

La Mediación en **Tiempos de Cólera**





FRANCISCO ALARCON ALCÍVAR

Empresario

- Master en Leyes (LLM), Queen Mary University of London (2019, Londres – Inglaterra)
- Mediador acreditado, Centre for Effective Dispute Resolution, CEDR (2019, Londres – Inglaterra)
- MBA, Vanderbilt University (1999, Nashville – Estados Unidos)
- Ex-presidente de la CIG

Cuando surge una diferencia (con un proveedor, cliente, distribuidor o socio) tendemos a adoptar una actitud combativa. Sentimos que nuestros derechos han sido vulnerados, y que debemos reivindicarlos. Esto muchas veces desemboca en un largo y costoso proceso legal, en el que además se lesionan valiosas relaciones. Más adelante, cuando hacemos el inventario del costo del conflicto (en términos de tiempo, recursos, relaciones y preocupaciones), solemos preguntarnos si pudimos haber evitado que la diferencia haya escalado tanto.

Es por eso, y por otros factores, que muchas empresas multinacionales han decidido que antes de involucrarse en un litigio o arbitraje, se esforzarán por resolver el caso vía mediación. Lamentablemente, en nuestro medio este proceso no es siempre valorado en su real potencial. La mediación es frecuentemente vista como una mera formalidad, necesaria para pasar al arbitraje o al litigio.

Es así como las empresas con frecuencia dejan pasar la oportunidad de resolver una disputa en apenas un par de días – una mediación efectiva no debería durar más que eso. Asimismo, las partes pierden de vista que en mediación ellas mismas están en control de la re-

solución del conflicto; esto difiere totalmente con lo que sucede cuando se inicia un litigio o arbitraje, procesos que tienden a cobrar vida propia.

Fuerza legal de la mediación en el Ecuador

En nuestro país, los acuerdos logrados en mediación son legalmente muy fuertes. Plasmados en su respectiva Acta de Mediación, dichos acuerdos equivalen a una sentencia ejecutoriada de última instancia y de ‘cosa juzgada’ (art. 47 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)), y son objeto de simple ejecución por parte de un juez en caso de incumplimiento (Art. 363.3 Código Orgánico General de Procesos (COGEP)). Es decir, no se trata de un ejercicio de simple buena voluntad de las partes, en las que una podría incumplir fácilmente lo acordado.

Adicionalmente, lo que sucede en una mediación es legalmente confidencial (art. 50.1 LAM), así como ‘sin perjuicio’ (art. 50.3 LAM). Esto último significa que nada de lo que se ventile en el contexto de una mediación puede ser usado en contra de ninguna de las partes en un eventual litigio o arbitraje entre ellas. Es decir, la mediación es un espacio legalmente ‘sagrado’, que crea una especie de universo paralelo para que partes tengan amplia oportunidad de hablarse con franqueza, hacerse ofertas realistas, y así tener la verdadera oportunidad de resolver de manera definitiva la controversia.

¿Qué es la mediación?

La mediación es, en esencia, una negociación entre dos (o más) partes en disputa, que se lleva a cabo con la conducción de un tercero neutral (el mediador(a)). Normalmente, las negociaciones directas entre las partes ya han fracasado, por lo que se hace necesaria la presencia del mediador.

Hay amplia doctrina detrás de cómo el tercero neutral puede lograr que las barreras inherentes a la negociación directa sean superadas.

La mediación puede darse ya sea en ausencia de un proceso legal/arbitral, o paralelamente al mismo. En los dos casos, se aplican los beneficios de confidencialidad y de 'sin perjuicio' descritos anteriormente.

El mediador(a) es quien controla el proceso de la negociación. De su destreza depende que se maximice la posibilidad de que las partes lleguen a un mutuo entendimiento. Esto lo logra tratando de que las partes pasen de 'posiciones' a 'intereses', y así conseguir que ellas exploren soluciones mutuamente satisfactorias.

El mediador no tiene la autoridad para decidir la controversia, ya que no es un adjudicador – como sí lo son los jueces o árbitros. Las partes perderían entonces su tiempo si, durante la mediación, se enfocan en convencer al media-

dor de los méritos de su caso.

Podemos entonces decir que el mediador controla el proceso de la negociación, mientras que las partes controlan el contenido. Por lo tanto, la mediación solo puede llegar a feliz término si las partes voluntariamente así lo deciden. Si bien es posible estar contractualmente obligado a asistir a una mediación, en cualquier momento las partes pueden dar por terminadas las negociaciones. La mediación es entonces voluntaria.

De posiciones a intereses: la metamorfosis que debe ocurrir durante la mediación

Muchas veces confundimos 'intereses' con 'posiciones'. Las posiciones son pedidos o demandas específicas que hace una parte. Ejemplos de posiciones son "exijo \$100,000 dólares", o "demando el reemplazo de la maquinaria defectuosa". No obstante, detrás de las posiciones hay intereses.



