

**CRÓNICA DE ÉXITO DE MECANISMOS
ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONTROVERSIAS:
RESULTADOS EMPÍRICOS DE UN MODELO**

Francisco González de Cossío

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	ANTECEDENTES	2
A.	INTRODUCCIÓN	2
B.	EL GÉNERO	3
C.	DOS ESPECIES: CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN	3
1.	Introducción: un debate estéril	3
2.	Concepto.....	4
3.	Punto en Común: la función y objetivos	4
4.	Diferencias: la Fuente de la Solución	5
D.	EXPERIENCIA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LOS MASC	5
III.	EL MODELO	6
A.	INTRODUCCIÓN: PARADOJA SOBRE NOCIÓN	6
B.	TRES ESCENARIOS	6
C.	VARIANTE VALOR AGREGADO.....	10
IV.	EXPERIENCIA EMPÍRICA DEL MODELO CONCEPTUAL	10
V.	COMENTARIO FINAL	11

I. INTRODUCCIÓN

En esta nota deseo dar resultados sobre un modelo que se lanzó al mercado de las ideas en 2003,¹ y que he llevado a la práctica con resultados positivos.

Para ello, a continuación daré algunos antecedentes (§II), continuando con una descripción sobre el modelo (§III), para luego reportar resultados (§IV), concluyendo con un comentario final (§V).

II. ANTECEDENTES

A. INTRODUCCIÓN

Los mecanismos alternativos de solución de controversias (“MASC”) son herramientas que con creciente frecuencia son utilizadas para solucionar diferencias sin tener que recurrir a medios adversariales, como el arbitraje y el litigio.

En la última década ésta área se ha desarrollado en forma importante. Los desarrollos pueden genéricamente describirse en el brote de reglamentos e instituciones diversas,² su creciente utilización y, en forma importante, la creación de una Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.³

¹ Ver capítulo II de ARBITRAJE, Ed. Porrúa, 2004, impresión 2008; y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS. NOTA SOBRE EL DESARROLLO DEL ÁREA, Revista de Derecho Investigaciones Jurídicas, No. 28, 2004.

² Por ejemplo, la adopción del Reglamento ADR de la Cámara de Comercio Internacional, la creación del Instituto Mexicano de la Mediación (IMM), el Reglamento de Conciliación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México, las Reglas de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA), el Reglamento de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), el Reglamento de Mediación de la American Arbitration Association (*1999 Mediation Rules of the American Arbitration Association*), el *Center for Public Resources Model Mediation Procedure for Business Disputes Rules CPR*, las Reglas de Conciliación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, y las Reglas de Conciliación del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

³ Que todo parece indicar que en breve será adoptada por México. Para un estudio interesante sobre la misma se sugiere: Andrés Nieto Sanchez de Tagle, ANÁLISIS Y PROPUESTA DE INCORPORACIÓN DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL AL DERECHO MEXICANO, Escuela Libre de Derecho, México, 2005.

B. EL GÉNERO

Quienes definen MASC como mecanismos alternativos al litigio vislumbran un panorama que puede ser catalogado de la siguiente manera:⁴ (1) la negociación;⁵ (2) procedimientos en los que participa un tercero-neutral para asistir a que las partes lleguen a una solución de su controversia sin que la decisión u opinión sea ejecutable;⁶ (3) procedimientos que concluyen con una decisión que es provisionalmente vinculante;⁷ y (4) procedimientos que concluyen con una decisión o laudo coactivamente ejecutable: el arbitraje.

En este estudio me concentraré en la categoría 2, con especial énfasis en la mediación y conciliación.

C. DOS ESPECIES: CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN⁸

1. Introducción: un debate estéril

Si bien es aceptado que por virtud de la conciliación y la mediación un tercero asiste a las partes a resolver una controversia, existe falta de consenso sobre la naturaleza *exacta* y diferencia entre ambas.

Dependiendo del alcance de la investigación que se realice, pueden encontrarse autores que sostienen que son distintos y otros que consideran que

⁴ El punto de partida es importante pues en forma creciente se observa que el arbitraje no es catalogado como un MASC.

⁵ En la cual son sólo las partes, sin asistencia de un tercero o institución, quienes dirimen la controversia.

