

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
DIRECCION DE ESTUDIOS DE POST GRADO  
MAESTRIA EN DERECHO MERCANTIL**

**"LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION  
DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL".**

**TESIS**

Presentada a la  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por el  
Licenciado

**MARCO TULLIO MELINI MINERA**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**MAESTRO EN DERECHO MERCANTIL  
(Magister Artium)**

Guatemala, Noviembre de 1999.

DL  
04  
T(3803)

**JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

**DECANO:** Lic. José Francisco De Mata Vela  
**VOCAL I:** Lic. Saulo De León Estrada  
**VOCAL II:** Lic. José Roberto Mena Izzepi  
**VOCAL III:** Lic. William René Méndez  
**VOCAL IV:** \_\_\_\_\_  
**VOCAL V:** Ing. José Samuel Pereda Saca  
**SECRETARIO:** Lic. José Luis de León Melgar

**CONSEJO ACADEMICO  
DE ESTUDIOS DE POST-GRADO**

**DECANO:** Lic. José Francisco De Mata Vela  
**DIRECTOR:** Dr. René Arturo Villegas Lara  
**VOCAL:** Lic. Rolando Morgan Sanabria

**TRIBUNAL QUE PRACTICO  
EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS**

**PRESIDENTE:** Lic. Rodrigo Montúfar Rodríguez  
**VOCAL:** Lic. Alvaro Castellanos Howell  
**SECRETARIO:** Lic. Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano



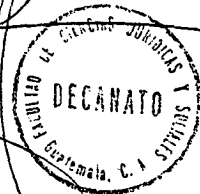
FACULTAD DE CIENCIAS  
JURIDICAS Y SOCIALES  
Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, Centroamérica


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES:

Guatemala, diez de noviembre de mil novecientos noventa y nueve. -----

En vista de haberse aprobado el examen privado de tesis, sustentado por el Licenciado Marco Tulio Melini Minera, en la Maestría en Derecho Mercantil, lo cual consta en el acta de fecha veintisiete de octubre del año en curso, suscrita por el Tribunal examinador, se ordena la impresión de la tesis titulada: "Los Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos en Materia Mercantil", de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, previo a realizarse el acto de investidura.

  
Lic. José Francisco De Mata Vela  
DECANO



  
Lic. José Luis de León Melgar  
SECRETARIO



**Sempiterna gratitud a quienes  
de una u otra manera  
son artífices de este esfuerzo  
y de quienes he aprendido que:**

Quien no se lanza mar adentro  
nada sabe del azul profundo del agua,  
ni del hervor de las aguas que bullen;  
nada sabe de las noches tranquilas,  
cuando el navío avanza,  
dejando una estela de silencio.

Nada sabe de la alegría  
de quedarse sin amarras,  
apoyado sólo en Dios,  
más seguro que el mismo océano.

¡Desventurado aquel...  
Que se queda en la orilla,  
y pone toda su esperanza  
en tierra firme,  
la de los hombres razonables,  
calculadores,  
seguros de sí mismos,  
que se imaginan ser ricos...

...¡Y están desnudos!

(Autor anónimo).

**A: ROSELIA MINERA MARTINEZ, mi madre;  
en la alegría y el dolor de la vida,  
mujer amorosa incomparable.**

# LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL

## INDICE GENERAL

### “LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL”

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

#### CAPITULO I

#### MECANISMOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN GENERAL

1.) Introducción.....	7
2.) Definiciones.....	13
2.1.) Mecanismos.....	13
2.2.) Resoluciones.....	16
2.3.) Conflictos.....	17
3.) Mecanismos jurisdiccionales.....	24
3.1.) Antecedentes.....	28
a) El sistema de los jueces comerciantes.....	33
b) El sistema mixto de jueces comerciantes y jueces juristas.....	34
c) Sistema de los jueces juristas especializados en el derecho comercial.....	34
d) Sistema que no establece distinción entre asuntos civiles y comerciales.....	34
3.2.) Definición.....	36
3.3.) Características.....	37
4.) Mecanismos no jurisdiccionales.....	38
4.1.) Antecedentes.....	39
4.2.) Definición.....	43
4.3.) Características.....	44
5.) Similitudes.....	45
6.) Diferencias.....	45

**CAPITULO II**

**LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE  
CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL**

1.) Naturaleza jurídica.....	47
2.) Características.....	52
3.) Requisitos.....	54
4.) Clasificación.....	55
4.1.) Por su origen.....	55
4.1.1.) Mandato legal.....	55
4.1.2.) Orden Judicial.....	55
4.1.3.) Contrato.....	56
4.1.4.) Simple acuerdo de voluntades.....	57
4.2.) Por las personas que intervienen.....	57
4.2.1.) Con intervención de terceros.....	57
4.2.2.) Sin intervención de terceros.....	58
4.3.) Por la forma que adoptan.....	59
4.3.1.) Escritos.....	59
4.3.2.) Verbales.....	60
5.) Efectos jurídicos.....	61
5.1.) Entre las partes.....	61
5.2.) Frente a terceros.....	61

# LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL

---

## CAPITULO III

### LA CONCILIACIÓN MERCANTIL

1.) Definición.....	63
2.) Naturaleza jurídica.....	67
3.) Características.....	67
4.) Requisitos.....	68
5.) Clasificación.....	69
5.1.) Preprocesal o extrajudicial.....	69
5.2.) Procesal o judicial.....	73
5.3.) Formal o planificada.....	76
5.4.) Informal.....	78
5.5.) Obligatoria.....	79
5.6.) Facultativa o convencional.....	81
6.) Procedimiento de conciliación.....	83
6.1.) Nombramiento de conciliadores y fijación de reglas.....	84
6.2.) Audiencia preliminar.....	87
6.3.) Planteamiento del conflicto.....	88
6.4.) Alegaciones.....	89
6.5.) Comunicación y contestación.....	91
6.6.) Periodo probatorio.....	92
6.7.) Audiencia final.....	94
6.8.) Resultados de la actuación conciliadora.....	96
6.9.) Efectos del acto conciliatorio.....	97
6.10.) Naturaleza jurídica del acuerdo y formalización.....	99
6.11.) Métodos de conciliación.....	99
6.12.) El perfil del conciliador.....	100



**CAPITULO IV.**

**LA MEDIACIÓN MERCANTIL**

1.) Definición.....	103
2.) Naturaleza jurídica.....	116
3.) Características.....	121
4.) Requisitos.....	123
5.) Objetivos.....	125
6.) Clasificación.....	131
6.1.) Patrimonial.....	133
6.2.) Familiar.....	134
7.) Procedimiento de mediación.....	136
7.1.) Etapa 1: Introducción-creación de estructura y confianza.....	140
7.1.1.) Primer paso. Locación y acomodo.....	142
7.1.2.) Segundo paso. Apertura de la sesión, presentación, declaración preliminar del mediador.....	145
7.1.3.) Tercer paso. Confirmación del caso y delimitación de los motivos del conflicto.....	148
7.1.4.) Cuarto paso. Procedimiento para concesión de la palabra a los sujetos en controversia.....	149
7.1.5.) Quinto paso. Discusión de temas del conflicto, expectativas y posiciones.....	152
7.1.6.) Sexto paso. Revisión de los criterios de mediación.....	153
7.1.7.) Séptimo paso. Revisión y firma del convenio de empleo y fijación de honorarios del mediador.....	154
7.1.8.) Octavo paso. Firma del contrato de prestación del servicio de mediación.....	155
7.2.) Etapa 2: Planteamiento de hechos y aislamiento de problemas.....	156
7.3.) Etapa 3: Creación de opciones y alternativas.....	162
7.4.) Etapa 4: Negociación y toma de decisiones.....	166
7.5.) Etapa 5: Esclarecimiento y redacción de un plan.....	173
7.6.) Etapa 6: Revisión legal y procesamiento.....	176
7.7.) Etapa 7: Puesta en práctica, análisis y revisión.....	177
8.) Métodos y técnicas para perfeccionar la actividad del mediador.....	180

## LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL

---

9.) El perfil del mediador comercial.....	197
9.1.) El entendimiento del conflicto.....	200
9.2.) El procedimiento y suposiciones de la mediación.....	201
9.3.) Las habilidades del mediador.....	201
9.4.) Conocimientos significativos.....	205
9.5.) Ética de la mediación y normas de práctica.....	206
9.5.1.) Justicia.....	207
9.5.2.) Ecuanimidad ( summa quisque aequitas).....	210
9.5.3.) Normas de práctica y limitaciones éticas.....	212
9.5.4.) Restricciones sobre los abogados.....	213
9.5.5.) Sigilo y responsabilidad.....	214
9.5.5.1.) Protección de los asuntos privados de la revelación pública.....	214
9.5.5.2.) Privilegio de testimonio en tribunal.....	217
10.) Cláusula compromisoria recomendada de mediación.....	220

