



This is the **submitted version** of the book part:

Ramos Romeu, Francisco. «La decisión del consumidor de mediar o litigar con distintas reglas de recuperación de gastos». *Proceso y consumo*, 2022, p. 135-158

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/325251>

under the terms of the license.

La decisión del consumidor de mediar o litigar con distintas reglas de recuperación de gastos

Francisco Ramos Romeu
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Barcelona

1. La problemática de los litigios de consumo

Los conflictos de consumo se han convertido en un quebradero de cabeza para los poderes públicos. Desde la gestión de la litigiosidad en masa que se ha generado en los últimos años, sobre todo por productos financieros y reclamaciones de transporte, hasta las obligaciones de actuación de oficio para la debida protección de los consumidores que se han impuesto al poder judicial, pero también al resto de poderes, no está quedando ningún rincón jurídico sustantivo o procesal sin revisar.

Las cuestiones de política legislativa para tratar de encontrar un poco de eficiencia en la gestión de esta vorágine de justicia que reclama el derecho del consumo están a la orden de día. Es un ejemplo el reciente Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia.¹ Este proyecto apuesta por obligar al consumidor a utilizar servicios alternativos de resolución de conflictos antes de acudir a los tribunales de justicia.² Se modifican las reglas de imposición de costas en atención a la posible conducta de la parte en un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, como la mediación.³ Sin embargo, no modifica el elenco de lo que se consideran costas del proceso del art. 241 LEC para incluir los gastos de intervención en estas actuaciones.⁴

¹ Ver Ref. 121/00097, Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie A, 22.04.2022, nº 97.1.

² Ver por ejemplo la Disposición Adicional Quinta: “En los litigios en que se ejercent acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto los previstos en legislación especial en materia de consumo, como los generales previstos en la presente ley.”

³ Así, el art. 56 de la reforma propone modificar el art. 394 de forma que se contempla que a la regla general de imposición de costas según el principio del vencimiento objetivo, y sin perjuicio de las dudas de hecho o de derecho, se añade la posibilidad de que no pueda recuperar costas la parte que no acuda a un ADR: “No obstante, cuando la participación en un medio de solución de conflictos sea legalmente preceptiva, o se hubiere acordado, previa conformidad de las partes, por el juez, la jueza o el tribunal o el letrado o la letrada de la Administración de Justicia durante el curso del proceso, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en un medio adecuado de solución de controversias al que hubiese sido efectivamente convocado”. Lo mismo se hace en la regla sobre la estimación parcial, en un sentido similar.

⁴ El único gasto que parece podrá ser incluido en la tasación de costas será la escritura pública que eleve a público un acuerdo transaccional en el curso de una negociación. El art. 11 de la reforma lo incluye específicamente en el art. 241.6º como derechos arancelarios. Del resto, la reforma no dice nada, y cuanto menos los honorarios de abogado de intervenir en una negociación o mediación no parece que queden incluidos en el litigio posterior.

A la vista de esto, se plantea si introducir trámites previos obligatorios a la reclamación judicial de consumo, trámites que tienen costes, requieren tiempo, y no garantizan la finalización del conflicto como lo puede hacer una sentencia firme, es una piedra más en el camino y puede redundar en perjuicio del consumidor si tiene que asumir estos gastos. Antes que su imposición obligatoria, ¿se ha analizado qué es lo lleva al consumidor a interponer una reclamación judicial en vez de acudir a un mecanismo alternativo? ¿Se ha considerado si las reglas de recuperación de gastos dan o podrían dar los incentivos adecuados, a las partes involucradas, para tratar de solucionar el conflicto en un mecanismo alternativo al proceso? ¿Existen otros mecanismos incentivadores o sancionatorios que permitan corregir las decisiones de las partes en este ámbito?

El presente trabajo analiza algunas de estas cuestiones utilizando un modelo sencillo de la decisión de un consumidor de acudir a un mecanismo alternativo de resolución de conflictos voluntario, que conceptuaremos como la mediación, o interponer directamente una demanda judicial, o no reclamar. En concreto, se analiza esta cuestión bajo distintas reglas de recuperación de costas: una en que el consumidor no puede recuperar los costes de resolver el conflicto; otra en que puede recuperar los costes judiciales; y una última que le permite recuperar todos los costes en caso de vencer en un litigio después de una mediación.

Después de hacer una breve descripción de un modelo de la interacción entre el consumidor, el empresario y un juez con información perfecta y diversos supuestos de la estructura de costes, analizamos en los tres siguientes apartados los comportamientos esperados en conjunto bajo las distintas reglas procesales. Determinamos también el rango de casos en que la mediación puede triunfar. El lector que no esté interesado en los detalles del análisis puede eludir estos apartados para leer directamente el apartado sexto donde se concluye y comenta lo que resulta del modelo, es decir, el rango en que la mediación tiene ventajas para el consumidor y los efectos que la recuperación de sus gastos puede entrañar.

2. Un modelo de la decisión del consumidor y el empresario

El modelo que proponemos sigue la estela de modelos de análisis económico del derecho que han abordado cuestiones similares: la decisión de litigar, la decisión de ir a juicio o alcanzar un acuerdo, la decisión de invertir en prueba, la decisión de recurrir, etc.⁵ En este apartado, exponemos sus actores, las etapas y las consecuencias económicas que se producen como resultado de sus decisiones. En los apartados subsiguientes explicitamos el modelo gráficamente mediante un árbol de decisiones.

Supongamos que hay un consumidor que tiene una reclamación con un valor d frente a un empresario. Inicialmente, el consumidor tiene la opción de no reclamar, acudir a mediación o interponer una demanda judicial directamente.

Si no reclama, se acaba el juego sin más y no recupera ninguna cantidad, pero tampoco asume ningún coste. Igualmente, el empresario no tiene que realizar ningún desembolso ni asumir coste alguno.

Si el consumidor decide acudir a mediación, ambas partes incurren cada una en un coste de mediar idéntico que denominaremos m . En la mediación, el empresario decide si aceptar la reclamación del consumidor y zanjar el asunto. Si el empresario no acepta la reclamación, el consumidor se ve obligado a interponer una demanda judicial, vamos a asumir que esto se produce automáticamente. Es el empresario el que decide ir a juicio.

⁵ Ver, por todos, Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press, 2004.

Interpuesta la demanda, se asume que el empresario se opone y le corresponde al juez dictar sentencia. Si las partes terminan en la vía judicial, cada una asume un coste idéntico de litigar que denominaremos l .

