

LA MEDIACIÓN COMO MÉTODO APROPIADO PARA LA GESTIÓN DE CONFLICTOS SOCIETARIOS

Marcelo Gobbi

I – Un esbozo

La mediación es simplemente una negociación facilitada. Uno o más terceros imparciales asisten a las partes en la búsqueda de un acuerdo.

Es un procedimiento flexible (no existen plazos, preclusión, ni ningún otro condicionamiento formal), rápido (su duración se mide por lo general en horas o, a lo sumo, en pocas jornadas), económico (el honorario del mediador está normalmente determinado según el tiempo que efectivamente trabaja y no en función del importe que esté en juego) y confidencial (no se toman registros ni se guardan los documentos o borradores de trabajo que se utilizan en las sesiones; el mediador no puede declarar como testigo en un eventual juicio posterior; no se genera un precedente jurisprudencial).

Las partes controlan el proceso, miden y manejan su avance, y también controlan el resultado, que es producto de su propia voluntad. A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, la controversia no transita por un procedimiento inexorablemente impuesto desde fuera ni el poder para solucionarla es delegado a un tercero.

II – Cómo preferimos caracterizar el proceso de mediación

2.1 Como un método de origen espontáneo y en plena etapa de desarrollo

Se trata de un mecanismo connatural a los seres humanos, que muchas veces recurrimos a un tercero para que nos ayude a resolver un problema.

Las primeras aplicaciones sistemáticas del método se produjeron en los Estados Unidos cuando ciertas minorías étnicas o religiosas quisieron gestionar sus disputas de acuerdo con pautas culturales propias, en lugar de someterlas al sistema "oficial", manejado por terceros que aplicaban distintas normas y valores culturales. Su origen es espontáneo y se encuentra aún en proceso de desarrollo, constantemente sometido a la prueba de ensayo y error.

2.2 Como herramienta apropiada y no sólo como remedio para el congestionamiento judicial

Como cualquier herramienta, la mediación resulta recomendable en ciertos casos y desaconsejada en otros.

Si consideramos a la mediación sólo como remedio para los tribunales "enfermos", lógico sería concluir que, sanados éstos, aquélla no tendría razón de ser. La formidable experiencia comparada y la incipiente práctica en los países de la región (es decir, los hechos y no las consideraciones teóricas) permiten demostrar que el buen uso de la mediación permite obtener resultados que no resultarían fácilmente asequibles aun en un sistema judicial eficiente.

III – Por qué aplicar la mediación en conflictos societarios

Para el abogado, todo conflicto demanda dos tareas principales: la determinación del derecho sustantivo aplicable a los hechos del caso y la elección de un proceso de resolución que brinde al cliente mayores posibilidades de obtener un tratamiento y un resultado satisfactorios.

Exponemos ahora por qué consideramos que el conflicto societario constituye un campo especialmente fértil para el buen uso de la mediación, más allá de las consabidas ventajas que presenta el método en términos de celeridad, bajo costo y confidencialidad.

3.1 Relación útil o necesaria

A menudo el conflicto societario se entabla entre partes que continuarán relacionadas luego de que aquél se dirima. Tal vez continúen siendo socios, tal vez sigan integrando el mismo órgano de administración y, a veces, la misma familia. En consecuencia, solucionar el conflicto es importante, pero también lo es preservar la relación en la mayor medida posible.

La brevedad del proceso de mediación, su carácter no adversarial y el manejo adecuado de los factores emocionales que hace un mediador eficiente permiten apuntar en esa dirección.

Por contraste, los procesos adjudicativos (litigio y arbitrajes) presentan algunos caracteres que atentan contra esta finalidad.

En primer término, en ellos se atiende exclusivamente a lo pasado (la prueba no es sino el intento de reconstruir algo ya ocurrido). El mediador puede centrar la atención en lo que vendrá.

De otro lado, un tribunal de justicia se funda en una norma objetiva y abstracta. De la diversidad de elementos complejos, y aun caóticos, que forman el material de un conflicto, el juez seleccionará aquellos que le permitan encuadrar el caso en alguna de las categorías preexistentes, con lo que inexorablemente se llevará una visión parcial. La norma que regula esa categoría es aplicada de manera íntegra y sin atenuantes. Muy pocas veces los tribunales consideran (al menos abiertamente) los aspectos personales de las partes, tales como su temperamento, las consecuencias del conflicto sobre su futura relación, y el modo en que ellas mismas perciben cada aspecto de la disputa.