### CAPITULO V

#### LA NEGOCIACIÓN MERCANTIL

1.) Consideraciones generales.....	221
2.) Definición.....	229
3.) Naturaleza jurídica.....	234
4.) Características.....	236
5.) Requisitos.....	238
6.) Objetivos.....	239
7.) La teoría de la actividad negocial.....	240
8.) La técnica negocial.....	241
8.1.) Negociabilidad del asunto (objeto de la negociación).....	242
8.2.) Disponibilidad de hacer concesiones.....	243
8.3.) Cooperación mutua.....	243

## MARCO TULLIO MELINI MINERA

---

9.) Procedimiento de negociación.....	244
9.1.) Nombramiento de negociadores y fijación de reglas.....	247
9.2.) Audiencia preliminar.....	249
9.3.) Planteamiento del conflicto.....	250
9.4.) Comunicación y proposición.....	251
9.5.) Propuesta negociadora.....	252
9.6.) Efectos de la negociación.....	253
9.7.) Formalización del acuerdo o negocio final.....	255
10.) Métodos de negociación.....	255
10.1.) El método Harvard para la negociación.....	256
10.1.1.) Separar las personas del problema.....	262
10.1.1.1.) Percepción.....	266
10.1.1.2.) Emoción.....	267
10.1.1.3.) Comunicación.....	270
10.1.2.) Concentrarse en los intereses, no en las posiciones.....	273
10.1.2.1.) La identificación de los intereses.....	274
10.1.2.2.) La discusión sobre los intereses.....	276
10.1.3.) Habilidad para inventar opciones de mutuo beneficio antes de actuar.....	277
10.1.3.1.) Diagnóstico del conflicto.....	278
10.1.3.2.) Remedios para crear opciones.....	278
10.1.4.) Insistir en que el resultado se base en un criterio objetivo.....	281
10.1.4.1.) Identificación de criterios objetivos.....	281
10.1.4.2.) La negociación con criterios objetivos.....	282
10.2.) Las 36 estrategias chinas para negociar.....	283
10.2.1.) Estrategias para ser utilizadas cuando se domina la superioridad.....	290
10.2.1.1.) Estrategia 1. Cruzar el mar confundiendo al cielo.....	290
10.2.1.2.) Estrategia 2. Sitiar el reino de Wei para salvar el reino de Zhao.....	292
10.2.1.3.) Estrategia 3. Matar con un cuchillo prestado.....	293
10.2.1.4.) Estrategia 4. Relajarse mientras el enemigo se agota a sí mismo.....	295
10.2.1.5.) Estrategia 5. Saquear una casa en llamas.....	296
10.2.1.6.) Estrategia 6. Fingir ir hacia el este mientras se ataca por el oeste.....	297

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

10.2.2.) Estrategias de confrontación.....	297
10.2.2.1.) Estrategia 7. Crear algo a partir de nada.....	298
10.2.2.2.) Estrategia 8. Aparentar tomar un camino mientras se entra a hurtadillas por otro.....	299
10.2.2.3.) Estrategia 9. Observar los fuegos que arden al otro lado del río.....	301
10.2.2.4.) Estrategia 10. Ocultar la daga tras una sonrisa.....	302
10.2.2.5.) Estrategia 11. Sacrificar el ciruelo por el melocotonero.....	304
10.2.2.6.) Estrategia 12. aprovechar la oportunidad para robar una cabra.....	306
10.2.3.) Estrategias de ataque.....	307
10.2.3.1.) Estrategia 13. Golpear la hierva para asustar a la serpiente.....	307
10.2.3.2.) Estrategia 14. Levantar un cadáver de entre los muertos.....	309
10.2.3.3.) Estrategia 15. Atraer al tigre fuera de las montañas.....	310
10.2.3.4.) Estrategia 16. Deshacerse del enemigo permiéndole escapar.....	311
10.2.3.5.) Estrategia 17. Fabricar un ladrillo para obtener jade.....	312
10.2.3.6.) Estrategia 18. Capturar al cabecilla para prender a los bandidos.....	315
10.2.4.) Estrategias para situaciones de confusión.....	316
10.2.4.1.) Estrategia 19. Robar la leña de debajo de la caldera.....	316
10.2.4.2.) Estrategia 20. Pescar en aguas turbias.....	318
10.2.4.3.) Estrategia 21. Desprenderse del caparazón de la cigarra.....	319
10.2.4.4.) Estrategia 22. Cerrar la puerta para atrapar al ladrón.....	320
10.2.4.5.) Estrategia 23. Aliarse con un Estado lejano para atacar al Estado vecino.....	321
10.2.4.6.) Estrategia 24. Conseguir un camino seguro para conquistar el reino de Guo.....	324

## MARCO TULLIO MELINI MINERA

10.2.5.) Estrategias para ganar terreno.....	325
10.2.5.1.) Estrategia 25. Reemplazar las vigas y los pilares con madera podrida.....	326
10.2.5.2.) Estrategia 26. Señalar la morera y maldecir el algarrobo.....	328
10.2.5.3.) Estrategia 27. Hacerse el tonto sin dejar de ser listo.....	330
10.2.5.4.) Estrategia 28. Retirar la escalera después de haber subido.....	331
10.2.5.5.) Estrategia 29. Adornar los árboles con flores falsas.....	333
10.2.5.6.) Estrategia 30. Hacer que el anfitrión y el invitado intercambien sus sítios.....	335
10.2.6.) Estrategias para situaciones desesperadas.....	336
10.2.6.1.) Estrategia 31. Utilizar a una mujer para tender una trampa a un hombre.....	337
10.2.6.2.) Estrategia 32. Abrir de par en par las puertas de la ciudad vacía.....	340
10.2.6.3.) Estrategia 33. Dejar que el espía enemigo siembre la discordia en su propio campo.....	341
10.2.6.4.) Estrategia 34. Hacerse daño a sí mismo para ganarse la confianza del enemigo.....	344
10.2.6.5.) Estrategia 35. Encarcelar juntos a los buques enemigos.....	345
10.2.6.6.) Estrategia 36. Retirarse.....	346
10.3.) El método de penetración para la negociación.....	348
10.3.1.) La preparación del negociador.....	352
10.3.1.1.) La cooperación y sus 5 obstáculos.....	355
10.3.1.2.) El camino del acuerdo.....	362
10.3.1.3.) Intereses.....	364
10.3.1.4.) Opciones.....	365
10.3.1.5.) Normas.....	366
10.3.1.6.) Alternativas.....	367
10.3.2.) Propuestas.....	369

## LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL

---

10.3.3.) Los pasos del método de penetración.....	370
10.3.3.1.) Primer paso. No reaccionar: subir al balcón.....	370
10.3.3.2.) Segundo paso. No discutir: Ponerse del lado de su oponente.....	379
10.3.3.3.) Tercer paso. No rechazar: replantear.....	381
10.3.3.4.) Cuarto paso. No presionar: tender un puente de oro.....	390
10.3.3.5.) Quinto paso. No atacar: usar el poder para educar.....	403
11.) Técnicas de negociación. Estrategia y táctica.....	411
12.) El perfil del negociador.....	424
12.1.) Conocimiento del conflicto.....	425
12.2.) Las habilidades del negociador.....	425
12.3.) Conocimientos significativos.....	428
12.4.) Ética de la negociación y normas de práctica.....	428
12.4.1.) Justicia.....	429
12.4.2.) Ecuanimidad (summa quisque aequitas).....	430
12.4.3.) Normas de práctica y limitaciones éticas.....	431
12.4.4.) Sigilo y responsabilidad.....	432
12.4.4.1.) Protección de los asuntos privados encomendados y revelación pública.....	432
12.4.4.2.) PrMlegio de testimonio en tribunal.....	435
13.) Cláusula compromisoria recomendada de negociación.....	436

**CAPITULO VI**  
**EL ARBITRAJE MERCANTIL.**

1.) Definición.....	437
2.) Naturaleza jurídica.....	443
2.1.) Teoría contractualista.....	443
2.2.) Teoría jurisdiccional.....	447
2.3.) Teoría ecléctica.....	449
3.) Características.....	451
4.) Requisitos.....	452
5.) Clasificación.....	453
5.1.) Por el origen.....	453
5.1.1.) Voluntario.....	453
5.1.2.) Forzoso o necesario.....	455
5.2.) Por las formas como se desarrolla.....	456
5.2.1.) Jurídico o de derecho.....	456
5.2.2.) De equidad o amigable composición (ex aequo et bono).....	457
5.3.) Por el ámbito territorial de aplicación.....	458
5.3.1.) Interno o doméstico.....	458
5.3.2.) Internacional.....	459
6.) La cláusula compromisoria.....	461
6.1.) Contenido formal.....	463
6.2.) Efectos.....	465
6.3.) Abandono.....	465
7.) El compromiso arbitral.....	467
7.1.) Formalidades.....	467
7.2.) Efectos.....	469
7.3.) Nulidad del acuerdo arbitral.....	470
7.4.) Extinción.....	471
8.) Los árbitros.....	472
8.1.) Constitución del tribunal arbitral.....	473
8.2.) Capacidad mínima indispensable.....	474
8.3.) Designación.....	474
8.4.) Límites.....	475

**LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL**

---

9.) Procedimiento arbitral.....	475
9.1.) Nombramiento de árbitros y fijación de reglas.....	476
9.2.) Planteamiento del conflicto.....	477
9.3.) Competencia.....	478
9.4.) Estructura del proceso.....	479
9.4.1.) Cuestiones preliminares.....	480
9.4.2.) Medidas cautelares.....	480
9.4.3.) Excepciones previas.....	484
9.4.4.) Comunicación y contestación.....	485
9.4.5.) Alegación y proposición de prueba.....	486
9.4.6.) Período probatorio.....	486
9.4.7.) Audiencia final.....	488
10.) El laudo arbitral.....	489
10.1.) Requisitos.....	493
10.2.) Plazo.....	493
10.3.) Audiencia de notificación.....	495
11.) Impugnación del laudo arbitral.....	496
11.1.) Recursos.....	498
11.2.) Ejecución del laudo arbitral.....	499
12.) El arbitraje acelerado.....	507
13.) Perfil de los árbitros.....	508
14.) Cláusula compromisoria recomendada de arbitraje.....	511

**CAPITULO VII**

**MECANISMOS ALTERNATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO**

1.) La temprana evaluación neutral.....	514
2.) La mini trial.....	514
3.) El oyente neutral (neutral listener).....	516
4.) El dictamen de expertos.....	517
5.) El adjudicator.....	518



## MARCO TULLIO MELINI MINERA

---

6.) El arbitraje delegado.....	520
7.) El juicio sumario por jurado (summary jury trail).....	520
8.) Los buenos oficios.....	521
9.) Alto-bajo (high-low).....	524
10.) Programas de quejas y reclamos.....	525
CONCLUSIONES:.....	527
RECOMENDACIONES:.....	531
BIBLIOGRAFIA.....	533
DICCIONARIOS:.....	533
LIBROS:.....	534
OTRAS FUENTES:.....	541
REVISTAS.....	541
LEGISLACION NACIONAL.....	541
CONVENIOS.....	542
INDICE ANALITICO.....	547

**“LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL.”**

**INTRODUCCIÓN.**

La creciente desconfianza en los mecanismos jurisdiccionales para resolver los conflictos de carácter económico ha crecido considerablemente debido al exceso en los formalismos, el alto costo que significa para el Estado y para las partes el mantenimiento de procesos, a la burocracia que detiene los procedimientos, al roce personal y desgaste emocional que sufren los sujetos en controversia, el hecho de que no son las partes quienes intervienen directamente en la resolución del diferendo, y por sobre todo, que muchas veces el fallo que resuelve el diferendo no satisface los intereses de ninguno de los sujetos controvertidos.

En materia mercantil, en donde las negociaciones carecen, en su mayoría, de formalismos, en donde muchas veces se negocia sin mediar palabra, e inclusive sin tener una relación personal entre aquél que compra y el que vende, los conflictos suceden de improviso y deben resolverse lo más pronto posible debido a que mientras más tiempo transcurra mayor es la pérdida que tienen las partes. Hay pérdida por la ganancia no percibida y por la inversión no realizada, por la clientela perdida, o por no tener la disponibilidad de efectivo, bienes o servicios para ofrecer al consumidor. Es una pérdida diversa.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Pero no sólo la pérdida cuantificable en dinero es la importante, también existe otra clase de pérdida que pueden sufrir las partes como lo es la **pérdida de la relación mercantil**. Esta clase de pérdida suele ser muy considerable si tomamos en cuenta que las partes continuarán realizando una actividad comercial, y es peor aún si esa actividad comercial hará que en el futuro vuelvan a encontrarse. Es por ello que hemos considerado a los mecanismos alternativos para resolver los conflictos en materia mercantil (conciliación, mediación, negociación, arbitraje, etc.) como los medios más eficaces para disminuir la problemática que generan los mecanismos jurisdiccionales.

En el presente trabajo debe darse una interpretación amplia de los vocablos "**mercantil**" o "**comercial**", conforme los organismos internacionales lo han establecido, es decir, para que abarque todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no.

Así, las relaciones de índole comercial comprenden, como mínimo, las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdos o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

En comparación con los procesos judiciales o jurisdiccionales, los mecanismos alternativos para la resolución de los conflictos en materia mercantil presentan muchas ventajas en común. Todos y cada uno de ellos poseen ventajas propias que los particularizan de los demás, y diferencias específicas que los hacen propios para resolver determinados conflictos, que se describirán en cada capítulo dedicado a ellos.

Sin embargo, las ventajas generales que poseen podemos resumirlas en:

a) Los procedimientos que cada mecanismo alternativo ofrece varían en cuanto a la finalidad y a la forma de hacerlo funcionar, y pueden dar como resultado un considerable ahorro de tiempo, esfuerzos, dinero, fricciones personales y sobre todo permiten que las partes en controversia continúen desarrollando la actividad económica a la que se dedican.

b) Cualesquiera de los mecanismos alternativos pueden comenzar en cualquier momento y las partes no necesitan esperar que les sea asignado juzgador o turno para iniciarlo.

c) Los procedimientos que ofrecen los mecanismos alternativos para la resolución de controversias en materia mercantil son autónomos a las partes, aunque muchas veces son ellas mismas las que los fijan o establecen, inclusive la ley que se va a aplicar. El idioma en que se realiza es convencional a las necesidades de las partes y el desarrollo de las actuaciones también lo es.

d) Los procedimientos son flexibles y se puede concebir o adaptar el procedimiento según las circunstancias particulares de los sujetos en controversia y del asunto sometido a la solución.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

e) Los procedimientos de cada mecanismo alternativo en materia mercantil se basan en la legislación vigente en cada Estado en donde se aplican, tomando en cuenta las prácticas resultantes de la experiencia y el comercio nacional e internacional.

f) Son neutrales desde el punto de vista de la legislación, el idioma y la cultura institucional de las partes en controversia. Se desarrolla el procedimiento preferentemente en un lugar neutral de las partes.

g) En la tecnificación, los procedimientos hacen posible contar con experiencia, madurez y capacitación adecuada del personal específico que en cada mecanismo alternativo participa.

h) La confidencialidad del asunto en su conjunto y en lo individual con respecto a las partes que intervienen como sujetos controvertidos, de tal manera que se han establecido medidas especiales en cada uno de ellos para que el carácter confidencial de los secretos comerciales implicados en cada controversia estén seguros para los sujetos y el tercero que interviene.

i) Cualesquiera de los mecanismos alternativos para la resolución de controversias en materia mercantil ofrece procedimientos diferentes, aunque pueden conjugarse adecuadamente conforme las necesidades del cada caso que se presenta. Muchas veces el objeto de una controversia abarca legislaciones de varios países, y ahí es donde los mecanismos alternativos pueden presentar las mayores ventajas particulares en cuanto a economía y eficacia respecto a la eliminación de varios procesos judiciales en diversos países.

j) Pueden acudir a la utilización de éstos mecanismos alternativos tanto comerciantes individuales como sociales.

Si con el presente estudio se logra despertar el interes en estudiantes, docentes, profesionales y comerciantes para utilizar cualquiera de los mecanismos propuestos en la resolución de controversias económicas de una manera más participativa, entonces labor no ha sido infructuosa, porque *cada vez que evitemos una controversia estaremos poniendo un ladrillo más en la construcción de una justicia de paz.*

**LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL**

---

## CAPITULO I

### MECANISMOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN GENERAL.

#### 1.) Introducción.

La historia nos ha demostrado que los seres humanos para resolver sus diferencias han creado diversidad de formas para solventarlas, algunas directas y otras indirectas; las primeras de ellas fueron resultado de sus propias decisiones, y las segundas con la participación de terceras personas ajenas a la contienda, pero siempre por disposición de los sujetos principalmente involucrados en la disputa.

En el primer caso (forma directa) se partía del enfrentamiento individual, no existían terceras personas involucradas, y si eventualmente participaban estas terceras personas era para compartir el interés de uno de los sujetos en controversia y coadyuvar a su afianzamiento.

La *Ley del Talión* puede señalarse como uno de los antecedentes o avance considerable en estas formas directas que utilizaban los seres humanos para resolver sus diferencias si recordamos con Manuel Ossorio que al definirla indica: "La venganza individual constituyó en los pueblos primitivos una manifestación de la punición de los delitos. Luego fue un medio para castigar las ofensas entre grupos sociales no sometidos a una autoridad común. Finalmente, el derecho de



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

venganza fue regulado por los grupos sociales ya organizados, estableciéndose por la autoridad común limitaciones al mismo. Una de ellas fue el talión, que fijaba una proporcionalidad entre la ofensa y el castigo.<sup>1</sup>

No dejaba de ser, sin embargo, una forma natural de satisfacción que se equiparaba al daño sufrido pero perteneciente a la implementación de la violencia y no de pacificación entre los seres humanos que constituyen la sociedad.