El juez es un autómata y dicta sentencia estimatoria con una probabilidad p entre [0;1] predefinida y se acaba el conflicto. Asumiremos que esta probabilidad es conocida por todas las partes desde el inicio, al igual que el valor de la demanda y los costes de litigar, es decir, estamos ante un juego de información perfecta porque todas las partes, consumidor y usuario conocen todos estos parámetros.

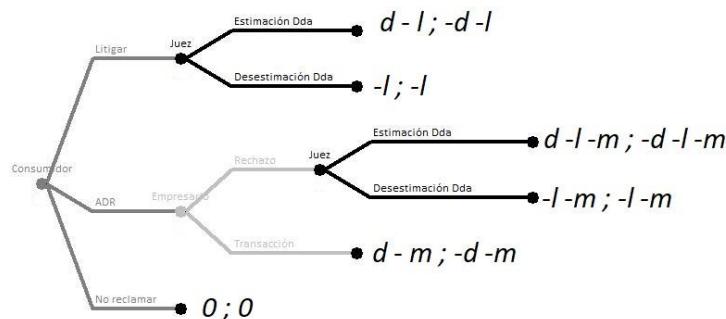
Alternativamente a acudir a mediación, el consumidor puede decidir interponer directamente una demanda judicial, y entonces también se asume que el empresario se opone y le corresponde al juez dictar sentencia, sólo que directamente, en este caso no se ha pasado por la mediación.

Supondremos que, como regla general, lo que el consumidor reclama d no es igual a 0, por tanto, $d \neq 0$. También asumiremos, que el coste de litigar l , es superior al coste de mediar m , es decir $l > m$ y también que ninguno de estos costes es 0.

3. Escenario sin recuperación de costas

Estudiamos el comportamiento que se espera observar del consumidor y el empresario bajo diversas reglas de recuperación de costas. En un primer momento, veamos el escenario más sencillo en que ni el consumidor ni el empresario pueden recuperar sus costes de mediar o litigar.

El siguiente árbol refleja las distintas opciones y a la derecha el resultado de la combinación de las decisiones del consumidor, el empresario y el juez.



En este escenario la utilidad $U()$, es decir el beneficio esperado, del consumidor de litigar es:

$$U(\text{litigar}) = p(d - l) + (1 - p)(-l)$$

Lo que simplifica a:

$$U(\text{litigar}) = pd - l$$

La utilidad de litigar es lo que espera recuperar el consumidor si litiga, menos el coste de litigar. Evidentemente, si el coste de litigar l es superior al pd , entonces no litiga en este escenario sin recuperación de costas. Para que sea rentable o viable litigar es necesario que:

$$pd - l > 0$$

$$p^{cl} \geq \frac{l}{d}$$

Llamaremos a esta p^{cl} la condición de litigación. En el caso concreto, el consumidor conocerá la probabilidad de que tenga razón, que denominaremos p^* , y comparará p^* con p^{cl} para tomar una decisión.

La utilidad del consumidor de acudir a mediación dependerá del comportamiento del empresario, que es el que provoca que la transacción fructifique o no. Por tanto, veamos el comportamiento del empresario. La utilidad del empresario de alcanzar una transacción es

$$U(\text{transacción}) = -d - m$$

Es decir, lo que tiene que abonar como principal de la reclamación - d más el coste de mediar - m que tiene que asumir. En cambio, la utilidad de una transacción fallida y acudir a juicio es:

$$U(\text{Rechazo transacción}) = p(-d - l - m) + (1 - p)(-l - m)$$

Esto refleja que con probabilidad p , vence el consumidor y el empresario le tiene que pagar - d , y además asumir los costes de litigar - l y mediar - m ; y en cambio con probabilidad $(1 - p)$, el empresario sale indemne del principal, aunque tiene que asumir esos mismos costes. La ecuación se simplifica a:

$$U(\text{Rechazo transacción}) = -pd - l - m$$

A partir de aquí podemos determinar que el empresario preferirá una transacción siempre que la utilidad de zanjar el asunto con una transacción sea superior a ir a juicio, es decir:

$$U(\text{transacción}) > U(\text{Rechazo transacción})$$

$$-d - m > -pd - l - m$$

$$p' \geq \frac{d - l}{d}$$

Existe por tanto una probabilidad crítica p' , que determina el comportamiento del empresario. Esta probabilidad crítica dependerá del principal y los costes de litigar. Será más baja cuanto más altos sean los costes de litigar. Cuando surja un conflicto, el empresario conocerá la probabilidad de que el consumidor tenga razón p^* , y comparará p^* con p' para decidir.

El consumidor, que conoce también su probabilidad de ganar, lo que espera obtener y los costes de litigar, puede ahora saber qué valor tiene su alternativa de acudir a mediación, que es el siguiente:

$$U(\text{mediación/transacción}) = d - m \quad \text{si} \quad p^* \geq p' = \frac{d - l}{d}$$

$$U(\text{mediación/litigio}) = pd - l - m \quad \text{si} \quad p^* < p' = \frac{d - l}{d}$$

Es decir, que, si va a mediación y el empresario transige la reclamación, obtiene $d - m$; y en cambio, si acude a mediación y el empresario no transige su utilidad será lo que resultará del juicio es decir $pd - l - m$, el valor esperado de la demanda menos los costes de litigar y mediar.

Podemos ahora ver en qué condiciones el consumidor acudirá a mediación o interpondrá directamente la demanda. Si el empresario va a alcanzar un acuerdo caso de acudir a mediación, entonces esta opción es mejor que litigar siempre que

$$\begin{aligned} U(\text{mediación/transacción}) &\geq U(\text{litigar}) \\ d - m &\geq pd - l \\ p^* &\leq \frac{d - m + l}{d} \end{aligned}$$

Vemos que, el consumidor también se enfrenta a una p^* crítica, que depende de los costes de mediar o litigar. Ahora bien, si el coste de mediar es inferior o igual al coste de litigar, como hemos asumido, el consumidor preferirá siempre acudir a mediación. En efecto si $m \leq l$, entonces el numerador es superior al denominador, es decir $d - m + l \geq d$, y por tanto la p^* crítica será siempre superior o igual a 1, por lo que siempre será deseable mediar en vez de litigar, si el empresario va a llegar a un acuerdo.

Por otra parte, si de acudir a mediación el empresario no va a alcanzar un acuerdo, entonces esta opción será mejor para el consumidor que litigar sólo si:

$$\begin{aligned} U(\text{mediación/litigar}) &\geq U(\text{litigar}) \\ pd - l - m &\geq pd - l \\ -m &\geq 0 \end{aligned}$$

De esta última inecuación, se ve que esto no se producirá nunca porque hemos asumido que mediar no tiene un coste 0. Si el consumidor sabe que, de acudir a mediación, el empresario no ofrecerá un acuerdo, el consumidor preferirá siempre interponer directamente la demanda y ahorrarse el coste de la mediación, que tiene que asumir en esta versión del modelo.