Finalmente, la decisión judicial tiene naturaleza "binaria". La sentencia se basa sobre una concepción unitaria y definitiva sobre lo que realmente ha sucedido o sobre una sola interpretación de las normas legales, lo que implica que la decisión opera en gran medida en términos de "blanco o negro" (esta es la norma, esta no; esta norma tiene jerarquía superior a esta otra y por lo tanto la segunda no es aplicada; es más probable que los hechos hayan ocurrido de esta manera y no de otra y por lo tanto la segunda posibilidad es rechazada; esta parte tiene razón, ergo esta otra no la tiene; se cree en lo que dice un testigo, luego no se cree en absoluto lo que dice otro testigo).

La principal consecuencia de este carácter binario es que las partes necesitan distinguir, polarizar, sus posiciones como forma de preparar adecuadamente ese tipo de elección. A la hora de fallar, el juez se vería en un arduo problema si no encontrara ambas posiciones nítidamente distinguidas sino confundidas. Se produce entonces la llamada "escalada del conflicto".

Ese efecto puede ser mitigado e incluso evitado por un mediador, mediante la aplicación de una serie de técnicas cuya explicación excede el propósito de este trabajo.

3.2 "Policentrismo"

El conflicto societario suele presentar la característica que los teóricos llaman "policentrismo"; esto es, la de tener muchos centros de interés o de tensión que operan entre sí en una relación de interdependencia.

Se entrelazan así los intereses de los socios en tanto inversores, administradores, acreedores, deudores y familiares.

Los conflictos policéntricos se parecen a una telaraña: si hacemos presión sobre cualquiera de sus hilitos, ello producirá tensión y modificación de la relación de fuerzas en todo el resto del entramado. Si duplicamos la tensión sobre alguno de sus hilos ello no significará exactamente duplicar la tensión en todos los demás, sino que generará una compleja combinación de diferentes efectos en el resto de la tela.

Fuller brinda el siguiente ejemplo de policentrismo: una rica dama legó una heterogénea pinacoteca a dos museos "en partes iguales", sin especificar en su testamento qué obras debían ser adjudicadas a cuál de los legatarios. El destino que se dé a una cualquiera de las pinturas producirá efectos sobre lo que vaya a considerarse que es el destino justo de cada una de las demás pinturas. Si el museo A se queda con un impresionista, es probable que pierda interés por otros impresionistas y que pretenda obras de otras escuelas, todo lo cual incidirá en el museo B, de manera simétrica o complementaria según las características de las obras que ya posea este último. Si la distribución "correcta" fuera intentada a través de un proceso adjudicativo judicial o arbitral (cuya característica distintiva es que brinda a las partes una especial participación que consiste en producir pruebas y expresar argumentaciones razonadas) no está claro sobre qué puntos o en qué dirección debería cada parte dirigir sus pruebas y argumentaciones.

En materia societaria, así como en los asuntos de familia (expresiones típicas de policentrismo), la experiencia indica que no es lo mismo "dirimir" un conflicto que solucionar un problema que, por razones obvias, debió encorsertarse por obra de la "traba de la litis", pero a la cual indudablemente trasciende.

3.3 Insuficiencia del criterio "correcto–incorrecto"

Los procesos adjudicativos no se presentan como una herramienta apropiada de ordenamiento social en aquellas áreas en las cuales la efectividad de la interacción humana se destruiría si se organizara en categorías formales definidas como "correcto" o "incorrecto", lo que se advierte en especial en el conflicto societario, donde suele desdibujarse la frontera entre un acto ilícito de administración o disposición (en tanto cometido con dolo o culpa o en violación a normas expresas de la ley o de los estatutos), un acto generador de responsabilidad civil y un acto equivocado en términos de gestión.

De hecho, los tribunales se niegan a revisar ciertas decisiones que se relacionan con la gestión empresarial en el marco de un conflicto societario. Aunque el ordenamiento jurídico se los permitiera, no podrían hacerlo eficientemente. A título de ejemplo, un tribunal podría perfectamente distribuir mil toneladas de cobre entre tres partes que alegan el derecho a su propiedad, pero no estaría en condiciones de administrar eficientemente, a través de meros procedimientos adjudicativos, ni siquiera la más simple de las empresas dedicadas a la extracción del cobre.

Está claro que el conflicto puede y debe ser solucionado, a falta de otras herramientas, mediante la aplicación del Derecho. La cuestión es, en todo caso, determinar qué grado de satisfacción brindará a las partes el desenlace puramente jurídico de un asunto en el cual los verdaderos intereses no pueden atenderse sólo mediante la aplicación de las normas.

3.4 Solución creativa

Mediante la aplicación de variadas herramientas, entre las que se destacan la "la lluvia de ideas" (brainstorming), la formulación de hipótesis y la descontextualización del relato, el mediador alienta la exploración de opciones que no necesariamente coinciden con las pretensiones que inicialmente han manifestado las partes.

Esta particular "química" se produce principalmente en las sesiones privadas, en las cuales cada parte puede hacer revelaciones confidenciales al mediador sin comprometer su posición negociadora frente al otro protagonista.