La búsqueda de evitar la confrontación personal y convivencia entre las personas, que a diferencia de los animales fueron dotadas de inteligencia racional, permitieron con el transcurso del tiempo darle un valor mayor a la convivencia pacífica. La organización familiar influyó mucho con sus interrelaciones para la obtención de logros paulatinos que hicieron de los vínculos de amistad nuevas formas de avenimiento que no perjudicaran la vida en común.

Cuando la concordia no aparece entre los sujetos con diferencias, entonces se hace necesaria la participación de una tercera persona, ajena a la contienda, que conforme a su feal saber y entender o de acuerdo a su preparación técnica resuelve la diferencia. Es aquí en donde el "***ex aequo et bono iudex condemnat*** (***El juez condena según la equidad y la buena fe***)<sup>2</sup> aparece como el personaje adecuado para resolver las diferencias, dejando por un lado la participación directa de los sujetos en conflicto.

---

<sup>1</sup> Ossorio, Manuel. "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales." Pág. 426.

<sup>2</sup> Cabanellas, Guillermo. "Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos". Pág. 80.

Si acudimos al significado de cada vocablo nos encontramos con que "*Ex*" indica procedencia del interior de algo".<sup>3</sup> "*Aequo*" indica igualar, allanar, ponerse al nivel de uno"<sup>4</sup>. "*Et*" indica por un lado, por otro tanto, es una conjunción copulativa"<sup>5</sup>. *Bono* de "*Bonus*" indica bueno, favorable, útil, conveniente, propicio."<sup>6</sup> "*Judex* ó juez"<sup>7</sup>; y "*Condemnator* de condenador."<sup>8</sup>

Por lo anterior podemos afirmar que era una persona que con sus conocimientos propios o interiores se unía al problema de los sujetos en conflicto allanando el camino y poniéndose al propio nivel de la controversia, conociendo las causas de uno y otro interés personal, y de forma conveniente y propicia resolvía la controversia mediante una resolución, siendo su decisión obligatoria para ambos.

No olvidemos que el *Iudex* o *Judex* (juez) era una persona honorable, respetada a quien se le confiaba la solución de los asuntos por su sabiduría, que luego concentra la representación misma de la justicia. A este personaje se le agrega con posterioridad un elemento técnico denominado jurisdicción al llegar a organizarse el sistema de enjuiciamiento y codificación que perfeccionan las instituciones de acuerdo a las necesidades de cada grupo social.

---

<sup>3</sup> "Diccionario ilustrado latino-español, español-latino". Pág. 171

<sup>4</sup> *Ibid.* Pág. 172.

<sup>5</sup> *Ibid.* Pág. 167.

<sup>6</sup> *Ibid.* Pág. 58.

<sup>7</sup> *Ibid.* Pág. 268.

<sup>8</sup> *Ibid.* Pág. 99.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Según José de Vicente y Caravantes citado por Osvaldo Alfredo Gozaíni: "A estar por las transcripciones recogidas por Diodoro de Sicilia, los primeros esbozos de la instrucción judicial pertenecen a los egipcios, donde cada parte redactaba sus pretensiones que leían ante el tribunal. Una vez cumplido el procedimiento, se abrían las puertas donde deliberaban los jueces y el presidente se presentaba con un collar de oro en el cuello, del cual pendía una pequeña figura enriquecida con piedras preciosas, que era el símbolo de la verdad o de la justicia. Esta autoridad revelaba el éxito del juicio, volviendo la figura hacia el lado de la parte que había ganado el pleito"<sup>9</sup>

Los tribunales orales griegos posteriores sirvieron de soporte para la posterior organización romana de su complejo sistema judicial. El sistema escrito impuesto por los romanos y consagrado por las ideas canónicas creó un sistema escrito mortal para las necesidades de los seres humanos cuando requieren de soluciones inmediatas y no retardadas.

No es ajena, actualmente, la crisis del sistema de procesos jurisdiccionales como una vía pacífica para resolver las controversias entre los seres humanos. Podríamos enunciar innumerables aspectos que a diario produce este sistema formalista, sin embargo, bastará con mencionar entre otros la onerosidad que dificulta su acceso, la lentitud del procedimiento, la desconfianza que produce la falta de capacidad de los sujetos que juzgan, el exceso de formalismos, la

---

<sup>9</sup> Gozaíni, Osvaldo Alfredo. "Formas alternativas para la resolución de conflictos". Pág. 3.

ineficacia de los fallos y hasta la carencia de autoridad moral de quienes administran justicia.

Esos defectos son producto de una evolución de las equivocaciones que pretendiendo consolidar el sistema lo llevaron a la pérdida de la confianza depositada en cada una de sus instituciones y los sujetos que las ponen en funcionamiento.

La mediocridad del presupuesto para la administración de justicia jurisdiccional que evita asignación de recursos adecuados, la exorbitante proliferación de profesionales en cantidades mayores y calidades menores hacen renacer a los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y jugar indiferentes al proceso judicial, un papel más relevante en la justicia de la paz, siempre sabidos que la justicia depende de la voluntad de los seres humanos.

Resultará evidente que los mecanismos jurisdiccionales son marcadamente formalistas y coercitivos a diferencia de cada uno de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil. Y sobre todo que a pesar de la variedad de elección de estos últimos no poseen elementos de la función jurisdiccional que quizás la va convirtiendo en menos funcional cada día.

Los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil que desarrollaremos son los medios hábiles, eficaces, rápidos, seguros que aunque poseen el inconveniente de carecer de coerción por parte de terceros,

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

en muchas de las oportunidades no necesitan la coerción si se utiliza el mecanismo adecuado al problema específico a resolver.

Estos mecanismos si generan un procedimiento, aunque para algunos autores es paralelo a los que señalan los Códigos, poseen matices distintos no sólo en cuanto a las personas que intervienen directa o indirectamente en ellos, sino en cuanto a la participación de los propios actores del conflicto, y principalmente porque éstos últimos mediante un acuerdo voluntario arriban a una solución sin controversia y a una justicia sin resentimiento que les permite en el futuro mantener la relación comercial y personal que puede deteriorarse.

Todos y cada uno de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil objetos del presente trabajo tienen sus propias características que los distinguen entre sí y los alejan de los tramites formalistas del proceso jurisdiccional.

Gozaíni los distingue claramente al indicar: "sus bases de conocimiento son diferentes, están llamadas desde la confianza particular que el modelo inspira; desde la sabiduría que prometen los jueces seleccionados; y, esencialmente, del concierto voluntario de las partes para arribar a una solución sin controversia, a una justicia sin resentimientos."<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Ob. Cit. Pág. 10.

## 2.) Definiciones.

### 2.1.) Mecanismos.

De conformidad con el Diccionario de la lengua española: "(Del lat. *mechanisma*, con adaptación del sufijo al usual-ismo). Medios prácticos que se emplean en las artes de defensa. Conjunto de varios órganos que concurren a una misma tarea. Funcionamiento, modo de obrar."<sup>11</sup>

En el Diccionario de sinónimos y antónimos a dicho vocablo le aparece el sinónimo de **dispositivo** con el adjetivo de **instrumento** y al definir este último vocablo señala: "Mecanismo y dispositivo aluden al complejo ordenado de las piezas de una máquina o de un conjunto de instrumentos coordinados para un fin."<sup>12</sup>

En esa virtud, podemos definir los **mecanismos** como un conjunto ordenado de órganos, instrumentos o medios prácticos ordenados de tal manera que funcionan coordinados para realizar una finalidad previamente establecida.

En el presente trabajo, nos referiremos a los mecanismos haciendo referencia a la finalidad que persiguen y cómo se encuentran coordinados en

---

<sup>11</sup> Real Academia Española. "Diccionario de la lengua española". II Tomo. Pág. 1343.

<sup>12</sup> Diccionario manual e sinónimos y antónimos". Pág. 221.

la tarea de resolver conflictos de intereses económicos mercantiles sin llegar a un litigio.

Además la doctrina moderna les agrega el vocablo *alternativo* del latín *alternus* que conforme al Diccionario ilustrado latino-español, español-latino significa "alterno, alternativo, uno después del otro. Hacer dos cosas alternativamente."<sup>13</sup> O bien como señala el Diccionario de la lengua española al respecto del vocablo *alternar*: "Variar las acciones diciendo o haciendo ya unas cosas, ya otras, y repitiéndolas sucesivamente. Cada una de las cosas entre las cuales se opta. Acción o derecho que tiene cualquier persona o comunidad para ejecutar alguna cosa o gozar de ella alternando con otra. Capaz de alternar con función igual o semejante"<sup>14</sup>.

