

PROPICIANDO MEDIACIÓN: UNA PROPUESTA

*Francisco González de Cossío**

Los mecanismos alternativos de solución de controversias son escasamente utilizados en América Latina. Ello es lamentable. Implica un manejo subóptimo de problemas que ostentan ciertas características.¹ A continuación hago una propuesta a jurisdicciones que deseen cambiar dicha realidad. De darse tres pasos, puede cambiarse el escenario descrito. A continuación los describo (§I), compartiendo motivos (§II). Y para los escépticos, comento la experiencia de una jurisdicción que dió un giro de 180-grados como resultado de pasos similares: Inglaterra (§III).

I. PROPUESTA

Propongo que las jurisdicciones que deseen fomentar mediación implementen tres pasos, uno a cargo de distintos actores jurídicos:

1. **Abogados transaccionales:** que los abogados transaccionales incluyan cláusulas escalonadas en sus contratos.
2. **Abogados postulantes:** que en sus casos los abogados litigantes y arbitrales:
 - (a) respeten la obligación de mediar haciendo un esfuerzo razonable y de buena fe para seguir un proceso mediatorio o conciliatorio.
 - (b) hagan valer el incumplimiento del deber de mediar en el litigio o proceso arbitral, demandando costas.
3. **Jueces y Árbitros:** que tanto jueces como árbitros:
 - (a) sostengan que el contenido obligacional de una cláusula de mediación consiste en participar en un ejercicio mediatorio de buena fe, haciendo un esfuerzo razonable para lograr un resultado. Ello debe incluir por lo menos una junta con el mediador.
 - (b) condenen a costas cuando se incumpla la obligación de mediar.

* GONZÁLEZ DE COSSÍO ABOGADOS, SC. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Este ensayo se basa en una propuesta realizada el 18 de septiembre de 2015 ante el INSTITUTO MEXICANO DE LA MEDIACIÓN (IMM), donde recibí retroalimentación diversa interesante. Sin embargo, lo aquí indicado se hace a título personal, no puedo hablar por los dicho instituto.

¹ Explico por qué en MEDIACIÓN EN LA PRAXIS MEXICANA: PRIMUM NON NOCERE, Pauta 75, 2015, p. 78.

II. EXPLICACIÓN

De seguirse, los pasos despertarán la utilización de la mediación en México. A continuación explico por qué.

Cláusulas escalonadas

Las cláusulas 'escalonadas' son aquellas que exigen que, previo a arbitrar o litigar, tenga lugar una negociación, mediación o conciliación. Se distinguen de las cláusulas que contemplan *multiplicidad* de mecanismos alternativos en que *exigen* dar el paso previo a demandar.²

Obligación de mediar

Existe un (interesante) dilema en la ejecución de un pacto de mediar. Siendo que la mediación es voluntaria, el cumplimiento forzoso de un acuerdo para mediar implica *forzar* a realizar algo *voluntario*. Como resultado, la mayoría de las soluciones se ciñen a considerar que el contenido obligacional es limitado – a veces inexistente. Lo que es más, hay quien ha abogado en contra de pactar cláusulas escalonadas razonando que son vacuas y complican: si las partes desean mediar, lo harán. En cambio, pactarlo como obligación brinda a partes recalcitrantes una excusa para complicar procesos arbitrales.

El dilema es interesante, y la preocupación sobre las excusas y complicaciones que invita es cierta. Sin embargo, es **insuficiente** para no pactar la obligación de mediar, y en cambio se **pierde una oportunidad** cuando ello no ocurre.

Es *insuficiente* pues la táctica dilatoria consistente en intentar entorpecer la consecución de un proceso arbitral argumentando que no se ha agotado el paso previo (mediar) se vence fácilmente: ante la objeción, el tribunal arbitral suspende el proceso dando un plazo (v.gr, 15 días) para que las partes medien, en la inteligencia que cualquiera de ellas puede reactivar el proceso ante ausencia de cooperación de su adversario mediante simple petición al tribunal. Si en el plazo otorgado no se presenta una transacción, se retoma el proceso. Así, la chicana queda desactivada.

