieron entre los primeros 10, con un puntaje del 52.4%, que sin embargo luce bajo²². Puede darse también que muchas personas no tengan acceso a un centro de conciliación, que en muchos casos los conciliadores no tengan la capacitación suficiente para cumplir su rol del mejor modo y también que los jueces no cumplan bien su función de conciliadores que la ley les atribuye. Sea ello como fuere, hay un espacio considerable para mejorar los resultados de la conciliación. Es claro que convertir la conciliación en requisito de procedibilidad no ha sido suficiente para hacerla tan efectiva como debería ser. Una forma fácil de descongestionar a la justicia es mejorando la efectividad de las conciliaciones.

Un aspecto en el que la conciliación ha sido efectiva en circunstancias desfavorables es cuando el conflicto involucra a alguna entidad estatal. Por la preocupación enteramente razonable en nuestro medio de que la entidad estatal puede tender a conciliar los conflictos en vez de litigarlos, pero por razones *non sanctas* (como cobrar una comisión al deudor por liberarlo de todo o parte de su obligación), se han establecido numerosas cortapisas, tales como requisitos especiales para conciliar en estos casos, procedimientos que involucran a comités de conciliación y la aprobación del laudo por los jueces administrativos. En este caso la ley ha entendido bien la interacción entre la utilidad de conciliar para reducir los costos de litigios de las entidades del Estado, y el riesgo que las conciliaciones representan en un medio en donde la corrupción es corriente. Para el Estado las consideraciones de control prevalecen (y deben prevalecer) sobre las de eficiencia, por lo que es probable que las reglas aludidas disuadan de arreglos viables, pero éste se considera un costo aceptable de prevenir otros desfavorables para los legítimos intereses del Estado.

En cuanto al arbitraje, observamos que se trata de una forma de solución de controversias no generalizada en su uso, sino limitada a las empresas, y eso sólo en ciertos casos. Los intentos de generar centros de arbitraje independientes de las

²¹ Cfr. FUKUYAMA, Francis, CONFIANZA (editorial Atlántida, Buenos Aires, 1996).

²² SELIGSON, Mitchell y otros, AUDITORÍA DE LA DEMOCRACIA- INFORME BOLIVIA 2006 (Departamento de Ciencia Vanderbilt University), pp. 140 y 141, disponible en https://books.google.com.co/books?id=3EIJN4IJzKC&pg=PA140&lpg=PA140&dq=confianza+en+centros+de+conciliacion&source=bl&ots=4lcJF-vpLk&sig=VoUpKDgkL7TxjqLAJLLIHfmy9u8&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwi_h-yxoYDXAhXFk5AKHXAKDzoQ6AEITTAf#v=onepage&q&f=false.

cámaras de comercio (como el caso de MARCO del AMV) no progresaron y éstas conservan su preeminencia. Los arbitrajes se concentran en las cámaras de mayor tamaño, particularmente en Bogotá. Tomando como ejemplo a la Cámara de Comercio de Barranquilla, un centro económico y de negocios muy importante, encontramos que en su página Web enumera 70 arbitrajes proferidos entre 1999 y 2017, de los cuales 38 tuvieron paneles de 3 miembros y el resto fue de árbitro único. Evidentemente, es probable que haya otros laudos que no están publicados por ser confidenciales o reservados, pero sobre éstos no podemos pronunciarnos porque los ignoramos. Esto significa que en un año promedio en este período hubo más o menos 4 laudos de los cuales algo más de la mitad fue de panel y el resto de árbitro único. Y hay que considerar que muchos de los árbitros de las listas de los centros de arbitraje de cámaras más pequeñas provienen de las listas de las cámaras mayores, particularmente Bogotá. Esto permite que todo el país cuente con expertos acreditados en las distintas especialidades pero limita la posibilidad de formar expertos en asuntos o negocios locales. Evidentemente los árbitros y los secretarios aprenden sus roles mediante su designación reiterada en pleitos de gran variedad. Si no hay suficientes arbitrajes, es posible que los propios árbitros no tengan incentivos para invertir en su propia formación, con lo que el arbitraje resulte siendo menos productivo de lo que las partes esperarían, disuadiéndolas de acudir a él para dirimir sus conflictos. Se trataría de un círculo vicioso.