⁶ Dentro de este rubro de procedimientos encontramos, en forma principal, a: (i) la Conciliación; (ii) la Mediación; (iii) la Evaluación Neutral; (iv) la Evaluación Neutral de un Experto; (v) el Mini-juicio (*Mini-Tria*); y (vi) los Paneles de Revisión de Controversias (*Dispute Review Boards*—“DRB’s”). A su vez, existen una diversidad de métodos que pueden, por su uso, calificarse como secundarios. Estos son: (i) juez privado (*rent-a-judge*); (ii) Oyente neutral (*neutral listener*); (iii) Determinaciones de hecho por expertos (*neutral expert fact finding*); (iv) Decisión no obligatoria (*non-binding ex parte adjudication*); (v) adaptación de contratos (*contract adaptation*); (vi) Consultas (*consultations*); (vii) Buenos Oficios (*Good Offices*); y (viii) Investigaciones (*Survey*).

⁷ Paneles de Adjudicación de Controversias (“*Dispute Adjudications Boards*—“DAB’s”).

⁸ Esta sección se limita a plantear cuándo puede ser de utilidad un MASC, haciendo énfasis en la conciliación y mediación. No abordo los métodos y técnicas. El motivo es el perfil: fomentar la utilización haciendo hincapié en los casos en que se justifica, lo cual—dada su parca utilización—considero importante. De desear abundar sobre métodos y técnicas, se recomienda Allan J. Stitt, MEDIATING COMMERCIAL DISPUTES, Canada Law Book Inc., Ontario, Canada, 2003.

son sinónimos. Más aún, entre los primeros, no existe consenso acerca de la utilidad y función precisa del conciliador y el mediador.

En mi opinión, las instituciones *no sólo son distintas*, sino que *deben serlo*.

No estoy posicionado acerca de cuál institución debe ser llamada de qué manera.⁹ Sin embargo, hay algo que se pierde en la discusión semántica: existen circunstancias y objetivos *distintos* que exigen la utilización de uno u otro.

A continuación daré una definición conceptual de mediación y conciliación, para luego analizar su utilidad, haciendo eco de un modelo conceptual.

2. Concepto

La **Conciliación** es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes emite una opinión carente de fuerza vinculatoria acerca de la solución más adecuada de la misma.

La **Mediación** es el procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes colabora guiando las negociaciones con la finalidad de que las partes mismas lleguen a un acuerdo que solucione la controversia.

3. Punto en Común: la función y objetivos

Existen circunstancias en las cuales lo que las partes en controversia necesitan es que un tercero determine si su *verdadera*¹⁰ postura dista de tener un común denominador que pueda ser explotado para encontrar una solución, evitando tener que recurrir a un método adversarial. El tercero juega un papel importante puesto que ante él las partes presentarán su punto de vista sobre los hechos y el resultado que la aplicabilidad del derecho conlleva.¹¹ Agotado el ejercicio, el tercero hará ver a las partes los puntos sólidos y débiles de su postura decantando la ‘verdadera’ postura de la parte en cuestión.

⁹ No obstante que me es indiferente cómo se debe bautizar a cada una de las instituciones que abordaré, he adoptado la que creo que refleja la opinión más autoritativa y aceptada al respecto. Sin embargo, no seré dogmático al respecto. Invito puntos de vista distintos.

¹⁰ El uso del calificativo “verdadera” obedece a que con frecuencia las partes mantienen una postura exagerada con la finalidad de obtener ventajas psicológicas o de negociación.

¹¹ Lo que se conoce como el proceso de ‘caucus’.

Determinada la ‘verdadera’ postura de las partes, le compete al tercero cotejar las mismas. Si existe un común denominador, el tercero deberá continuar con sus buenos oficios. En caso que el tercero determine que no existe un común denominador que justifique el que las partes continúen con el procedimiento conciliatorio o de mediación, debe verificar si la distancia entre las posturas es tan pequeña que aún así se justifica continuar negociando pues el costo agregado de pelear es tal que debe evitarse si el resultado es positivo, debe sugerir continuar con el mismos. De no ser el caso, le compete declarar que las posturas de las partes están tan alejadas que proscriben una solución intermedia, por lo cual lo más conveniente es proceder a un medio adversarial para resolver la controversia, ya sea litigio o arbitraje.