En fin, analicemos ahora cuando el consumidor preferirá mediar a no reclamar. Sabe si que $p^* \geq p'$, el empresario llegará a un acuerdo en la mediación y obtendrá $d - m$, lo que es mejor que no reclamar mientras $d - m > 0$, o, en otras palabras, $d > m$. Por otra parte, sabe que si $p^* < p'$, el empresario no llegará a un acuerdo y acabará en un litigio, siendo su utilidad esperada $pd - l - m$. Esto es mejor a no reclamar si $pd - l - m > 0$, es decir si:

$$p^{clm} \geq \frac{l + m}{d}$$

Podemos llamar a esto la condición de litigación con mediación y compararla con la condición de litigación sin mediación p^{cl} . Por sus características, por fuerza $p^{cl} < p^{clm}$. Es decir, será siempre más difícil que sea rentable un litigio post-mediación que un litigio previo, porque en el litigio post-mediación hay que descontar los gastos de mediación de lo recuperado, además de los gastos de litigar. Esto permite también concluir que, en un determinado caso, siempre que se cumpla la condición p^{clm} se cumplirá también la condición de litigación sin mediación p^{cl} y por tanto el consumidor preferirá acudir al litigio directamente en vez de mediar, para ahorrarse el coste de la mediación.

Ya podemos resolver el modelo en función de la probabilidad de que el juez estima la demanda del consumidor, p^* y especificar las otras condiciones necesarias. Dado que hay conocimiento perfecto de los parámetros por todas las partes, veamos la decisión del empresario primero para luego resolver lo que hará el consumidor.

Empecemos por la decisión del empresario, que únicamente se produce cuando el consumidor acude a mediación. En ese momento, el empresario ofrece un acuerdo si $p^* \geq p'$ y, en caso contrario, provoca el litigio.

Si el empresario va a ofrecer un acuerdo, el consumidor acudirá a la mediación, siempre que sea mejor acudir a mediación que no reclamar, es decir, siempre que $d > m$. Si no se da esta condición, no reclama.

Si el empresario no ofrece un acuerdo en la mediación, el consumidor está abocado a un litigio post-mediación. Este litigio post-mediación, sin embargo, el consumidor lo puede evitar para no tener que asumir el gasto de la mediación acudiendo directamente a un litigio, lo que hará siempre que éste sea viable es decir si $p^* \geq p^{cl}$. Si no se da esta inecuación, no reclama.

En efecto, de todo lo anterior, si $p^* < p^{cl}$ y $d < m$, el consumidor no tiene reclamación creíble para ir a juicio directamente ni tampoco una reclamación suficiente para ir a mediación, por consiguiente, no reclama. Todo esto se resume en la siguiente tabla.

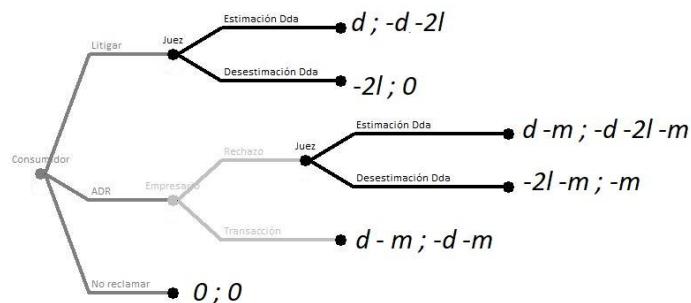
Tabla 1. Resumen comportamiento observado sin recuperación de costes

CONDICIONES	COMPORTAMIENTO OBSERVADO
$p^* < p^{cl} = \frac{l}{d}$ y $d < m$	El consumidor no reclama.
$p' = \frac{d - l}{d} \leq p^* \text{ y } d \geq m$	El consumidor acude a mediación, y se alcanzará un acuerdo y no habrá litigios.
$p^{cl} \leq p^* \leq p'$	El consumidor prefiere acudir siempre al litigio y el juez resuelve. Si acudiera a mediación, el empresario no transigiría.

4. Escenario con recuperación de costas judiciales

Veamos ahora qué ocurre si no son recuperables los costes de mediar, pero sí lo son las costas de un juicio según la regla del vencimiento objetivo, es decir, el que pierde paga.

El siguiente árbol, que es el mismo que antes en cuanto a partes y estructura, refleja ahora unos resultados distintos, que tiene en cuenta la posible recuperación de costas:



En este nuevo escenario, la utilidad del consumidor de litigar se convierte en:

$$U(\text{litigar}) = pd + (1-p)(-2l)$$

Con esta regla en que se permite la recuperación de costas, la decisión de demandar o no depende de que:

$$pd - (1-p)2l > 0$$

$$p^{cl} \geq \frac{2l}{d+2l}$$

Si no se da esta inecuación y $p^* < p^{cl}$, ya no sale a cuenta litigar.

Como antes, la utilidad de acudir a mediación, que es la alternativa, dependerá de lo que haga el empresario. La utilidad del empresario de alcanzar una transacción en este escenario no es distinta al del escenario anterior:

$$U(transacción) = -d - m$$

Sí lo es, en cambio, la utilidad de no transigir y acudir a juicio, ya que la utilidad de una transacción fallida ahora entraña que las costas judiciales estarán en juego, y por tanto es:

$$U(Rechazo\ transacción) = p(-d - 2l - m) + (1-p)(-m)$$

$$U(Rechazo\ transacción) = p(-d - 2l) - m$$

Es decir, tendrá que asumir las costas de mediar en todo caso, y si gana el juicio, sale indemne de los gastos de litigar, pero no si pierde en que paga $-d$ y $-2l$. Por tanto, ahora el empresario preferirá alcanzar una transacción y no ir a juicio si:

$$U(transacción) \geq U(Rechazo\ transacción)$$

$$-d - m \geq p(-d - 2l) - m$$

$$p''' \geq \frac{d}{d + 2l}$$

Como es de ver, esta p''' crítica variará en función de los costes de litigar. A medida que aumenten los costes de litigar, será más fácil que el empresario prefiera alcanzar un acuerdo. Si no se da la inecuación, el empresario preferirá litigar.

