

LA INCERTIDUMBRE JUDICIAL Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS

1. La incertidumbre que adolece en nuestros días por causa de la reforma judicial y la congestión de los tribunales, es una invitación a recurrir a los medios alternativos de solución de controversias; me refiero a la negociación, conciliación o mediación y el arbitraje.
2. La negociación entre las partes es lo mejor: una transacción. Pero a veces las partes no están en condiciones de comunicarse. Entonces los buenos abogados son los que hacen posible una buena negociación. Con frecuencia es necesario dejar correr la disputa, para dar tiempo a las partes de que se den cuenta de que el tiempo, los costos y riesgos, son peores que un arreglo. Aquí es donde la experiencia de los buenos abogados es valiosa.
3. La mediación es excelente en las disputas de poca cuantía o de escasa complejidad. No ameritan las cargas de tiempo y costos de un arbitraje. Una mediación bien llevada termina en una transacción.
4. En las disputas entre grandes entidades, comerciales o del Estado, y en general las grandes disputas, la mediación ha sido poco eficaz. Durante las circunstancias que dan lugar a la disputa intervienen empleados, funcionarios, peritos, departamentos y firmas legales, de diferentes niveles y con diversos intereses. Sería muy largo explicarlo aquí, pero esos participantes escalonados, de una forma u otra, introducen condiciones que impiden que la mediación funcione.

5. En los libros suele comentarse que el mediador puede convocar a las cabezas de los contendientes para que en la audiencia se den cuenta de la conveniencia de transigir. Hermosa idea académica; las cabezas son varias, desconocen los detalles y llegan a la reunión molestos y prejuiciados.
6. Las cláusulas escalonadas (negociación>mediación>arbitraje) deben evitarse; son un fiasco.
7. La solución es el arbitraje. Priva la opinión de que el arbitraje se ha vuelto caro y largo. Es cierto; pero eso se debe a la multiplicación de reglas y formalismos que se han venido incorporando en la práctica del arbitraje; con frecuencia el procedimiento arbitral se convierte en un espejo del litigio comercial; con un árbitro en lugar de un juez. Por eso conviene evitar la sobrerregulación privada.
8. Hay muchas soluciones de arbitraje que no son caras ni largas. Este tema no puedo desarrollarlo aquí, pero lo haré en notas posteriores. Mientras tanto, recomiendo los arbitrajes acelerados que son muy eficaces. Lo importante es saber escoger las reglas y, sobre todo, un árbitro.
9. Algunos colegas me han objetado que al final las partes tienen que recurrir a los tribunales judiciales para el reconocimiento y ejecución del laudo. La objeción es falsa: (i) entre el inicio del arbitraje y la emisión del laudo es frecuente que las partes lleguen a una transacción; (ii) muchos laudos se cumplen; (iii) o dan comienzo a negociaciones para transigir en lugar de litigar la ejecución; (iv) los laudos que llevan a un procedimiento judicial de reconocimiento y ejecución siempre han sido una minoría.

José María Abascal

Noviembre 27 de 2024