Un aspecto que es percibido por quienes están activos en el medio arbitral es que en Colombia la separación entre el proceso judicial y el arbitraje nunca fue tan nítida como en otros países. Como ya vimos, en otras jurisdicciones el arbitraje comporta para las partes la posibilidad de escoger procedimientos o normas sustantivas distintas de las que hubiera aplicado el juez estatal. Si bien el Estatuto Arbitral permite que en los arbitramentos entre particulares éstos escojan las reglas de procedimiento a seguir (art. 58), en la práctica todo el procedimiento contenido en el Estatuto está hecho a imagen y semejanza del proceso civil (Código General del Proceso), pues las normas procesales del Estatuto Arbitral son escasas, lo cual limita en grado suma la posibilidad referida. En realidad, los procesos arbitrales suelen ser tan procesalistas como los que se adelantan antes la justicia estatal, con el agravante de que cada tribunal (y cada secretario) tienen sus propias tesis sobre estos aspectos.

Y lejos de ser una justicia menos pugnaz (como lo sugieren los doctrinantes extranjeros), los vicios del litigio ante jueces se han trasladado en gran medida al arbitraje. Desde el momento mismo de la designación de los árbitros comienza la controversia sobre revelación de información y sobre impedimentos y recusaciones, lo que crea un clima pugnaz que se mantiene a lo largo del proceso, a veces adelantado bajo la sombra de la amenaza de acciones penales o de tutela, todo lo cual evidencia la desconfianza de las partes hacia la modalidad arbitral que escogieron, encarnada por los árbitros que seleccionaron. Ni se diga cuando la designación se hace por sorteo del centro de arbitraje. Si las partes no pudieron ponerse de acuerdo en cuanto a los árbitros que van a juzgarlos, difícilmente van a actuar dentro del proceso de una manera razonable, particularmente en lo que se refiere a la práctica de las pruebas, por no hablar del pago de los honorarios y costos. Cuando el proceso concluye es corriente no sólo interponer el recurso de anulación o el de revisión, sino también (a veces al mismo tiempo) la acción de tutela. Esto ha erosionado el carácter definitivo de los laudos

arbitrales, al someterlos a múltiples instancias, en el caso de la tutela instancias por parte de jueces de limitada formación técnica y dotados de insuficiente tiempo para valorar las actuaciones del panel arbitral, lo cual puede conducir y ha conducido a que arbitramentos correctamente adelantados y resueltos queden invalidados por decisiones dudosas de jueces de bajo rango. Por supuesto que el riesgo de ver las actuaciones de un tribunal de arbitramento sobre algún tema complejo de derecho comercial o administrativo al escrutinio de un juez penal o laboral municipal lleva al tribunal a extremar su procesalismo, como un medio de autoprotección.

A esto se agrega que, en cierto imaginario colectivo, existe la impresión de que las listas de árbitros de los centros de arbitraje no son transparentes en cuanto a los criterios de selección, que los sorteos a veces son direccionados y que en ocasiones los árbitros no son imparciales, percepción que parece haberse reforzado en tiempos recientes²³. También se afirma que hay empresas privadas que ya no pactan cláusulas compromisorias porque concluyen que el costo de los tribunales arbitrales (no sólo los pecuniarios, sino también el riesgo de no contar con una doble instancia) no se ve compensado con los beneficios que tiene frente a la justicia ordinaria.

Se anota que éstas son meramente percepciones en ciertos grupos antes que afirmaciones que se den por veraces o por susceptibles de ser probadas. Pero estos factores han diluido algunas de las ventajas específicas del arbitraje, como eran el profesionalismo y la credibilidad de los árbitros y de los procedimientos que siguen por encima de toda duda, la calidad de los laudos y el carácter final de los laudos arbitrales. Esto atenta contra la especificidad del arbitraje como institución encaminada a superar los costos de transacción tanto de la negociación directa entre las partes, como los de la conciliación, como los del proceso judicial.

Al trasladarse algunas de las taras del proceso judicial al arbitraje, la ventaja específica de éste para economizar costos de transacción se ve menoscabada. Conserva ciertamente ventajas, como la mayor celeridad en el fallo, aunque ésta es menor de lo que se supone, pues no es inusual que la instalación del tribunal se posponga durante meses mientras se seleccionan los árbitros, se notifica a éstos, responden ellos con su deber de información y se dirimen los impedimentos o recusaciones, a lo cual se agregan los tiempos (especialmente prolongados cuando hay entidades públicas de por medio) para la admisión de la demanda, de la demanda de reconvención y el trámite de las excepciones, además de las múltiples reformas y correcciones de la demanda y la reconvención que hoy se acostumbra, pareciera que con fines estratégicos. Todo esto puede tomar fácilmente más de un año. Iniciado el término del proceso con la primera