El consumidor ahora, conociendo el comportamiento esperado del empresario, puede también valorar adecuadamente sus opciones en una mediación y sabrá que, de acudir a mediación, su utilidad esperada será:

$$U(mediación/transacción) = d - m \text{ si } p^* \geq p''' = \frac{d}{d + 2l}$$

$$U(mediación/litigio) = p(d) + (1-p)(-2l) - m \text{ si } p^* < p''' = \frac{d}{d + 2l}$$

Para el consumidor, si el empresario va a alcanzar un acuerdo, será mejor acudir a mediación que litigar, siempre que:

$$U(mediación/transacción) \geq U(litigar)$$

$$d - m \geq pd + (1-p)(-2l)$$

$$p'''' \leq \frac{d - m + 2l}{d + 2l}$$

No es difícil ver que esta probabilidad crítica p'''' dependerá de los costes de mediar. A medida que aumente el coste de mediar m , esta p'''' se irá reduciendo, por lo que será menos probable

que el consumidor acuda a mediación y vaya directamente a litigio. Ahora bien, en la medida en que los costes de mediar son inferiores a los costes de litigar, el numerador será inferior al denominador, es decir, $d - m + 2l < d + 2l$. Por consiguiente, p''' será también siempre inferior a 1.⁶ Además por la misma razón de que los costes de mediar son inferiores a los de litigar, p''' será siempre superior a la probabilidad crítica para que el empresario ofrezca mediar p'' porque el numerador de la primera variable será más grande que el de la segunda, aunque sus denominadores son idénticos. Existe por tanto un rango de asuntos que pueden acabar en mediación y en que se alcanza un acuerdo. Se trata de los casos en que:

$$p''' = \frac{d}{d + 2l} \leq p^* \leq p'' = \frac{d - m + 2l}{d + 2l}$$

Pero existe también un número de caso, en que $p^* \geq p''' \geq p''$ y, por tanto, aunque el empresario ofrecería un acuerdo en la mediación, el consumidor prefiere litigar.

Por otra parte, si el empresario no va a ofrecer un acuerdo en la mediación, la utilidad de mediar sólo sería superior a la utilidad de litigar si:

$$\begin{aligned} U(\text{mediación/litigar}) &\geq U(\text{litigar}) \\ p(d - m) + (1 - p)(-2l - m) &\geq p(d) + (1 - p)(-2l) \\ -m &\geq 0 \end{aligned}$$

Esta última inecuación es imposible, porque mediar tiene un coste, por tanto, el consumidor preferirá siempre litigar directamente si el empresario no va a ofrecer un acuerdo.

Para terminar, veamos si el consumidor acudirá a la mediación o sencillamente no reclamará. Si el empresario va a ofrecer un acuerdo, es decir si $p^* \geq p'''$, el consumidor acudirá a mediación siempre que valga la pena porque $d > m$. Si el empresario no va a transigir, el consumidor se enfrenta a un litigio post-mediación, que únicamente es viable si

$$p^{clm} > \frac{2l + 2m}{d + 2l}$$

Es la condición de litigación post-mediación, que nuevamente será siempre superior a la condición de litigación sin mediación p^{cl} . Como hemos visto antes, en estos casos el consumidor considera preferible acudir a un litigio directamente.

En definitiva, la solución de este nuevo escenario, en que es posible recuperar los costes de litigar según el principio del vencimiento objetivo, es el siguiente, en función de la probabilidad concreta p^* de que el consumidor gane en juicio y las demás condiciones necesarias.

Cuando el consumidor acude a mediación, el empresario va a ofrecer un acuerdo siempre que se cumpla la condición crítica $p^* > p'''$. No lo hace en caso contrario.

Si el empresario transige en el seno de la mediación, el consumidor prefiere iniciarla siempre que $d > m$. Ahora bien, sabemos que existen casos en que el consumidor prefiere litigar directamente, a pesar de que el empresario ofrezca el acuerdo. Son los casos en que $p^* \geq p'''$ y siempre que se cumpla la condición de litigación p^{cl} .⁷ El empresario no puede hacer nada para evitarlo.

⁶ Existirá por tanto una posibilidad de que $p^* > p'''$, que habrá que tratar.

⁷ Para completar el argumento, es posible determinar que p''' es superior a p^{cl} , siempre que $d > m$.

Si el empresario no va a ofrecer una transacción porque $p^* < p'''$, el consumidor prefiere entonces litigar directamente. Esto, sin embargo, depende aún de que se cumpla la condición de litigación $p^* \geq p^{cl}$. Caso contrario, no reclama.

En fin, el consumidor no reclama siempre que no salgan a cuenta ni un litigio ni una mediación, es decir siempre que $d < m$ y $p^* < p^{cl}$. Se resume esto en la siguiente tabla.

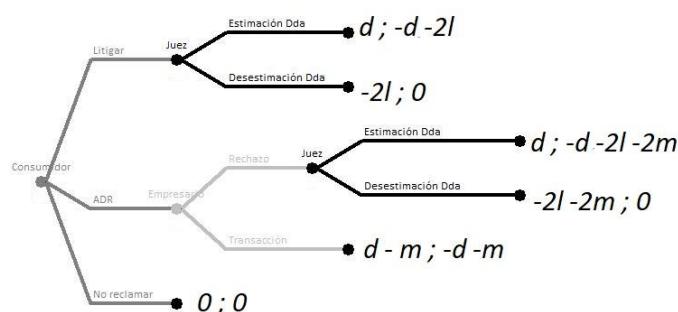
Tabla 2. Resumen comportamiento observado con recuperación de costes judiciales

CONDICIONES	COMPORTAMIENTO OBSERVADO
$p^* < p^{cl} = \frac{2l}{d+2l}$ y $d < m$	El consumidor no reclama.
$p^{cl} \leq p^* < p''' = \frac{d}{d+2l}$	El consumidor acude directamente a juicio. Si acudiera a mediación, el empresario no transigiría.
$p''' \leq p^* \leq p'''' = \frac{d-m+2l}{d+2l}$ y $d \geq m$	El consumidor acude a mediación y se alcanza un acuerdo con el empresario.
$p^{cl} \leq p^*$ y $p'''' \leq p^*$	El consumidor acude directamente a juicio. Aunque si fuera a mediación, se alcanzaría un acuerdo.

5. Escenario con recuperación de costas de mediar y litigar

En este tercer escenario, las costas judiciales incluyen tanto los gastos judiciales como los gastos de mediar. Por tanto, vamos a asumir que los costes de mediar y litigar son recuperables a través de una condena en costas por vencimiento objetivo. En caso de mediar, asumiremos que cada parte asumirá sus costas por mitad. Esta regla es un presupuesto del modelo que se justifica porque es frecuente que en caso de acuerdo no se distingan los conceptos abonados, se renuncie a nada más reclamar, y cada parte asuma sus gastos *de facto*. Sin duda podría preverse una regla distinta.