Dado que la solución del problema no está condicionada por el "objeto del proceso" ni por la "traba de la litis", el mediador intenta fomentar en las partes la creatividad necesaria para explorar soluciones que se acomode a sus verdaderos intereses.

Por contraste, el número de soluciones que puede proveer un tribunal de justicia es siempre limitado, en tanto: (i) la garantía de la defensa en juicio impide la resolución ultra o extra petita; (ii) el fallo debe fundarse en derecho; y (iii) ciertos reclamos deben inexorablemente convertirse en el pago de una suma de dinero, ya que el tribunal nunca estará en condiciones de exigir que se preste una disculpa, o que se exprese un arrepentimiento, aunque estas manifestaciones sean lo único que pueda de veras satisfacer a un actor ofendido o enojado.

3.5 Necesidad de colaboración

Más allá de las discusiones sobre la naturaleza y la relevancia del elemento usualmente denominado *affectio societatis* (que dejamos a los juristas) lo cierto es que el conflicto societario se enmarca dentro de un tipo de interacción humana en la cual el éxito depende en gran medida de la colaboración espontánea e informal.

Para lograr este elemento, un proceso adjudicativo puede tan sólo establecer ciertas reglas básicas, pero no puede siquiera intentar un efecto transformador sobre la relación.

- Lowry, L. Randolph y Harding, Jack: *Mediation. The art of facilitating settlement*; pág. 73, Institute for Dispute Resolution, Pepperdine University Press, Malibu, 1995. En varios países latinoamericanos se utiliza el término "conciliación" como sinónimo de mediación. Por nuestra parte, hemos preferido mantener la denominación usual en la Argentina.
- Calificar como "alternativo" a un procedimiento que brinda a la gente la posibilidad de gestionar sus propios problemas responde a la subsistencia de un paradigma que está en proceso de revisión, pero que aún opera. Nótese que en la Argentina la transacción es incluida por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dentro de los llamados "modos anormales de terminación del proceso" (Libro I, Cap. V). La ley califica como "anormal" que dos personas se pongan de acuerdo (debemos la reflexión a Roque J. Caivano).
- v. Folberg, J. y Taylor, A.: *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*, cap. 1, pássim, Jossey-Bass, San Francisco, 1984). Una muestra de esa misma aspiración (con fuerte presencia ya en la cultura rabínica) la brinda también San Pablo en la Primera Carta a los Corintios: "Cuando alguno de vosotros tiene un pleito con otro, ¿se atreve a llevar la causa ante los injustos y no ante los santos? (1 Corintios, 6,1).
- Murray, J. S., Sherman, E. y Rau, A. S: *Processes of Dispute Resolution: the role of lawyers*, pág. 1, New York, The Foundation Press, 1992. Tradicionalmente, los abogados hemos visto sólo dos posibles caminos: la negociación y la acción judicial. Esta simplificación no sólo deriva de una insuficiente formación universitaria (en la facultad sólo nos enseñaron el Derecho de fondo y el Derecho Procesal, como si el primero sólo pudiera actuarse por medio del segundo). También obedece a que el juicio es para nosotros un territorio monopólico. En palabras del psicólogo Abraham Maslow, "para quien fabrica martillos todos los problemas tienden a parecerle clavos". Es natural y no debe escandalizarnos.
- Cuando calificamos a la mediación como "no adversarial" no queremos significar que no existan partes con intereses contrapuestos, sino que éstos no son esgrimidos de la manera dialéctica que impone el principio procesal de bilateralidad.
- Seguimos principalmente a Fuller, L.: *The forms and limits of adjudication*, Harvard Law Review, número 92 (1978), págs. 353 y ss.
- Insatisfecho con la solución impuesta por el Derecho (que a falta de acuerdo manda subastar los bienes y repartir el precio que se obtenga) cualquier juez que interviniera en el asunto estaría tentado de salirse de su función y proponer que el museo A divida la colección en lo que considera que son dos lotes iguales, y que el museo B elija el lote que quiera. Este recurso tradicional resalta la conveniencia de "negociar el proceso de negociación" cuando no puede lograrse un acuerdo sobre la solución: uno de los niños divide la torta en dos

porciones y el otro elige cuál se lleva.

- El ejemplo es de Fuller, op. y loc. cit.
- La distinción entre la negociación sobre posiciones y la negociación sobre intereses es el punto de partida de la concepción impuesta a partir del Harvard Negotiation Project, y que fue bien

FORUM MUNDIAL DE MEDIACIÓN

Presidente

Ana María Sánchez Durán.

Pº Santa María de la Cabeza, 6, 2º izq. 28045 Madrid – España

TEL. 34 91 5300921 FAX 34 91 5308602

fmmediac@lander.es