²³ Estas inquietudes podrían haber dado lugar a medidas como la Directiva Presidencial de 2015, que adoptó políticas en materia arbitral consistentes entre otros en que los representantes legales de las entidades estatales para poder incluir la cláusula compromisorias en los contratos que suscriban, deben justificar su conveniencia; en que para poder proponer a alguien como árbitro en los casos en que haya lugar a ello, la entidad estatal deberá tener el visto bueno de varios funcionarios de la Presidencia de la República y de la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado y que no podrá ser árbitro en un tribunal en que sea parte una entidad estatal un abogado que haya litigado contra el Estado. Esto, por supuesto, puede llevar a que la contraparte del Estado objete los abogados que cumplan este requisito por suponerlos favorables al Estado, lo cual puede llevar a que no se pongan de acuerdo en cuanto a los nombres de los árbitros y que el tribunal no pueda integrarse.

audiencia de trámite, que es de 6 meses, el mismo puede prorrogarse en 6 más a solicitud de las partes, y también puede suspenderse hasta por 120 días, que son hábiles, lo cual da en exceso de 6 meses adicionales. Una vez proferido el laudo y surtida la infaltable audiencias de aclaraciones o complementaciones puede venir la interposición de tutelas que, incluso sin contabilizar la eventual actuación ante la Corte Constitucional, puede tomar más de un año en resolverse, y los recursos de anulación y revisión que con sus respectivas instancias tomarán varios más.

Otra limitación que tiene el arbitraje es que él constituye una reacción a la percepción de que los fallos judiciales no son predecibles en Colombia, por lo que una forma de evitar el riesgo de ser objeto de interpretaciones judiciales exóticas es designando árbitros expertos que den alguna seguridad sobre la lógica y razonabilidad de su decisión. Pero esta seguridad se ve limitada porque los tribunales no generan precedente con sus laudos, cada uno de ellos es primigenio y no necesita tener en cuenta a los que lo antecedieron (aunque sea usual que en los laudos se citen otros sobre materias relacionadas). Esto permite en ocasiones que en los laudos haya interpretaciones de las leyes que algunos consideran exóticas o novedosas.

Todo lo anterior, que por supuesto sólo se presenta en algunos casos de especial significación, no impide que en la gran mayoría de ellos el arbitraje conserve sus ventajas frente al proceso judicial intactas. Pero esto depende de que las partes, y sobre todo sus apoderados, actúen de un modo conducente a ello. En todo caso pareciera que, en la forma de litigar, pasa algo similar a lo que describe la Ley de Gresham cuando en un territorio circulan dos monedas, una de metal precioso (v.gr., oro) y una de metal vil (v.gr., cobre), y es que la moneda “mala” saca a la moneda “buena” de circulación. Una vez que algunos apoderados se permiten un estilo de litigio basado fundamentalmente en desconocer el carácter consensual del arbitramento y en entender como lícita cualquier táctica que pueda dar alguna ventaja a su representado, así sea de “tierra arrasada”, quien los tenga como contrapartes y no haga lo mismo se verá en desventaja, lo cual será notado por los clientes, los cuales exigirán un comportamiento similar.

Sobra decir que los árbitros son susceptibles de los mismos sesgos o atajos mentales de los jueces, ya referidos, que sin embargo pueden morigerarse por la mayor experiencia de los árbitros en la materia respectiva, su interés en preservar su buen crédito como expertos y por el hecho de que no suelen tener tantos procesos activos simultáneamente, lo que les debe permitir poner a cada uno mayor atención de lo que podría un Despacho judicial.

Pasando a la amigable composición, ya vimos que participa de algunas de las características de la conciliación y de otras del arbitraje, teniendo probablemente prevalencia las segundas sobre las primeras. Con la “procesalización” que suele acompañar a las actuaciones en Colombia (incluso las que se realizan ante particulares) es de suponer que al irse volviendo más usual, la amigable composición va a convergir con el procedimiento usual en el arbitraje, que no difiere mayormente de un proceso judicial en ninguno de sus aspectos, por lo que las glosas formuladas atrás respecto del arbitraje serán igualmente pertinentes para la amigable composición.

7. CONCLUSIONES

De la revisión de la literatura de AED sobre MASC se concluye que éstos son un medio para resolver conflictos economizando en los costos de transacción propios de la negociación directa y de los procesos judiciales. La conciliación economiza costos de transacción porque permite que las partes negocien de tal manera que se superen las fallas de mercado (particularmente la asimetría de información y el riesgo moral) que de otra manera impedirían un resultado fructífero. El arbitraje permite a las partes escoger el procedimiento y a veces el derecho sustantivo que el árbitro usará para dirimir la controversia. También les permite escoger árbitros que cuenten con conocimientos especializados de tipo sustantivo, por oposición a los jueces, que en lo sustantivo son generalistas y en realidad son expertos en asuntos procedimentales que muchas veces para las partes resultan irrelevantes. El arbitraje permite que la controversia se resuelva de manera más técnica y más rápida que lo que sería el caso ante los jueces del Estado, y da alguna protección contra la corrupción o los actos de poder por parte del juzgador. Estas son las ventajas que hacen atractivos a los MASC de manera general y compensan el mayor costo que a veces tienen.