En este escenario, las consecuencias a las que se enfrentan las partes son las siguientes, dentro de la misma estructura de juego que hemos utilizado antes:



La única modificación es la relativa a las consecuencias en caso de litigio post-mediación intentada sin éxito. Esto nos permite retomar algunos de los cálculos del apartado anterior, dado

que se mantienen, tal y como la utilidad del consumidor de litigar desde un inicio y la probabilidad crítica para que el litigio sin mediación sea viable.

Analicemos por eso la conducta del empresario dentro de una mediación, para después volver a la decisión del consumidor, una vez sabe el comportamiento esperado del empresario dentro de la mediación. En particular, ahora el empresario, en caso de ir a juicio y ser condenado, tendrá que reembolsar también los gastos de mediación. Por tanto, su utilidad de una transacción fallida es:

$$U(\text{Rechazo Transacción}) = p(-d - 2l - 2m)$$

Por tanto, teniendo en cuenta que su utilidad de transigir no se ha modificado, esto implica que el empresario preferirá alcanzar una transacción si

$$\begin{aligned} U(\text{transacción}) &\geq U(\text{Rechazo transacción}) \\ -d - m &\geq p(-d - 2l - 2m) \\ p^{''''} &\geq \frac{d + m}{d + 2(l + m)} \end{aligned}$$

Como es de ver, la decisión del empresario aquí va a depender tanto de los costes de mediar como de los costes de litigar. A medida que los costes de litigar aumenten, va a ser más propenso a transigir. Y el aumento de los costes de mediar, lo hace también más inclinado a la transacción, aunque menos que el aumento de los costes de litigar. Esta probabilidad crítica por fuerza será inferior a 1.

El consumidor entonces va a enfrentarse a las siguientes opciones. Su utilidad esperada si va a mediación será de

$$U(\text{mediación/transacción}) = d - m \text{ si } p^{''''} \geq \frac{d + m}{d + 2(l + m)}$$

$$U(\text{mediación/litigio}) = p(d) + (1 - p)(-2l - 2m) \text{ si } p^{''''} < \frac{d + m}{d + 2(l + m)}$$

Y, por consiguiente, para el consumidor, si el empresario va a alcanzar un acuerdo, será mejor acudir a mediación que litigar directamente, siempre que:

$$\begin{aligned} U(\text{mediación/transacción}) &\geq U(\text{litigar}) \\ d - m &\geq pd + (1 - p)(-2l) \\ p^{'''} &\leq \frac{d - m + 2l}{d + 2l} \end{aligned}$$

Esta $p^{'''}$ crítica es la misma que en el apartado anterior, por eso hemos mantenido el nombre, y es siempre inferior a 1 y superior a $p^{''''}$, porque asumimos que los costes de mediar no son nulos y son inferiores a los costes de litigar.⁸

El rango de casos en que un acuerdo de mediación es viable va a quedar constreñido por las relaciones entre p^* , $p^{'''}$ y $p^{''''}$. Esto hará que haya un rango en que el empresario prefiere llegar a un acuerdo y el consumidor también que es:

⁸ Por su contenido, $p^{''''}$ va a ser inferior a $p^{'''}$ porque el numerador de $p^{'''}$ es superior al de $p^{''''}$ y su denominador es más pequeño que el de $p^{'''}$ por lo que $p^{'''}$ será un número más grande siempre.

$$p'''' = \frac{d + m}{d + 2l + 2m} \leq p^* \leq p''' = \frac{d - m + 2l}{d + 2l}$$

Fuera de este rango, y en particular si $p^* > p''' > p''''$, el consumidor prefiere acudir directamente a juicio.

En cambio, si el empresario no va a alcanzar un acuerdo, para el consumidor la utilidad esperada de mediar será superior a la de litigar directamente si:

$$\begin{aligned} U(\text{mediación/litigar}) &\geq U(\text{litigar}) \\ p(d) + (1-p)(-2l - 2m) &\geq p(d) + (1-p)(-2l) \\ p &\geq \frac{2m}{2m} = 1 \end{aligned}$$

Solo si la probabilidad de ganar es 1, es decir, si existe certeza de vencer. En los demás casos, preferirá litigar directamente. Como se ve, no puede descartarse totalmente que intente una mediación a pesar de que vaya a ser rechazada por el empresario, pero esto sólo ocurre si tiene certeza absoluta de que ganará en juicio. Tendremos que concluir que será muy marginal, sólo sea porque podría litigar directamente y no perder tiempo en la mediación.

Terminemos analizando cuando es mejor acudir a mediación que no reclamar. El consumidor, si el empresario va a ofrecer un acuerdo en la mediación, es decir si $p^* \geq p''''$, acude a la mediación, siempre que sea rentable porque $d > m$. Si el empresario no va a ofrecer un acuerdo, entonces tiene que darse la condición de litigación post-mediación para que sea rentable esta alternativa, es decir

$$p^{clm} \geq \frac{2l + 2m}{d + 2l + 2m}$$

Como antes, esta condición de litigación post-mediación es un número mayor que la condición de litigación sin mediación. Hemos visto que el consumidor, de poder elegir entre litigar directamente y litigar tras pasar por una mediación prefiere litigar directamente salvo que la probabilidad de ganar sea 1, lo que es marginal.

Con lo anterior podemos ahora encontrar las soluciones en este escenario, en función de los valores de la variable p^* en el caso concreto y añadiendo las demás restricciones necesarias.

El empresario, en la mediación, va a ofrecer un acuerdo siempre que $p^* \geq p''''$ y no lo hará en caso contrario.

Si el empresario va a ofrecer un acuerdo en la mediación, el consumidor acude a la mediación siempre que sea rentable porque $d > m$. Pero hay un punto a partir del cual, prefiere acudir directamente al litigio, lo que se produce cuando $p^* \geq p'''$.

Si el empresario no va a ofrecer un acuerdo en la mediación, el consumidor prefiere acudir a un litigio directamente, lo que hace siempre que sea viable porque $p^* \geq p^{cl}$. Sabemos que es indiferente entre mediar sin acuerdo y litigar directamente sólo si la probabilidad de ganar es 1. Por último, cuando ni la mediación ni el litigio son rentables, porque $d < m$ y $p^* < p^{cl}$, el consumidor no reclama. En la tabla siguiente se resumen estos resultados.