La *oportunidad perdida* consiste en la posibilidad de *dialogar* antes de *pelear*. De habilitar un proceso (i) que permite encontrar espacios de acuerdo difíciles de explorar por las partes dadas las asimetrías de información inherentes a un desacuerdo, (ii) proclive a vencer obstáculos propiciados por las psicologías que prevalecen ante un problema, (iii) conducente a una solución centrada en *intereses*, no *derechos*. Sobre todo, una solución que preserve relaciones.³

Por lo anterior, debe tomarse la postura que la obligación a mediar tiene un contenido. No es vacuo. Cuando las partes acuerdan mediar, ello quiere decir que es

² El efecto jurídico no sólo es variante y casuista, sino objeto de discusión. Lo explico en ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, D.F., 4ª ed., 2015, pp. 102 y 365.

³ Para abundar, véase MEDIACIÓN EN LA PRAXIS MEXICANA, *ob. cit.*

su intención que exista un paso previo a demandar. Que antes de *pelear*, se intente *acordar*. Dicha voluntad, como toda voluntad contractual, merece respeto.

La postura tradicional que le niega ejecución en base al anterior razonamiento merece ser reconsiderada, no sólo por que no es obligada, sino por que el resultado es lamentable. Lo que es más, desdice la voluntad de las partes. Si bien es cierto que el *resultado* de una mediación es un acto voluntario, *mediar* no lo es. La obligación de mediar es mejor entendida como una obligación de *método*, no *resultado*. Una obligación que se descarga siguiendo un esfuerzo, al margen de lo que arroje. Y no puede ser cualquier esfuerzo, debe ser un esfuerzo *razonable*, atendiendo a las circunstancias.

Aunque es imposible saber *a priori* el resultado del esfuerzo, ello no quiere decir que no exista una obligación de seguirlo. Tomar la postura contraria tiene por efecto que las partes nunca puedan *ex ante* encausar problemas *ex post*. Que nunca se puede procurar un resultado constructivo. Que siempre es necesario quemar los puentes.

La obligación consistente en *hacer un esfuerzo razonable para llegar a un resultado* es tal que no permite cumplimiento forzoso, pero sí atribuir una consecuencia de no cumplirse: condenar a costas.

Costas

En arbitraje, el tribunal arbitral tiene discreción para decidir cómo distribuir las costas.⁴ Propongo que dicha discreción se ejerza utilizando —como uno de los factores que merecen ponderación— la conducta procesal de las partes: si se respetó el deber de mediar. De esta manera, existirá un incentivo (que puede ser poderoso) para por lo menos intentar mediar. Y el esfuerzo no puede ser cualquier esfuerzo, debe ser de buena fe y razonable.

El que sea '*de buena fe*' dependerá de determinar si *in casu* alguna de las partes actuó de una manera que cerró innecesariamente las puertas de entendimiento. Si dijo 'no' demasiado rápido. Si en verdad escuchó a su adversario y, después de considerar con cuidado su propuesta, se vió obligado a rechazarla.

El que sea '*razonable*' también depende de las circunstancias. El objetivo será discernir si el esfuerzo empleado es proporcional a la consecuencia negativa a evitar o beneficio a obtener. Si, dadas las implicaciones del problema a la luz de las consecuencias de un fallo ganar-perder, la conducta de las partes es demostrativa del deseo de procurar un resultado que evite que una pérdida (conjugado con cuánto pierda).

Ambos elementos exigen discernimiento. Analizar si la conducta de las partes (según se demuestra en el expediente) es demostrativa de un deseo plausible: un esfuerzo razonable y de buena fe para dialogar y acordar.

Hay quien ha dicho que lo anterior es difícil de determinar. Difiero. Quien conoce un expediente sabe la respuesta a lo anterior.

⁴ Artículo 1453 del Código de Comercio.

III. UNA EXPERIENCIA EXTRANJERA

Con seguridad, la iniciativa generará reticencia en algunos. Para demostrar que es viable, citaré la experiencia de una jurisdicción importante, pues es ilustrativa.