Tanto los jueces como los árbitros tienen sesgos y actúan conforme a su propio interés. Los jueces tienden a tratar de reducir su carga laboral negando ser competentes para conocer de una controversia, mientras que los árbitros, cuyos honorarios dependen de ello, tienden a hacer lo contrario. Los árbitros tienden a "*partir la diferencia*" entre las partes, sin darle totalmente la razón a ninguna de ellas, con el fin (intencional o implícito) de no perder la oportunidad de volver a ser designado como árbitro por la parte derrotada o por sujetos en posición litigiosa similar. Los sesgos consisten en formas de decidir que simplifican la realidad (*heuristics*) pero conducen a errores en casos particulares. Si bien los árbitros están sujetos a ellos al igual que los jueces, su conocimiento experto en las materias respectivas les debe dar mayores herramientas para no quedar sujetos a ellos.

En Colombia estas consideraciones están igualmente presentes, pero los MASC no han alcanzado un grado de penetración tal que realmente les permita asumir una parte sustancial de la carga que hoy tienen los jueces estatales. En el caso de la conciliación no hay una razón clara para ello aunque caben diversas hipótesis. En el caso del arbitraje, esto puede deberse a que nunca se concibió como una figura para uso masivo o generalizado, a que no se ha desarrollado de modo homogéneo en todo el país, sino que se concentra en las dos o tres plazas principales (y en Bogotá en modo superlativo), a que es usual que los trámites arbitrales sean tan "procesalistas" como los judiciales y a que muchos de los vicios del litigio judicial (la falta de confianza en el medio escogido para la resolución de controversias, las "leguleyadas" para obstaculizar el trabajo del juzgador, la tendencia a usar medios externos al arbitraje para oponerse a decisiones que se consideran desfavorables) se trasladaron al arbitraje, con lo que la capacidad de éste para economizar costos de transacción es mucho menos evidente que antes. Esta situación es reversible pero no depende del legislador sino de la actitud de las partes y particularmente de los abogados litigantes, de los árbitros y secretarios y de los centros de conciliación.

BIBLIOGRAFÍA

AYRES, Ian y BROWN, Jennifer Gerarda, *Economic Rationales for Mediation*, 80 VIRGINIA LAW REVIEW 323-402 (Mar. 1994).

BANCO MUNDIAL, DOING BUSINESS 2017- EQUAL OPPORTUNITY FOR ALL, 14ª ed., 2016, pág. 200.

COASE, Ronald H., *The Nature of the Firm*, 4 ECONOMICA 386-405 nueva serie 386-405.

COASE, Ronald H., 3 *The Problem of Social Cost*, THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS (Oct. 1960) 1-44.

COOTER, Robert y Rubinfeld, Daniel L., *Economic Analysis of Disputes and their Resolution*, 37 JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE 1070 (Sept. 1989).

MARTÍNEZ ROJAS, Carlos Oswaldo y otros, ESTUDIO COMPARATIVO DE LA CONCILIACIÓN COMO MECANISMO PARA SALVAGUARDAR LA CONFIANZA DEL MERCADO EN ARGENTINA Y MÉXICO FRENTE AL PANORAMA COLOMBIANO, Universidad Nacional de Colombia, 2016-II.

MNOOKIN, Robert, *Alternative Dispute Resolution*. THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, 1998. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=117253>.

NORTH, Douglas, INSTITUCIONES, CAMBIO INSTITUCIONAL Y DESEMPEÑO ECONÓMICO (Fondo de Cultura Económica, México, D.F., 1993).

POSNER, Richard A., ECONOMIC ANALYSIS OF LAW.

POSNER, Richard A., *The Law and Economics of Contract Interpretation* 83 TEXAS LAW REVIEW 1581 (2004).

RUBIO, Mauricio, ECONOMÍA JURÍDICA- INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO IBEROAMERICANO (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007).

SHAVELL, Steven, FOUNDATIONS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, 1ª Ed.

VAN AAKEN, Anne y BROUDE, Tomme, *Arbitration from a Law and Economics Perspective*, University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2016-07 Octubre 2016.

WILLIAMSON, Oliver, LAS INSTITUCIONES ECONÓMICAS DEL CAPITALISMO, (Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1989).

WILLIAMSON, Oliver, "Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives", 36 ADMINISTRATIVE SCIENCE QUARTERLY 271 (Jun., 1991).