Tabla 3. Resumen comportamiento observado con recuperación de costes de mediar y litigar

CONDICIONES	COMPORTAMIENTO OBSERVADO
$p^* < p^{cl} = \frac{2l}{d+2l}$ y $d < m$	El consumidor no reclama.
$p^{cl} \leq p^* < p^{'''} = \frac{d+m}{d+2(l+m)}$ y $p < 1$	El consumidor acude directamente al litigio. Si iniciara la mediación, el empresario no transigiría.
$p^{'''} \leq p^* \leq p^{''} = \frac{d-m+2l}{d+2l}$ y $d \geq m$	El consumidor acude a mediación y se alcanza un acuerdo. No hay juicio.
$p^{cl} \leq p^*$ y $p^{'''} \leq p^*$	El consumidor acude directamente a litigio. En una mediación, el empresario transigiría.
$p^* = 1$ y $d > m$ y $p^{cl} \leq p^*$	El consumidor es indiferente entre ir a mediación o a juicio.

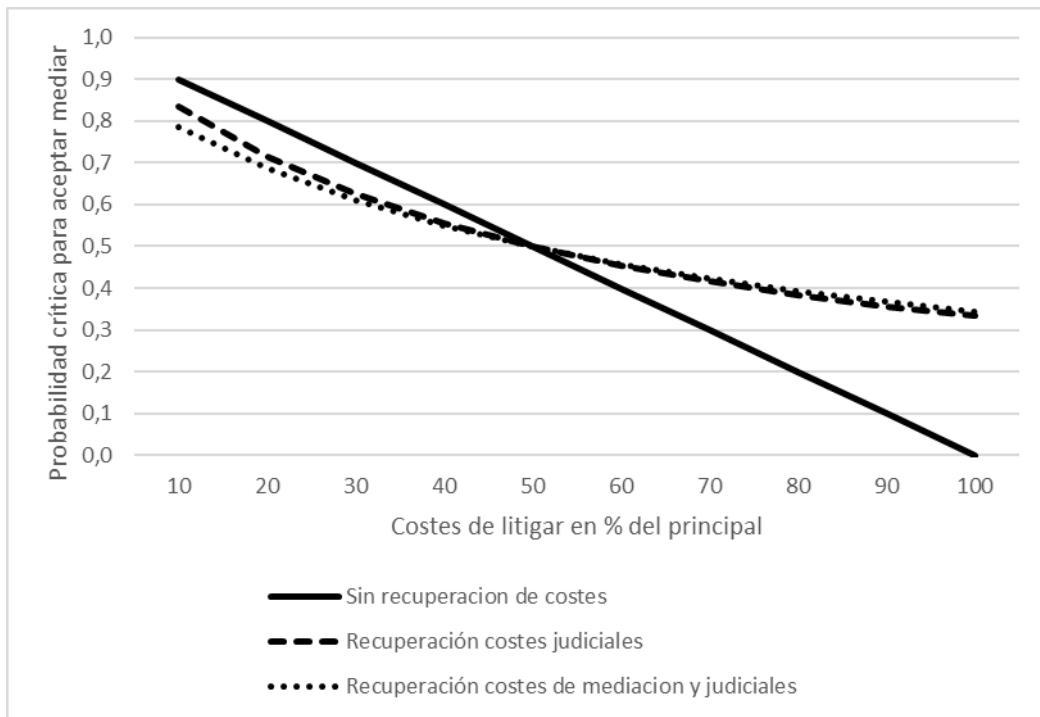
6. Análisis de los comportamientos bajo distintas reglas de recuperación de costas

El número de casos que será objeto de acuerdo bajo las distintas reglas dependerá de la concreta configuración de las variables d , l , m , y p^* . Una vez surge un caso con una determinada cuantía d , pueden establecerse los costes de litigar l o mediar m , y a partir de ahí el consumidor puede, en función de p^* , decidir si es mejor acudir a juicio o mediar, teniendo en cuenta lo que hará el empresario. A partir de estos modelos, se pueden extraer algunas consecuencias interesantes para una política sobre la promoción del ADR en materia de consumo.

En primer lugar, vemos que la mediación, que tiene unos costes menores que un litigio, puede permitir al consumidor obtener una compensación en circunstancias en las que de otra forma no reclamaría porque no acudiría a un procedimiento judicial. A pesar de no tener una reclamación viable en un litigio, sí puede acudir a la mediación cuando el empresario está dispuesto a alcanzar un acuerdo. Este acuerdo se puede producir en el seno de la mediación, con unos costes reducidos, haciendo innecesario el litigio. Esta posibilidad de acuerdo en la mediación depende del comportamiento del empresario en la mediación y también de la decisión del consumidor de acudir a ella. Sus decisiones se ven afectadas por las reglas de recuperación de costas. Pero hay un rango de valores de la probabilidad p en que la mediación es posible y resulta en un acuerdo.

Para ver cómo influyen las reglas de costas sobre la posibilidad de acuerdo en la mediación, veamos cómo afectan primero a la decisión de le empresario de ofrecer un acuerdo en la mediación. El gráfico siguiente reproduce las probabilidades críticas de que el empresario acepte mediar y zanjar el asunto bajo las distintas reglas de costas cuando aumentan los costes de litigar, probabilidades que hemos calculado antes: sin recuperación de costas (p'), con recuperación sólo de las costas judiciales ($p^{''}$), con posible recuperación de costas de mediar y judiciales ($p^{''''}$).

Ilustración 1. Probabilidad crítica de que el empresario acepte mediar



Mientras que el coste de litigar sea menos de la mitad del interés litigioso, la probabilidad crítica para que el empresario acepte un acuerdo en la mediación es más pequeña cuando es posible recuperar los costes judiciales y aún más pequeña cuando se recuperan los costes de mediar y litigar. En los litigios en que el coste de resolver el asunto representa más de la mitad del valor de lo reclamado, sin embargo, el empresario tiene en cuenta la posible recuperación de los costes de mediar y litigar y por tanto vuelve a ser más estricto y menos propenso al acuerdo que si tuviera que asumir los costes de mediar y/o litigar siempre. No se puede descartar este problema en el ámbito del consumo en que es frecuente que la cuantía en juego sea limitada y por tanto los costes representan una gran proporción.