4. Diferencias: la Fuente de la Solución

Mencionadas las similitudes entre la Conciliación y la Mediación, vale la pena hacer hincapié en lo que las diferencia: el origen de la solución de la disputa.

Mientras en la Conciliación el conciliador propondrá una solución no vinculatoria, en la Mediación el mediador buscará generar las circunstancias para que las partes lleguen a un resultado que convenga a ambas. En la Conciliación el conciliador propone la solución, en la Mediación es de las partes mismas de donde diamina la solución a su controversia.

D. EXPERIENCIA SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LOS MASC

Un proyecto reciente realiza un sondeo del estatus de la utilización de los MASC en países diversos.¹² Dos obras que documentan los resultados.¹³

Mucho puede decirse al respecto. Deseo únicamente resaltar una tendencia: la creciente utilización de los MASC en las jurisdicciones aludidas. Si bien los motivos son diversos, la constante es el gradual crecimiento del mecanismo. Lo que es más, la duda que dejan entrever es porqué, con su clara utilidad, no son más utilizados.

¹² Las jurisdicciones examinadas fueron Alemania, Algeria, Australia, Austria, Canadá, Dinamarca, Egipto, Escocia, Estados Unidos de América, Francia, Italia, Israel, Jordania, Líbano, Marruecos, Países Bajos, Québec, Reino Unido y Wales, Siria, Sudáfrica, Suiza, Tunes, Turkia, Cisjordania y la porción de Gaza.

¹³ Nadja Alexander (ed.), GLOBAL TRENDS IN MEDIATION, Kluwer Law International, The Netherlands, second edition, 2006. Guiseppo de Palo y Mary B. Trevor (eds.), ARBITRATION AND MEDIATION IN THE SOUTHERN MEDITERRANEAN COUNTRIES, Wolters Kluwer, Kuwer Law International, The Netherlands, 2007. Mientras que la primera analizó a Australia, Austria, Canadá, Québec, Dinamarca, Reino Unido y Wales, Francia, Alemania, Italia, Los Países Bajos, Escocia, Sudáfrica, Suiza, y Estados Unidos de América; la segunda se enfocó en Algeria, Egipto, Israel, Jordania, Líbano, Marruecos, Siria, Tunes, Turkia, Cisjordania y la porción de Gaza.

Es necesario sumar a México a dicha tendencia.

III. EL MODELO

A. INTRODUCCIÓN: PARADOJA SOBRE NOCIÓN

Mientras que las instituciones ‘mediación’ y ‘conciliación’ son mundialmente conocidas, no existe consenso sobre su contenido. Es mi deseo postular a favor de un modelo que explique su utilidad atendiendo a la definición descrita en la sección anterior.¹⁴

B. TRES ESCENARIOS

Existen tres escenarios en los que los MASC pueden ser de utilidad:

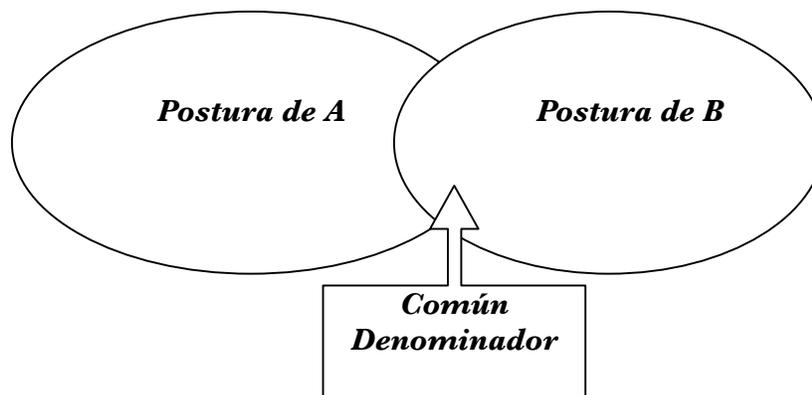
1. Cuando las diferencias son reconciliables por existir un común denominador.
2. Cuando las diferencias son reconciliables por no estar tan alejadas que se justifique proceder a un método adversarial.
3. Las diferencias no son reconciliables por (a) no existir un común denominador; y (b) por estar demasiado lejos como para justificar un punto intermedio.