Se les conoce como *mecanismos alternativos* porque los sujetos que entre sí se encuentran en controversia o conflicto de intereses tienen dos opciones para resolver sus asuntos: **a)** o se van a dilucidar su conflicto mediante un procedimiento formal adjetivo preestablecido en la ley (proceso jurisdiccional o judicial) a cargo de un juez lego, ó bien, **b)** optan por cualesquiera de los instrumentos o formas (no jurisdiccionales o judiciales) con o sin intervención de terceros obteniendo mayor celeridad, eficacia, menores formalismos y participando directamente en la resolución del conflicto.

---

<sup>13</sup> Ob. Cit. Pág. 26

<sup>14</sup> Ob. Cit. Pág. 115.

Al referirse a las alternativas que tienen los sujetos en controversia Alvarado Velloso citado por Gozaíni explica: "ante el conflicto entre dos hombres, ellos pueden: a) autodefenderse, mediante el uso de la fuerza que, generalmente, es ilegítima y prohibida por la ley y excepcionalmente aceptada y legitimada por ella (en este caso la parte afectada no consiente el sacrificio de su propio interés, tal como lo hace en la autocomposición); b) autocomponerse directamente (sin la ayuda de nadie), obteniendo un resultado consistente en uno de tres supuestos: allanamiento, desistimiento o transacción; c) autocomponerse indirectamente (con la ayuda de otro pero con variante respecto del caso anterior), mediante la aceptación mutua de la presencia de un heterocomponedor (simple conciliador, mediador) para que, actuando como medio de acercamiento, los interesados lleguen a desatar el conflicto mediante una autocomposición que operará como resultado en una de sus tres fórmulas conocidas (allanamiento, desistimiento, transacción); d) heterocomponer directamente el conflicto, mediante la presentación espontánea de uno de los contendientes ante el órgano de justicia pública (juez) requiriendo una decisión opera como resultado (sentencia luego de proceso judicial). Es éste el único supuesto de solución que escapa al concepto genérico de conciliación...".<sup>15</sup>

En el presente estudio nos limitaremos a desarrollar los mecanismos alternativos no jurisdiccionales, ajenos al juzgamiento procesal formal.

---

<sup>15</sup> Ob. Cit. Págs. 11 y 12.



## 2.2.) Resoluciones.

Conforme el Diccionario de latino-español, español-latino este vocablo proviene del latín *resolutio-onis* "liberación, libertad, descomposición, resolución, análisis, cesación, suspensión."<sup>16</sup>

Al respecto del vocablo *resolución* el Diccionario de la lengua española nos ilustra: "Acción y efecto de resolver o resolverse. Actividad, prontitud, viveza. Cosa que se decide. Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial"<sup>17</sup>

Entonces *resolver* del latín *resolvere* significa: "Tomar determinación fija y decisiva. Resumir, epilogar, recapitular. Desatar una dificultad o dar solución a una duda. Hallar la solución de un problema. Decidirse a decir o hacer una cosa."<sup>18</sup>

Para los efectos del presente trabajo, podemos definir las *resoluciones* como todas aquellas disposiciones o decisiones que emanan de una autoridad elegida por los sujetos en conflicto para darle solución a una controversia de intereses con prontitud, determinación y providencia dentro de los límites que le fueron establecidos previamente.

---

<sup>16</sup> Ob. Cit. Pág. 432.

<sup>17</sup> Ob. Cit. Pág. 1782

<sup>18</sup> Ibidem.

Tengamos presente que en algunos de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil que desarrollaremos no vamos a encontrar resoluciones formales, ya que algunos de ellos no revisten un carácter marcadamente establecido, sino quizás resulta más idóneo enmarcarlos como sugerencias para darle una efectiva solución a la controversia y evitar la contienda y que hacen que los sujetos realicen una actividad efectiva para el alcance de la solución más realista.

### 2.3.) Conflictos.

De acuerdo al Diccionario ilustrado latino-español, español latino proviene del latín **conflictus, confliigo o conflicto** que significa: "chocar contra, turbar, inquietar, ser maltratado, sufriendo todos estos perjuicios, combate, pelea."<sup>19</sup>

El Diccionario de lengua española al referirse al vocablo **conflicto** nos ilustra: "Apuro, situación desgraciada y de difícil salida. Problema, cuestión, materia de discusión. Momento en que la batalla es más dura y violenta."<sup>20</sup>

Manuel Ossorio en su Diccionario al respecto nos dice: "Lo más recio o incierto de un combate, pelea o contienda. Oposición de intereses en que las

---

<sup>19</sup> Ob. Cit. Pág. 101.

<sup>20</sup> Ob. Cit. Pág. 539.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

partes no ceden. El choque o colisión de derechos o pretensiones. Situación difícil, caso desgraciado.”<sup>21</sup>

José Alberto Garrone en su Diccionario Jurídico nos dice al respecto: “En general oposición y choque de intereses entre distintos sujetos de derecho. Pueden ser personas físicas o jurídicas, de derecho público o de derecho privado. Chocar, golpearse.”<sup>22</sup>

Para Eduardo J. Couture: “Por **conflicto** se entiende toda pretensión insatisfecha.”<sup>23</sup> Y agrega: “Por **controversias** se entienden todas aquellas cuestiones de hecho o de derecho que, no pudiendo resolverse mediante los procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman un pronunciamiento de los órganos del Estado.”<sup>24</sup>

Con un enfoque psicosociológico Aída Aisenson Kogan al respecto señala: “Todo conflicto es fundamentalmente contradicción, discrepancia, incompatibilidad, antagonismo.”<sup>25</sup>

Y agrega: “En el plano de las interacciones se hallan implicados dos o más individuos o grupos que aspiran a obtener o mantener una situación, esto es, un cambio o la preservación de las condiciones existentes; se trata,

---

<sup>21</sup> Ob. Cit. Pág. 152.

<sup>22</sup> Garrone, José Alberto. “Diccionario Jurídico”. Tomo I. Pág. 457.

<sup>23</sup> Couture, Eduardo J. “Fundamentos del derecho procesal civil.” Pág. 43.

<sup>24</sup> Ob. Cit. Pág. 43.

<sup>25</sup> Aisenson Kogan, Aída. “Resolución de conflictos: un enfoque psicosociológico.” Pág. 17.

según los casos, de privilegios de alguna clase que no se pueden compartir: goce de autoridad o de ventajas materiales, prestigio, seguridad. En suma dos o más protagonistas aprecian y desean disfrutar de bienes que por su carácter, o dadas las circunstancias, son o se consideran de pertenencia excluyente de unos o de otros. Surgen por lo tanto pugnas competitivas."<sup>26</sup>

La referida autora al citar a Ross Stagner explica: "Situación en la que dos o más seres humanos desean objetos que pueden ser obtenidos por uno o por otro (u otros), pero no por ambas partes. Y continúa señalando que una de ellas (una al menos, habría que agregar) moviliza energía para alcanzar ese objetivo, y cada parte percibe a la otra como barrera o amenaza para la obtención propia. Tanto es así, que si los objetivos fuesen considerados asequibles para todos no se daría el conflicto".<sup>27</sup>

Un conflicto, ya sea entre personas, grupos o naciones, tiene determinadas características básicas, aunque cada disciplina y cada profesión han contribuido grandemente para que se desarrolle y se llegue a un mejor entendimiento del vocablo desde un punto de vista específico.

La cantidad de personas que se han dedicado al estudio del conflicto, es muy reducido, inclusive, podemos afirmar que es exclusivo, y más reducido aún cuando tenemos que mencionar a aquellos que han realizado

---

<sup>26</sup> Ob. Cit. Pág. 17.

<sup>27</sup> Ob. Cit. Pág. 27.

estudios orientados hacia la comprensión de éste como entidad digna de profundización.

Y peor aún si señalamos los autores que se han tomado el riesgo de conceptualizar los elementos comunes de los distintos conflictos en circunstancias ajenas a la academia.