En Inglaterra existe no solo una *cultura*, sino una *industria*, de la mediación. Ello no solía ser así. Pero un caso cambió el terreno: *Halsey v Milton Keynes General NHS Trust* ("**Halsey**").⁵

Halsey no es importante por su contenido sustantivo, sino por lo que significó para el medio inglés: estableció que existe un deber de intentar mediación en casos en los que ello se justifica. En palabras del tribunal inglés:⁶

All members of the legal profession who conduct litigation should now routinely consider with their clients whether their disputes are suitable for ADR

[todos los miembros de la profesión que litigan deben ahora rutinariamente considerar con sus clientes si sus disputas son apropiadas para ADR]

De no ocurrir, la corte podrá ejercer su facultad de condenar a costas. En sus palabras:⁷

In deciding whether to deprive a successful party of some or all of his costs on the grounds that he has refused to agree to ADR, it must be borne in mind that such an order is an exception to the general rule that costs should follow the event. In our view, the burden is on the unsuccessful party to show why there should be a departure from the general rule. The fundamental principle is that such departure is not justified unless it is shown (the burden being on the unsuccessful party) that the successful party acted unreasonably in refusing to agree to ADR.

[al decidir si se debe privar a una parte exitosa de todo o parte de sus costas en base a que se rehusó a aceptar un MASC, debe tenerse en mente que dicha decisión es una excepción a la regla general que los costos deben seguir la suerte del fallo. En nuestra opinión, la carga está sobre la parte que pierde, quien debe demostrar por qué debe darse dicho resultado, que difiere de la regla. El principio fundamental es que dicho resultado no se justifica a menos que se demuestre (y la carga está sobre los hombros de la parte que pierde) que la parte que ganó actuó en forma no razonable al negarse a mediar]

El motivo:⁸

Mediation provides litigants with a wider range of solutions than those that are available in litigation

[la mediación brinda un margen mayor de soluciones que aquellas disponibles en litigio]

⁵ [2004] 1 WLR 3002. Estoy en deuda con el Lic. Alejandro Flores por haberme compartido este caso. Sin embargo, el Lic. Flores no es responsable de cualquier aseveración respecto del mismo.

⁶ Id., ¶11. (Supreme Court of Judicature, Court of Appeal (Civil Division)).

⁷ Id., ¶13.

⁸ Id., ¶15.

El caso es paradigmático en que (se me explica) dio a luz a toda una industria. Ahora, los despachos prominentes de litigio ingleses suelen contar con un ala de mediación. Ello no sólo es plausible, sino sintomático de sofisticación. Los mercados sofisticados se segmentan. Suelen dividirse para atender a las necesidades y preferencias del consumidor, en la forma que éste necesita. El mercado de servicios jurídicos no es una excepción. Los problemas jurídicos no son idénticos. Ostentan características *diversas* que exigen que su manejo correcto sea *diverso*. Hay problemas que son idealmente encausados al litigio; hay problemas idealmente canalizados al peritaje; otros a los *dispute boards*; otros a la conciliación; y aún otros a la mediación. Y por supuesto, otros son ideales para el arbitraje. El abogado que encausa todos de la misma manera —la que sea— le hace un flaco favor a su cliente. Le recomienda aspirinas, cuando lo que necesita es cirugía – o viceversa.

La negociación, mediación, conciliación, peritaje, litigio, arbitraje y *dispute boards* son un *continuum*: herramientas jurídicas diversas que son ideales para problemas diversos. Usar uno para todos es tanto como usar un serrucho para hacer neurocirugía. Y como dice el viejo adagio: “cuando lo único que se tiene es un martillo, todos los problemas parecen clavo”.

Esta visión no sólo es la más sofisticada, sino la que deriva de entender que la gestión del riesgo jurídico no es uni-facética. Existen herramientas diversas para problemas diversos.⁹

Y sobre las objeciones que se han hecho a mi postura, hago eco de lo que *Halsey* dijo al evaluar la conducta de las partes al negarse a mediar:¹⁰

The question whether a party has acted unreasonably in refusing ADR must be determined having regard to all the circumstances of the particular case.

[La cuestión sobre si una parte actuó en forma razonable al rehusarse a mediar debe determinarse tomando en cuenta todas las circunstancias del caso particular]

El *quid* a resolver será:¹¹

...the fundamental question is whether it has been shown by the unsuccessful party that the successful party unreasonably refused to agree to mediation

[la cuestión fundamental a resolver es si la parte que perdió ha demostrado que la parte que ganó actuó en forma no razonable al negarse a aceptar mediar]

⁹ Desarrollo esta idea en ARBITRAJE, *ob. cit.*, p. 9 *et seq.*

¹⁰ *Id.*, ¶16.

¹¹ *Id.*, ¶28.