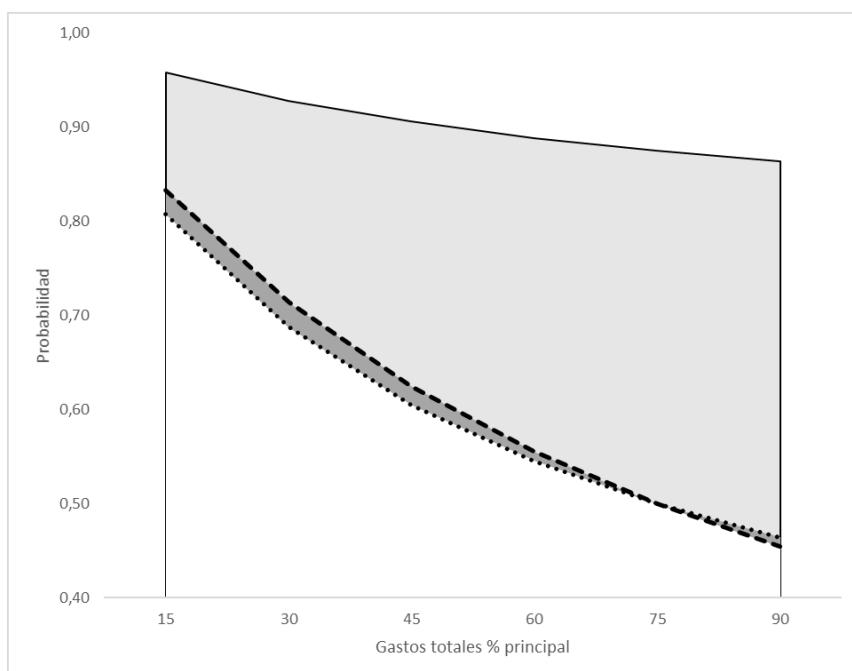
No se muestra el mismo gráfico cuando varían los costes de mediar porque los costes de mediar únicamente tienen un efecto sobre el comportamiento del empresario si el sistema permite recuperar los costes de mediar. Pero el efecto es similar, nuevamente depende de la magnitud que representan estos costes respecto del valor en litigio. En este caso, siempre que los costes de litigar representen una proporción pequeña, el aumento de los costes de mediar hace más probable el acuerdo. Cuando los costes de litigar representan una gran proporción de valor el litigio, el aumento de los costes de mediar, hace menos probable que el empresario alcance un acuerdo.

El rango de acuerdo en la mediación también depende de la decisión del consumidor de acudir a la mediación. Cuando no se pueden recuperar los costes de litigar prefiere siempre alcanzar un acuerdo en la mediación. Así puede evitar el coste de un litigio que tiene que asumir. Por tanto, si el empresario le va a ofrecer a un acuerdo, acude a la mediación. La situación, sin embargo, se vuelve más compleja cuando puede recuperar los costes de litigar. En estos casos, es posible que, en función de las características de su caso, principalmente reflejadas en una elevada probabilidad de ganar, prefiere litigar directamente porque dentro de un proceso judicial es posible recuperar los gastos de litigar, cosa que no puede hacer en la mediación. Este efecto, obviamente se magnifica cuando más importantes sean esos gastos respecto del valor del objeto litigioso. A medida que el gasto de litigar aumenta y representa una mayor proporción de lo que es objeto de controversia, el consumidor es más propenso a desechar la mediación,

en la que, a pesar de todo, podría obtener un acuerdo con el empresario que éste le ofrecería de buena gana para evitar el litigio. Bajo una regla de recuperación de costas judiciales y de mediar, los costes de mediar también están en juego si se acude a mediación, y el consumidor también prefiere evitarla para no crear riesgos de imposición innecesarios. Quizá esto plantea la necesidad de prever algún mecanismo corrector para evitar este efecto.

Para sintetizar lo anterior, el siguiente gráfico muestran, bajo un sistema en que se permite la recuperación de gastos, el rango de acuerdo en la mediación a medida que aumentan los costes de litigar y mediar -con gastos de mediar inferiores a los de litigar, pero con aumento progresivo de ambos- respecto del total reclamado. El área gris es el área de acuerdo y en gris oscuro las variaciones que se producen en función de si se permite o no la recuperación de costas de la mediación.

Ilustración 2. Rango de acuerdo en la mediación



Vemos que el rango de acuerdo es más amplio a medida que aumenta la proporción que representan los gastos totales de resolver el conflicto sobre el total reclamado. La recuperación o no de costes de mediar, tiene un efecto marginal sobre el rango de acuerdo.

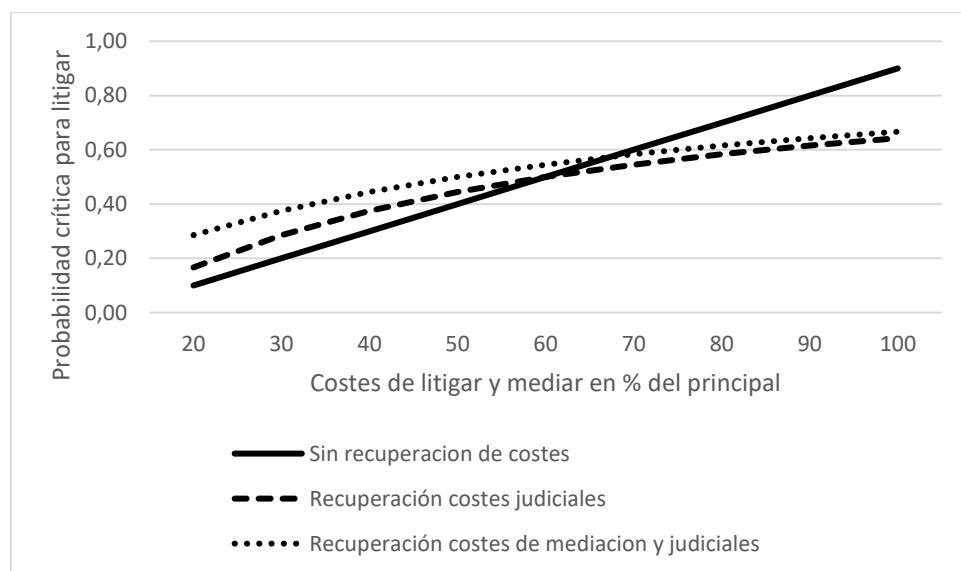
Respecto a la decisión del consumidor de reclamar o iniciar una mediación o un litigio, podemos observar que existen situaciones en que el consumidor prefiere voluntariamente acudir a la mediación, aunque no sea obligatoria. En otras palabras, la mediación es posible en ciertos tipos de casos, dentro de unos márgenes, no es necesaria su obligatoriedad. La introducción de la obligatoriedad como presupuesto de procedibilidad en cambio puede perjudicar a los consumidores en las situaciones en que no hubieran acudido a la mediación de otra forma. Se trata de todos aquellos casos en que el consumidor preferiría acudir directamente al litigio. En este caso están aquellos consumidores que saben que el empresario nunca les ofrecerá un acuerdo en una mediación, porque prefiere litigar. También se encuentran en esta situación aquellos litigios en que el consumidor obtendría un acuerdo de acudir a mediación, pero prefiere litigar directamente, porque tiene mayor utilidad en sus circunstancias. Esto tiene lugar sólo cuando es posible recuperar los costes de litigar o de mediar, por tanto, es un problema sólo bajo estas reglas, que es la de nuestro sistema actual de justicia civil. Pero para todos ellos, de