‘Intereses’, en cambio, son las verdaderas necesidades, y tienden a ser más amplios. Ejemplos de intereses pueden ser ‘liquidez’, ‘seguridad en el plazo para amortizar una inversión’, etc. Los intereses normalmente pueden ser satisfechos de más de una forma – o adoptando más de una ‘posición’.

Cuando hay una disputa, lo común es que las partes estén seguras de que tienen la razón. Las dos manifiestan que tienen prácticamente el 100% de posibilidades de prevalecer en un juicio - lo cual es, evidentemente, una imposibilidad matemática. Lo que ha sucedido hasta ese punto es que cada parte (y su respectivo equipo legal) ha visto la disputa solo desde su óptica.

Esta alta seguridad se comienza a debilitar cuando las partes se sientan cara a cara y se escuchan mutuamente. Aquí las partes también comienzan a dimensionar y/o identificar las debilidades inherentes a su caso. A partir de entonces el proceso de mediación es una alternancia de reuniones conjuntas (las dos partes y el mediador) e individuales (una de las partes y el mediador). Conforme transcurre el proceso, la idea es que las partes vayan revelando (y a veces hasta ellas mismas descubriendo) sus verdaderos intereses. Solo alcanzado este punto es posible determinar si las partes tienen intereses en común, y se puede comenzar a intercambiar ofertas para solucionar la disputa.

‘Intereses’ vs. ‘Posiciones’: un ejemplo histórico

En 1979 Israel y Egipto lograron un acuerdo de paz definitiva. Luego de cinco guerras y constante tensión a lo largo de más tres décadas, el problema estaba centrado en Monte Sinaí. Luego de arduas negociaciones, el principal interés

egipcio resultó ser ‘soberanía’: Monte Sinaí debía ser totalmente suyo. Israel, por su parte, reveló que, su interés primordial era ‘seguridad’: no podía vivir tranquilo con presencia militar egipcia en Monte Sinaí.

Consecuentemente, las partes acordaron que Monte Sinaí pertenezca a Egipto, pero que sea una zona desmilitarizada. Egipto obtuvo entonces su soberanía, e Israel obtuvo su seguridad. Adicionalmente, las partes acordaron que haya libre navegación de barcos israelitas por el canal de Suez. Como podemos ver, las partes no solo atendieron sus principales intereses, sino que aprovecharon el contexto del mutuo acuerdo para encontrar soluciones creativas y agregar elementos de mutuo interés.

La paz entre Egipto e Israel se ha mantenido desde entonces, ahorrando a las dos naciones mucho en términos de vidas, recursos y preocupaciones. Aunque las partes ciertamente tuvieron que hacer concesiones y renunciamentos, la mayoría del mundo considera que Israel y Egipto hicieron un ‘buen negocio’.

Ejecución internacional de los acuerdos de mediación: la Convención de Singapur

Cada vez es más común que haya una cláusula de mediación en contratos entre partes de distintos países. De hecho, en el 2016 la International Chamber of Commerce (ICC) de París medió más casos de los que arbitró. Pero hasta hace poco a la mediación internacional le faltaba un componente importante: que sus acuerdos sean ejecutables. Ventajosamente, en agosto de este año se firmó la Convención de Singapur, la cual hace que un acta de mediación sea de fácil ejecución por cortes locales. Dicha Convención nació con 46 países firmantes, y otros países (como el Ecuador) firmaron poco después. Para ilustrar la

fuerza de una convención, basta señalar que una convención similar (la de Nueva York) es la que causa que los laudos arbitrales internacionales sean ejecutables en las cortes de muchos países.

Las empresas pueden entonces incluir en sus contratos internacionales una cláusula de mediación, sabiendo que un acuerdo logrado bajo ese mecanismo será ejecutable. Esto es una alternativa que puede ser muy atractiva para los actores económicos, ya que muchas veces los arbitrajes o juicios internacionales terminan costando y durando considerablemente más de lo esperado.

Conclusión


La mediación merece ser considerada como una opción legítima para resolver disputas. Entre sus principales beneficios podemos encontrar los siguientes:

Economía: permite a las partes controlar gastos legales.

Relaciones: permite conservar relaciones comerciales, que pueden ser rentables en el tiempo.

Control: las partes controlan el resultado de la disputa.

Creatividad: las partes pueden llegar a acuerdos que van más allá del reclamo original.

Queda entonces hecha la invitación para que las empresas y personas vean en la mediación una opción válida para resolver las disputas que el mundo de los negocios conlleva. En momentos de cólera, acuérdesese de este noble proceso antes de iniciar acciones cuyo costo, duración y consecuencias son impredecibles. 

¡QUE CONOZCAN LO QUE HACES!

LLEGA A MÁS DE 8000 CONTACTOS ACTIVOS

CON NUESTRO **SERVICIOS DE E-MAILING.**

CONSULTA NUESTROS FABULOSOS PAQUETES,
DESDE \$200 + IVA



PARA MAYOR INFORMACIÓN COMUNÍQUESE CON NOSOTROS ☎ 3713390 ext. 151, 156
gbacigalupo@industrias.ec



WWW.INDUSTRIAS.EC



CÁMARA DE
INDUSTRIAS
DE GUAYAQUIL