Para determinar el *ciclo de vida de un conflicto* R. J. Rummel, citado por Jay Folberg y Alison Taylor nos indica que: "la vida de un conflicto puede dividirse en *cinco fases*: 1) *El conflicto latente*, 2) *La iniciación del conflicto*, 3) *La búsqueda del equilibrio del poder*, 4) *El equilibrio del poder*, y 5) *La ruptura del equilibrio*".<sup>28</sup>

El mismo autor declara que: "este ciclo de cinco fases se ilustra con el siguiente ejemplo: En problemas sobre el ambiente, los intereses de la industria maderera con frecuencia difieren de aquellos inclinados a la conservación, y por lo tanto forman una estructura de conflicto (**fase 1**). Esta estructura de conflicto puede permanecer latente durante muchos años antes de que surja una situación de conflicto, como la venta de amplios derechos madereros colindando en un área de territorio conservado en estado virgen (**fase 2**). Después de un acontecimiento desencadenante, como el envío de una compañía maderera de su personal a las áreas ecológicas más susceptibles para delimitarlas, los conservacionistas y la compañía entran en

---

<sup>28</sup> Folberg, Jay, Taylor, Alison. "Mediación. Resolución de conflictos sin litigio". Pág. 40.

conflicto manifiesto. Esta situación de incertidumbre requiere que cada interés opuesto se prepare para la acción. Estos intereses deben equilibrarse a través de los medios de coacción, como requerimiento judicial y adjudicación, o a través de métodos no coercitivos de resolución de conflictos, como la **mediación (fase 3)**. Los contendientes deben realizar ajustes a través de uno de estos métodos, con el propósito de resolver el conflicto. Después de alcanzar un punto de equilibrio a través del proceso de resolución del conflicto (**fase 4**), las condiciones se modifican con el tiempo, y el equilibrio de poder y balance que se habían establecido también cambian. Los mercados madereros pueden declinar, o los partidarios de la conservación de recursos pueden modificar su punto de vista acerca de cuál es el grado de daño que el señalamiento de desmonte ocasiona al área virgen contigua (**fase 5**).<sup>29</sup>

Jay Folberg y Alison Taylor se refieren al conflicto como: "un conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes. El grado de divergencia determina la seriedad y duración del conflicto, y afecta la probabilidad de una resolución de conflictos exitosa."<sup>30</sup>

Al referirnos a la **resolución de conflictos** podemos afirmar que esta instituye o funda un estado de uniformidad o convergencia de propósitos o medios a emplearse. Y cuando nos referimos al **manejo de conflictos** es

---

<sup>29</sup> Ob. Cit. Págs. 41 y 42.

<sup>30</sup> Ob. Cit. Pág. 42.

cuando únicamente se realinea la divergencia, de tal forma que las fuerzas lo manifiestan en una proporción menor, tanto en distancia como en daño mutuo. El segundo de ellos no requiere un propósito, método o proceso idéntico, como el primero de ellos, sino simplemente aquel que esté alineado para permitir una evolución sin obstáculos para las entidades individuales.

Folberg y Taylor se oponen a que se les denomine resolución de conflictos y señalan: "De hecho, sería posible afirmar que el término *resolución de conflictos* es erróneo, dado que se le califican para las circunstancias que se desea evitar (conflicto), y no para su meta. Posiblemente, con el tiempo se le conozca como *promoción de convergencia*."<sup>31</sup>

Con los elementos anteriores podemos concluir definiendo el vocablo **Conflicto** como: **la coexistencia o confrontación de intereses contrapuestos entre distintos sujetos de derecho (personas físicas ó jurídicas) que se produce en el momento en que las diferencias existentes no admiten una solución directa entre las partes involucradas en el mismo por la negativa de ceder cada uno en sus respectivas pretensiones insatisfechas.**

Con la finalidad de sustituir la solución de las controversias por medio de los órganos jurisdiccionales y evitar las soluciones violentas que los

---

<sup>31</sup> Ob. Cit. Pág. 43.

sujetos en conflicto en muchas ocasiones realizan, los organismos internacionales (como la Organización de las Naciones Unidas) han perfeccionado mecanismos alternativos que tienen como finalidad resolver las controversias ya sea antes de que lleguen a causar crisis o evitando inclusive que se realice la confrontación entre los sujetos controvertidos.

En materia de derecho mercantil, de manera general era frecuente que los problemas se resolvieran acudiendo a los tribunales de justicia. En materia de controversias comerciales en algunos países la existencia de jueces especializados era una solución tradicional.

Hoy en día el tráfico comercial, el costo económico que significa la pérdida de tiempo en los tribunales, el roce personal entre los sujetos en controversia y el retardo burocrático de los procedimientos excesivamente formalistas e inoperantes hacen que los sujetos de comercio busquen la solución a sus diferencias de una manera más pacífica, menos formalista, menos onerosa, proporcionándoles mayor participación directa a ellos como sujetos involucrados y más eficaz. La solución la encuentran en cualesquiera de los mecanismos alternativos que desarrollaremos en el presente trabajo.



### 3.) Mecanismos jurisdiccionales.

En este apartado desarrollaremos brevemente la evolución que han tenido las instituciones creadas por los comerciantes para el desarrollo de una justicia comercial. En algunos casos los autores les denominan *sistemas jurisdiccionales o judiciales* en otros *organismos jurisdiccionales*.

En el presente trabajo para mantener unificado el criterio les llamaremos *mecanismos jurisdiccionales* sabidos que en todo caso estaremos desarrollando aquellas instituciones de orden jurisdiccional (juzgados o tribunales) que previamente han sido establecidos para el juzgamiento y solución de conflictos de intereses sometidos a su conocimiento por razón de la materia que nos ocupa, el derecho mercantil.

En el presente apartado nos referiremos específicamente a los mecanismos jurisdiccionales de comercio, no sin dejar constancia del contenido de los términos que conlleva la mejor exposición del tema.

Anteriormente hicimos referencia al contenido del vocablo *mecanismo*, por lo cual ahora profundizaremos en el contenido del vocablo *jurisdicción* que conforme Manuel Ossorio: "etimológicamente proviene del latín *jurisdictio* que quiere decir "acción de decir el derecho", no de establecerlo. Es pues, la función específica de los jueces. También, la extensión y límites del poder de juzgar, ya sean por razón de la materia, ya sean por razón del territorio; si se tiene en cuenta

que cada tribunal no puede ejercer su función juzgadora sino dentro de un espacio determinado y del fuero que le está atribuido.<sup>32</sup>

Para Eduardo J. Couture la *jurisdicción* es: "Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia judicial, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución."<sup>33</sup>

Agrega el referido procesalista que: "La jurisdicción se cumple mediante un adecuado proceso. El *proceso* es una relación jurídica continuativa, consistente en un método de debate con análogas posibilidades de defensa y de prueba para ambas partes, mediante el cual se asegura una justa decisión susceptible de cosa juzgada."<sup>34</sup>

El contenido inmediato de la jurisdicción es resolver conflictos y controversias de relevancia legal que se encuentran en discusión. Estas diferencias son susceptibles de resolverse siempre y cuando adopten una determinada serie de actos que se desarrollan frente a una autoridad previamente determinada por la ley y mediante formas específicas para que esa autoridad emita su decisión.

---

<sup>32</sup> Ob. Cit. Pág. 409.

<sup>33</sup> Ob. Cit. Pág. 40.

<sup>34</sup> Ibid. Pág. 42.

Por esas razones Eduardo J. Couture nos dice al respecto del *proceso*: "Lo que la caracteriza es su fin: la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere autoridad de cosa juzgada. En este sentido el proceso equivale a causa, pleito, litigio, juicio."<sup>35</sup>

Todo conflicto se inicia en un estado no procesal, en condiciones que los mismos sujetos han acordado, o que ellos mismos podrían haber aceptado obedeciendo a su voluntad. Frente a la pretensión de un sujeto interesado habrá la resistencia de otro sujeto con otra pretensión.

A lo anterior Niceto Alcalá Zamora y Castillo nos dice: "Producido el litigio o conflicto entre dos esferas contrapuestas de intereses, cabe que se solvete por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero."<sup>36</sup> Agrega el referido procesalista: "Proceso, autocomposición y autodefensa se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio."<sup>37</sup>

Es aquí en donde se distingue la llamada *autocomposición* cuando son las mismas partes en controversia quienes resuelven el asunto, o la denominada *heterocomposición* en donde las partes acuden a un tercero que mediante medios establecidos en la ley decide por los sujetos en controversia, con intervención de ellos directa o indirectamente a través de sus abogados o representantes.

---

<sup>35</sup> Ob. Cit. Pág. 122.

<sup>36</sup> Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. "Proceso, autocomposición y autodefensa". Pág. 13.

<sup>37</sup> Ob. Cit. Pág. 13.

En un principio el proceso aparece como la solución más correcta a las contrapuestas posiciones de los sujetos en conflicto, al establecer formas predeterminadas y alcanzar la solución más justa y pacífica al conflicto de intereses.

Sin embargo, como asevera Niceto Alcalá Zamora y Castillo: "Pero para que el proceso rinda esos frutos, es preciso que ese tercero imparcial que mediante él decide el conflicto, sea más fuerte que las partes entre sí enfrentadas, para que llegado el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente, frente a todo intento de desobediencia o alzamiento que de aquellas provenga. Se comprende, por ello, que la jurisdicción, que históricamente o en países menos evolucionados tuvo o mantiene otros titulares u orígenes, en los pueblos cultos de nuestros días se vincule al Estado, así como que éste la ejerza por medio de los correspondientes órganos y que se la repunte como un atributo de la soberanía."<sup>38</sup>

Couture nos ilustra finalmente, respecto del *proceso* indicando: "El proceso es relación jurídica, se dice, en cuanto varios sujetos, investidos de poderes determinados por la ley, actúan en vista de la obtención de un fin. Los sujetos son el actor, el demandado y el juez; sus poderes son las facultades que la ley confiere para la realización del proceso; su esfera de actuación es la jurisdicción; el fin es la solución del conflicto de intereses."<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Ob. Cit. Pág. 14.