tener que acudir ahora a la mediación obligatoria, se encarece el coste de reclamar innecesariamente, lo que hará más difícil que se reclame. En efecto, si la mediación es un trámite obligatorio, el consumidor sólo reclamará si se da la condición de litigación post-mediación, que se da en un número inferior de casos que la condición de litigación sin mediación.

Hablemos ahora de los efectos globales de permitir la recuperación de costes en los litigios de consumo. Hemos visto que permitir la recuperación de costes puede hacer que aumenten o no los acuerdos dentro de una mediación, según la magnitud del coste de litigar y mediar respecto del principal reclamado. El efecto no es uniforme, sino que las ventajas de la recuperación de costas se hacen patentes porque facilitan el acuerdo en los casos en que los costes de resolver el conflicto son reducidos respecto de la cuantía en juego. Y disminuyen el rango de acuerdo cuando el interés litigioso y el coste de resolverlo está próximo.

Algo similar ocurre en cuanto a la probabilidad de que la reclamación sea viable en primer lugar. El efecto se debe a que, cuando las costas se imponen por el criterio del vencimiento, la parte no sólo debe tener en cuenta los costes propios de litigar, sino también el riesgo de ser condenado en costas, sean las del litigio o las de la mediación. Hay un efecto que no es uniforme. El siguiente gráfico muestra la evolución de la probabilidad crítica de litigar del consumidor cuando aumentan los costes judiciales, sabiendo que si se hacen aumentar también los costes de mediar el conjunto no cambia.

Ilustración 3. Probabilidad crítica de litigar del consumidor bajo distintas reglas



Vemos que cuando los costes de litigar son pequeños en comparación con la cuantía de la reclamación, hay menos casos que se litigan bajo cualquiera de las reglas que permiten la recuperación de costas que bajo un régimen de no imposición de costas. Ahora bien, este efecto va disminuyendo a medida que el coste aumenta respecto del principal y alcanza un punto en que la situación se invierte y, con la recuperación de costes, es más probable que se litigue.

En conjunto, podemos ver que el efecto de la regla de recuperación de costes es el siguiente. En los litigios de consumo cuyos costes de resolución representan una gran proporción de la cuantía, prever la recuperación del gasto permite estas reclamaciones. Sin embargo, también son asuntos en que es el empresario el menos propenso a transigir, porque él también puede en su caso recuperar el coste. En los litigios en que el coste de resolver el conflicto es pequeño respecto de la cuantía, el efecto se invierte. Se hace más difícil su interposición cuando se permite la recuperación de costes, pero una vez interpuesto, es más probable que se alcance un acuerdo.

De todas maneras, actualmente este efecto no se aprovecha porque las reclamaciones de escasa cuantía no requieren del uso de abogado y procurador, limitándose drásticamente los supuestos en que es un gasto recuperable. Por tanto, el escenario actual es uno en que son reclamaciones cuya interposición no se incentiva ni se desincentiva. La cuestión es si esta norma se debería modificar, porque de ser obligatorio acudir a la mediación, este coste se añade haciendo más difícil la reclamación para el consumidor.

7. Conclusiones

El análisis económico del derecho nos permite a través de modelos simplificados de la realidad aproximarnos a las cuestiones que son de interés para el diseño del sistema procesal. Sus presupuestos y métodos son más formales y exigentes, pero nos permiten profundidad y precisión. No dejan espacio para la poesía, pero sí para la transparencia y el avance hacia nuevos horizontes. Nos permiten construir un cuerpo de ciencia, que futuros investigadores pueden revisar, mejorar y dejar atrás cuando quede obsoleto. Forzosamente, los modelos reducen la complejidad, pero también pueden ser fecundos para comprender las decisiones y los posibles efectos de distintas reglas.

Este trabajo ha abordado la decisión del consumidor de acudir a un mecanismo de resolución alternativa de conflictos y su articulación con el proceso judicial. Con un modelo muy simplificado de la realidad hemos analizado estas cuestiones de política legislativa procesal de asuntos de consumo, que son relevantes para las reformas procesales en curso y otros debates generales sobre los litigios de consumo.⁹ No era el objetivo de este trabajo hacer propuestas concretas de reforma de la legislación procesal o de los medios alternativos de resolución de conflictos. Evaluar la mejor normativa para canalizar y resolver los litigios de consumo depende de los valores de las concretas variables relevantes. Se han hecho algunas consideraciones a lo largo de este trabajo. Las medidas específicas que corresponderá aplicar dependen de las características de los casos, por ejemplo, de la distribución concreta de p^* en las reclamaciones de consumidores en general, en un sector, o un tipo de litigiosidad concreto. Futuros trabajos podrán ahondar en las normas concretas que serían deseables.

Los poderes públicos y la estadística judicial deben echar una mano, proporcionando la información necesaria. Pero a pesar de la avalancha de litigios de consumo que se ha producido, las estadísticas que recopila y publica el Consejo General del Poder Judicial no han empezado todavía a dar la necesaria relevancia a este tipo de litigiosidad. Resulta hoy imposible o muy difícil saber cuántos litigios que entran o están pendientes en los tribunales enfrentan a consumidor frente a un empresario, de qué tipos de litigios se trata, a cuantos afectan, sin ser repetitivos, o el valor del interés litigioso. Tampoco existen estudios fiables sobre los casos de consumo que gestionan instituciones de resolución alternativa de conflictos. El caso del Sistema de arbitraje de consumo público es uno entre ellos, aunque es del que más información se conoce a través de estadísticas parciales y la publicación de laudos. Además de mejores teorías, es necesario elaborar mejores estadísticas para poder mejorar nuestro sistema procesal en materia de consumo.

⁹ Decimos que es muy simplificado porque asume información completa para todas las partes. La extensión del modelo pasaría por introducir asimetrías de información por ejemplo para hacerlo más realista.