A continuación se explicarán.

¹⁴ El modelo es conductista. No versa sobre aspectos legales o las estrategias a seguir para lograrlo, sino las circunstancias en las que se justifica. De desear abundar sobre aspectos legales y procesos se recomienda David Spencer y Michael Brogan, MEDIATION LAW AND PRACTICE, Cambridge University Press, 2006, pgs. 48 et seq, Kart A. Slaikeu, WHEN PUSH COMES TO SHOVE, A PRACTICAL GUIDE TO MEDIATING DISPUTES, Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1996; William J. Breslin y Jeffrey Z. Rubin, NEGOTIATION THEORY AND PRACTICE, Third Edition, 1995; Jacqueline M. Nolan-Haley, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1992; y Allan J. Stitt, MEDIATING COMMERCIAL DISPUTES, Canada Law Book Inc., Ontario, Canada, 2003. De desear literatura legal nacional se recomienda Fernando Estavillo Castro, MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS, JURÍDICA, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 26, 1996, pg. 372 y Marco Gerardo Monroy Cabra, MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, Oxford University Press, 1997.

ESCENARIO 1:

Las diferencias son reconciliables por existir un común denominador



Este escenario conceptualiza los casos en los que existe un traslape en las posturas de las partes en controversia. Ante ello, el valor agregado que un tercero puede dar es importante:

- a) **Mediador:** sugerir que las partes sigan negociando pues sus esfuerzos no son en balde.
- b) **Conciliador:** proponer una solución que esté dentro del común denominador.

En cualquiera de los dos casos se evita tener que acudir a un medio adversarial. En el caso de la mediación sabrán que es sensato continuar negociando. En el caso de la mediación, *ex hypothesi* la sugerencia del conciliador beneficia a ambos.

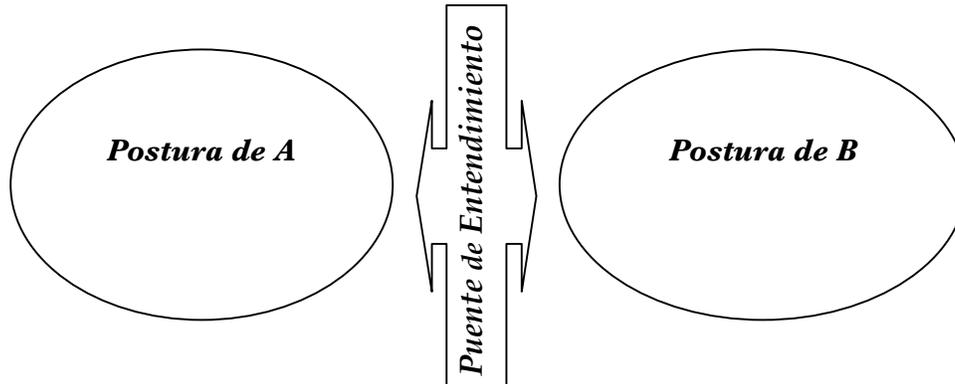
Ambos casos son ganar-ganar. Al evitar recurrir a un método adversarial se evita un resultado suma-cero en el cual habrá necesariamente un ganador y necesariamente un perdedor.¹⁵ De ésta manera se buscará llegar

¹⁵ El término “suma-cero” corresponde a la Teoría de los Juegos desarrollada por la microeconomía. Se califica de “suma-cero” a un juego (o cualquier contienda) en que habrá un ganador y un perdedor y cuando lo que gane uno necesariamente tendrá que perder el otro. Es decir, cuando los beneficios del juego que un jugador percibirá mediante una combinación de estrategias seguidas en relación con otro son directamente asociadas con las pérdidas que el otro jugador sufrirá. Matemáticamente, si se suman las ganancias que todos los jugadores percibirán la respuesta siempre será la misma: cero; sin importar el cambio de estrategias. El beneficio de un jugador será directamente proporcional al detrimento sufrido por el jugador contendiente. Es la manera más agresiva de competir.