<sup>39</sup> Ob. Cit. Pág. 132.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Lo que el proceso realiza entonces es un ordenamiento de la conducta de los sujetos, formaliza los intereses recíprocos conforme a la sujeción de poder de un tercero que dirimirá el conflicto de intereses sometidos al órgano de la jurisdicción.

El proceso satisface entonces un interés privado de los particulares que someten a su decisión el conflicto, y un interés público o social de asegurar el resultado de la resolución mediante la jurisdicción.

El proceso tutela el derecho de tal manera que asegura que: a) la persona demandada sea notificada legalmente; b) que se le haya dado oportunidad de oponerse y expresar sus derechos y pruebas contrarias a la demanda; c) que el órgano jurisdiccional ante el cual se han cuestionado los derechos haya sido constituido conforme a la ley honorable, capaz, responsable e imparcial; y por último que esté revestido de competencia. Todo lo anterior para consolidar la garantía constitucional de toda persona humana.

### **3.1.) Antecedentes.**

En cuanto al origen y evolución de los tribunales de comercio Felipe De Solá Canizares manifiesta al respecto que: "La idea de que los comerciantes deben tener sus leyes, sus jueces y procedimientos especiales para sus litigios tiene antecedentes muy antiguos. La necesidad de una jurisdicción especial ha sido una consecuencia lógica del reconocimiento de un estatuto jurídico especial a los comerciantes, que eran en la antigüedad y en la Edad

Media una clase especial realizando actos distintos de los demás ciudadanos."<sup>40</sup>

Agrega el referido autor que: "Se buscan antecedentes de la jurisdicción comercial en Colegios de mercaderes creados en Roma varios siglos antes de Jesucristo. Pero lo cierto es que en la Edad Media, muy pronto se abrió paso la idea de que los comerciantes debían ser juzgados por leyes propias aplicadas por jueces comerciantes".<sup>41</sup>

Algunos estudiosos de la materia aseguran inclusive que el colegio de mercaderes en tiempos de Publio Servilio en el año 493 antes de Jesucristo es el organismo en el que posiblemente se inicia la justicia comercial, sin embargo es un poco arriesgado determinar la fecha precisa de inicio de un procedimiento comercial de justicia comercial ya que el trueque como actividad comercial y la ley del talión como justicia personal son más remotos todavía.

Se han buscado antecedentes de jurisdicción de comercio en los colegios de mercaderes de Roma muchos siglos antes de la llegada de Jesucristo; sin embargo durante la Edad Media se dio apertura a la idea de que los comerciantes debían ser juzgados por leyes propias de ellos y hacerlas efectivas por medio de jueces que también ejercieran el comercio.

---

<sup>40</sup> De Solá Canizares, Felipe. "Tratado de derecho comercial comparado". Tomo I. Pág. 335

<sup>41</sup> Ob. Cit. Tomo II, Pág. 335.

De Solá Canizares argumenta que: "el llamado derecho estatutario lleva consigo que los Cónsules de las corporaciones constituyesen una verdadera jurisdicción comercial".<sup>42</sup> Agrega el referido autor que: "En España se establecieron Consulados para que los comerciantes fuesen juzgados por comerciantes según las costumbres del comercio. En Francia se inició la justicia comercial en las ferias y los Tribunales permanentes comerciales se instauraron a partir del Edicto de Carlos IX en 1583 y parecía lógico que la Revolución francesa, al suprimir las corporaciones, también suprimiera la jurisdicción comercial, pero los antiguos Consulados continuaron con el nombre de Tribunales de Comercio."<sup>43</sup>

Agrega el referido autor: "En Inglaterra, la *law merchant* la aplicaron las *Local courts* que aplicaban las costumbres comerciales de su región y en general las ciudades comerciales tienen jurisdicciones especiales de comercio. hasta que Lord Mansfield en el siglo XVIII realizó su absorción por la *common law*. En Francia y otros países subsistieron con el nombre de Tribunales de Comercio."<sup>44</sup>

Históricamente en cuanto a la reglamentación de los Tribunales de Comercio como órganos jurisdiccionales con jueces letrados y con conocimientos comerciales, los antecedentes se remontan al Código de

---

<sup>42</sup> Ob. Cit. Tomo II, Pág. 335.

<sup>43</sup> Ibidem.

<sup>44</sup> Ob. Cit. Tomo II. Pág. 336.

Comercio francés de 1807, el Código de Comercio español de 1829, el Comercial brasileño de 1850, el Código de procedimiento civil alemán de 1877 y el Código de Comercio portugués de 1888. Todo lo anterior conforme lo describe De Solá Canizares.<sup>45</sup>

Los tribunales de comercio o comerciales inicialmente se establecieron en España como Consulados para que los comerciantes fuesen juzgados por comerciantes según las costumbres del comercio. Conforme el Diccionario Jurídico de José Alberto Garrone en España los Tribunales permanentes se instauraron a partir del Edicto de Carlos IX en 1583.<sup>46</sup>

Sin embargo las críticas severas y discusiones interminables sobre la Institucionalización de los tribunales de comercio han sido muy reiteradas y esto ha dado como resultado que algunos países como España, Brasil, Italia, algunos otros países de Europa y América los han suprimido.

En la actualidad se puede afirmar que Francia y Bélgica mantienen Tribunales de Comercio como jurisdicción especial; Alemania, Austria, Portugal y algunos lugares de Suiza se desarrollan con un sistema mixto (jueces legos y comerciantes). En algunos otros países como Argentina e Inglaterra jueces especializados se ocupan de los juicios comerciales sin

---

<sup>45</sup> Ob. Cit. Tomo II. Pág. 336.

<sup>46</sup> Garrone, José Alberto. "Diccionario Jurídico". Tomo I, Págs. 336 y 337.



constituir una jurisdicción especial y sin ninguna intervención de jueces comerciantes.

Sin embargo en la mayor parte de los países todavía no se distingue claramente entre juicios civiles y comerciales en cuanto a los jueces y tribunales y peor aún en cuanto al procedimiento ya que se encuentran legislados de igual manera, con algunas instituciones muy marcadas que difieren uno y otro pero instituidos de igual manera.

En Guatemala a raíz de la propuesta surgida de la primera promoción de egresados de la Maestría en Derecho Mercantil de la Universidad Rafael Landívar, en 1989 a propuesta del Doctor René Arturo Villegas Lara, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se intentó crear un Juzgado (unipersonal) y una Sala de la Corte de Apelaciones (colegiado) de naturaleza comercial o mercantil y el resultado del estudio preliminar fue lamentable ya que ninguno de los jueces y magistrados de entonces aprobaron la evaluación preliminar ya que tenían una formación y mentalidad eminentemente civilista, sin conocimientos de mayores principios en materia comercial.

El antecedente de la Conferencia General de Tribunales de Comercio de Francia quizás sirva de base para que la recién creada Organización Mundial de Comercio (OMC) fomente no sólo un Tribunal de Comercio Internacional, sino que cada país mejore su propia administración de justicia comercial con jueces legos y procedimientos abreviados.

Así la historia del derecho mercantil nos lleva indefectiblemente a distinguir dentro de los mecanismos jurisdiccionales cuatro sistemas a saber:

a) **EL SISTEMA DE LOS JUECES COMERCIANTES** que parte de los propios comerciantes que conocen mejor que nadie los usos y costumbres del comercio y que tienen el espíritu y mentalidad comercial que requiere muchas veces la solución de litigios comerciales. De Solá Canizares dice que: "En este sistema los jueces no son juristas, todos ellos son comerciantes elegidos por los comerciantes".<sup>47</sup>

Aquí los tribunales de comercio son colegiados. Los jueces debían ser mayores de treinta años, justificar el ejercicio del comercio por cinco años y para litigar en dichos tribunales no se requería el auxilio de abogado. Se implantó este sistema en Francia y Bélgica y sobre todo eran competentes para conocer de toda clase de litigios relacionados a actos que la ley repute comerciales y acciones de los terceros, factores o dependientes de los comerciantes en razón de la actividad que para ellos desarrollan. La jurisdicción es ordinaria.

Un antecedente muy importante a este respecto lo encontramos en la obra de D. Ignacio Boix<sup>48</sup> en donde hace referencia a la jurisdicción comercial, los negocios sobre los que versa la jurisdicción mercantil, los

---

<sup>47</sup> Ob. Cit. Tomo II. Pág. 337.