a un resultado en que todos ganen,¹⁶ evitando el resultado en que sólo habrá un ganador y necesariamente un perdedor.¹⁷

ESCENARIO 2:

Las diferencias son reconciliables por no estar tan alejadas que se justifique proceder a un método adversarial



El dibujo abstrae aquellos casos en que, aunque no hay traslape o común denominador entre las (verdaderas) posturas de las partes, están lo suficientemente cercanas como para llegar a un punto intermedio que, si bien no es el resultado de su preferencia individual, implica un sacrificio menor que el costo que tendría litigar o arbitrar la controversia.

Matemáticamente, puede formularse así:

$$X < C$$

Donde:

X = Distancia entre las posturas de las partes

C = Costo de litigar o arbitrar

El valor agregado que un tercero puede dar es importante:

- a) **Mediador:** sugerir que las partes sigan negociando pues sus esfuerzos son sensatos.

¹⁶ Utilizando términos de Teoría de los Juegos (en inglés), es un resultado “win-win”. Lo anterior es en contraposición a un resultado “win-lose” o “lose-lose”. En el “win-lose” uno gana y otro pierde. En el “lose-lose” ambos pierden.

¹⁷ O dos perdedores, de los cuales uno pierde menos que el otro y a quien podría (cuestionablemente) llamársele el “ganador”.

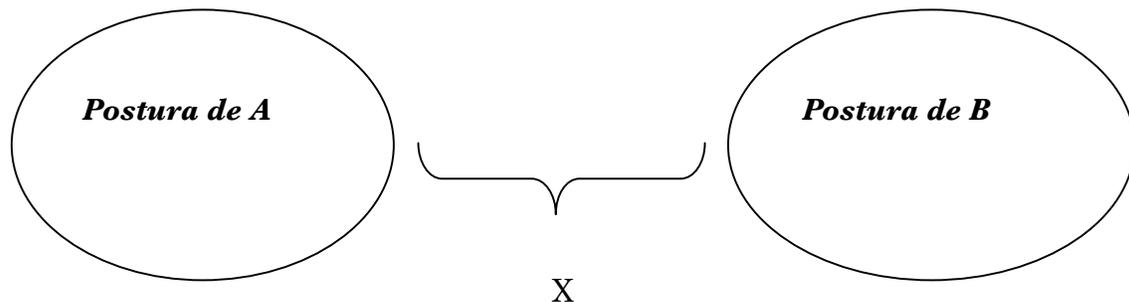
- b) **Conciliador:** proponer una solución que esté dentro de X (el área entre ambas posturas).

Dado que el costo de un procedimiento adversarial es más alto que la diferencia que los divide, existe la posibilidad de ‘puentear’ las diferencias mediante una transacción que provenga de las partes (en el caso de la mediación) o una sugerencia (en el caso de la conciliación).¹⁸

En ambos casos, se estará en presencia de un resultado en el que ambas partes ganan¹⁹ al evitarse los gastos y tiempo que implicaría tener que llegar a un resultado derivado de un procedimiento adversarial.

ESCENARIO 3:

Las diferencias no son reconciliables por (i) no existir un común denominador; y (ii) por estar demasiado lejos como para justificar un punto intermedio



Éste esquema ilustra los casos en que las posturas distan tanto que las diferencias no pueden ser ‘puenteadas’. Estos casos se presentan, por ejemplo, cuando los puntos medulares que una de las partes busca son iguales a los puntos que para la otra son intransigibles.

Matemáticamente puede expresarse:

$$X > C$$

El valor agregado que un tercero puede dar es importante. Sea que funja como mediador o conciliador, el tercero sugerirá que las partes dejen de negociar y procedan con un mecanismo adversarial.

¹⁸ Existe una ventaja psicológica de utilizar conciliación en estos casos. Recibida la sugerencia, las partes pueden implementarla sin decir porqué. Ello facilita la solución al no tener que ser encarado o divulgar el aspecto de la postura que la parte que cumple (tácitamente) admite que carecía de sustento. Dicho coloquialmente, no tiene que admitir su bluff. Usando una metáfora de poker: no tiene que enseñar sus cartas.

¹⁹ O pierden menos, según se quiera observar.

Podría cuestionarse el valor agregado de dicho ejercicio. Lo tiene. Las partes tendrán certeza que lo más sensato es dejar de invertir recursos en un procedimiento MASC pues no existe una solución viable. Continuar sería un desperdicio. La única solución reside en un procedimiento adversarial. Es decir, *lo más sensato es pelear (litigar o arbitrar)*.

C. VARIANTE VALOR AGREGADO DE LOS TRES ESCENARIOS

Como puede observarse, aún en el caso más desafortunado en el que no se encuentra un común denominador que permita una solución no adversarial de la controversia (es decir, escenario 3), el modelo conceptual es de utilidad: hace de la decisión de ‘quemar los puentes’ una decisión sensata. Y ello es importante.

IV. EXPERIENCIA EMPÍRICA DEL MODELO CONCEPTUAL

En fechas recientes he logrado corroborar la utilidad del modelo. Siendo nombrado mediador en ciertos casos, utilicé el modelo indicado, y el resultado fue exitoso.²⁰

El lector podría válidamente cuestionar el que mi experiencia sea suficiente para defender el modelo *in genere*. Después de todo, la muestra que tomo (mi experiencia)—por más amplia que sea—bien puede no ser lo suficientemente representativa como para querer derivar una conclusión que aplique a todos los casos.

Daría una doble respuesta. Primero, dada la incipiente utilización del mecanismo en México, el que haya sido exitosamente utilizado en algunos casos *es representativo*. Segundo, citaría la experiencia de un intelectual y profesional experimentado, en un caso importante. Se trata del Juez Richard A. Posner en la mediación de Microsoft.

En fechas recientes sostuve una plática con dicho pensador en la que le expuse el modelo aludido indicando que—de la información pública que recolecté—percibía que el modelo conceptualiza el ejercicio que se siguió en dicha mediación.²¹ (Dado que se trataba de la mediación más importante en décadas, la seguí con detenimiento.²²)

²⁰ Admito que mientras que uno de los casos fue exitoso y rápidamente resuelto, el otro ha tomado más tiempo y sigue vivo a la fecha de este estudio (mayo 2008). Sin embargo, el método ha sido de utilidad.

²¹ Cito nuestra plática con autorización de Richard A. Posner quien, no obstante que aceptó platicar sobre el modelo, no divulgó detalle alguno del caso.

²² Además, versaba sobre otro tema en el que me especializo: competencia económica.

La respuesta de Posner fue aprobatoria. Coincidió con la teoría que aquí realizo y la utilidad del mecanismo, dándome importantes sugerencias sobre cómo implementarla.²³

V. COMENTARIO FINAL

Los mecanismos alternativos de solución de controversias son instrumentos que ofrecen una alternativa útil para resolver problemas.

La última década ha atestiguado un desarrollo importante en el marco legal de los MASC, ha sido seguido de un crecimiento mundial en su utilización, que, aunque no es insignificante, debería ser mayor.

El propósito de esta nota es propiciar su utilización haciendo eco de un modelo que ha dado resultados exitosos.

Siguiendo un método científico: **observo** que existen situaciones distintas en las que los MASC pueden ser un método idóneo para canalizar una controversia. Elaboro una **hipótesis** que he **experimentado** exitosamente en casos diversos, unos de los cuales son importantes. Los resultados refuerzan la **teoría** descrita en la sección III. El que el siguiente paso se logre (**ley**) lo dejo en manos del lector.

²³ Una vez más estoy en deuda con el Juez Posner por sus iluminantes lecciones que, al reflejarlas por escrito, me siento como Eckermann quien, al documentar sus pláticas con Goethe, decía: “pero cuando pienso en la copiosa riqueza de sus palabras, y ... considero cuán escasas fueron las que conseguí trasladar en papel, aparezco ante mis ojos como un niño que, esforzándose por retener en sus manos el agua de una fresca lluvia de primavera, viera cómo casi toda se le escapa entre los dedos.” (CONVERSACIONES CON GOETHE, México, D.F., Ed. Porrúa, Colección “Sepan Cuantos ...”, segunda edición, 2007, pg. 3).