<sup>48</sup> Boix, D. Ignacio. "Tratado elemental de los procedimientos sobre negocios y causas de comercio" publicado en Madrid, España en 1,850.

juicios que se ventilan en general en este proceso y muchos otros aspectos de importancia histórica en cuanto al origen de los tribunales de comercio.

**b) SISTEMA MIXTO DE JUECES COMERCIANTES Y JUECES JURISTAS:** Es un sistema alemán y se diferencia del sistema francés porque la jurisdicción es separada de la ordinaria y el Tribunal está presidido por un magistrado de carrera judicial asistido de asesores comerciantes designados por la cámara de comercio por un período de tiempo determinado.

**c) SISTEMA DE LOS JUECES JURISTAS ESPECIALIZADOS EN EL DERECHO COMERCIAL:** De Solá Canizares indica que: "en este sistema los litigios comerciales se tramitan ante un juez letrado o un Tribunal compuesto por magistrados de carrera, pero el juez o los miembros del Tribunal están especializados en asuntos comerciales y entienden únicamente en estos asuntos".<sup>49</sup>

Este sistema lo ha adoptado Inglaterra y algunos países iberoamericanos y posee un procedimiento rápido, sencillo y menos costoso que en asuntos ordinarios.

**d) SISTEMA QUE NO ESTABLECE DISTINCIÓN ENTRE ASUNTOS CIVILES Y COMERCIALES:** En este sistema no se establece distinción alguna en cuanto a los jueces ni al procedimiento entre los procesos civiles y

---

<sup>49</sup> Ob. Cit. Tomo II, Pág. 342.

mercantiles. Este sistema es frecuente en aquellos países en donde no existe la autonomía del derecho comercial.

Este sistema se practica en Italia, Suiza y los países socialistas en donde no existe el derecho mercantil.

Si nos damos cuenta de la evolución que han tenido los mecanismos jurisdiccionales mercantiles, llegamos a la conclusión de que en aquellos países en donde el derecho comercial no tiene autonomía legislativa se trata de igual manera el derecho civil que el mercantil.

No debemos desconocer la evolución que ha tenido el derecho civil como el derecho mercantil. El derecho mercantil ya no es un derecho de clase y posiblemente el derecho civil se ha comercializado.

Como bien afirma De Solá Canizares: "continúan existiendo en todos los países instituciones y fórmulas que son genuinamente comerciales y que son objeto, si no de códigos que las comprenden todas, por lo menos de leyes especiales para cada una de ellas; lo que hace necesario que se escriba obras y que se mantengan cátedras de derecho comercial, incluso en aquellos países en que se dice que el derecho comercial no existe."<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Ob. Cit. Tomo II. Pág. 344.

No debemos olvidar que en favor de la existencia de una jurisdicción comercial está el argumento que: **los litigios comerciales deben ser solucionados con gran simplicidad y rapidez**, y al respecto Montesquieu decía: "Los litigios del comercio no necesitan muchas formalidades: son acciones de cada día, a las que siguen otras de igual naturaleza cada día, por lo cual es necesario que puedan resolverse cada día. No pasa lo mismo con las diversas acciones de la vida, que influyen mucho en el porvenir, pero que ocurren pocas veces. Ni suele casarse el hombre muchas veces, ni es mayor de edad más que una vez, ni hacen donaciones o se otorga testamento cada día".<sup>51</sup>

Agrega el referido autor que: "El efecto natural del comercio es propender a la paz. Dos naciones que comercian entre sí dependen recíprocamente la una de la otra: si la una tiene interés en comprar, la otra lo tiene en vender. Toda unión está fundamentada en necesidades mutuas."<sup>52</sup>

### 3.2.) Definición.

Con todo lo anterior, podemos definir a los **MECANISMOS JURISDICCIONALES** como: **un conjunto de órganos, instrumentos y medios prácticos de orden jurisdiccional previamente establecidos de conformidad con la ley, para conocer, juzgar y solucionar desacuerdos**

---

<sup>51</sup> Montesquieu. "El espíritu de las leyes". Pág. 352.

<sup>52</sup> *Ibid.*, Pág. 342.

de intereses sometidos a su cognición, por razón de la materia, del territorio o de la cuantía; plenamente facultados para emitir decisiones que resuelven en definitiva conflictos y controversias de relevancia jurídica, con fallos con autoridad de cosa juzgada y factibles de cumplimiento forzoso en caso de negativa de cualesquiera de los sujetos vinculados a la causa.

### **3.3.) Características.**

Las características que podemos inferir de los mecanismos jurisdiccionales son las siguientes:

**1o.)** Es un conjunto de órganos infraestructurales (juzgados y tribunales) establecidos por el Estado, con elementos personales (jueces letrados nombrados por los poderes del Estado) y elementos materiales (locativos e instrumentales) con características propias y funciones específicas, creados conforme a la ley;

**2o.)** Poseen herramientas (Códigos, Leyes y Reglamentos) y medios prácticos (procedimientos específicos) que son los instrumentos al servicio de las partes y el juzgador para regular su funcionamiento mediante una forma preestablecida;

**3o.)** Tanto los órganos, como los instrumentos son de orden jurisdiccional, es decir creados para el cumplimiento del derecho y previamente establecidos por la ley;

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

4o.) Conocen, juzgan y solucionan desacuerdos de intereses que son sometidos a su conocimiento, por razón de la materia, del territorio o de la cuantía;

5o.) Están plenamente facultados por la ley para emitir decisiones (decretos, autos y sentencias) que resuelven en definitiva conflictos y controversias de relevancia jurídica;

6o.) Los fallos que emiten tienen autoridad de cosa juzgada, es decir que los asuntos sometidos a su conocimiento no son susceptibles de volver a conocerse (non vis in ídem);

7o.) Cumplimiento forzoso del fallo que resuelve la controversia en caso de negativa de cualesquiera de los sujetos vinculados a la causa, respaldado por los mecanismos coactivos del Estado.

#### 4.) Mecanismos no jurisdiccionales.

En el apartado anterior vimos como la existencia de un ámbito de aplicación del derecho, el formalismo, la existencia de jueces letrados, y la coerción de los fallos, son notas características de los mecanismos jurisdiccionales.

Ahora pasaremos a estudiar los *mecanismos no jurisdiccionales* también conocidos como *formas alternativas para la resolución de conflictos o mecanismos extrajudiciales*.

Estos mecanismos no jurisdiccionales son el resultado de la opción de las partes en controversia de resolver el diferendo por cualesquiera de los instrumentos o formas (no jurisdiccionales o judiciales) existentes, con o sin intervención de terceros, y con el objetivo de obtener mayor celeridad, eficacia, menores formalismos y participando ellos directamente en la resolución del conflicto.

Algunos países los tienen regulados en su legislación, otros por el contrario mantienen un constante estudio para la implementación toda vez que los organismos internacionales los están aplicando con mucha frecuencia y efectividad.

#### **4.1.) Antecedentes.**

En un principio señalamos que el ser humano se inició resolviendo sus diferencias directamente sin la intervención de terceras personas, luego la sabiduría, la ancianidad, el respeto por la cabeza de familia y los vínculos de amistad fortalecieron la existencia de una vida pacífica.

El intercambio de mercancías hizo ampliar el ámbito de conocimiento de las desavenencias entre quienes comerciaban, y por lo tanto la necesidad de crear órganos ajenos a los sujetos en conflicto y con el respaldo del poder estatal (órganos jurisdiccionales).



A nadie es ajeno hoy en día que el incremento del número de controversias, la lentitud del sistema escrito, el exceso de formalismos, la onerosidad de los procedimientos, el exceso de profesionales y la preocupante baja calidad y especialidad de muchos de los existentes, han hecho necesario el renacimiento de institutos descongestivos que funcionan indiferentes al proceso jurisdiccional; es decir, son posibilidades que tienden a evitar el curso de las formalidades procesales.

Aunque para algunos autores como Osvaldo Gozáini signifique una regresión a la justicia primitiva, para otros como Francesco Carnelutti se trata de equivalentes del proceso civil, y otros como Leonardo Pietro Castro consideran que son procedimientos substitutivos del juicio público.

Por otra parte hay eminentes procesalistas como Piero Calamandrei que los señalan como auxiliares de la justicia.

En el presente trabajo no vamos a profundizar sobre la discusión de la naturaleza jurídica de estos mecanismos (si es o no jurisdiccional), simplemente vamos a desarrollar de modo sistemático los diferentes mecanismos paralelos a los jurisdiccionales que poseen los particulares sin contravenir la ley, para resolver sus diferencias.

Quizás lo que sucede con estos mecanismos no es un desplazamiento de la función jurisdiccional, sino una postergación en el evento de que sean insuficientes para resolver ciertos asuntos en controversia.

Estamos conscientes de que cada uno de los mecanismos a estudiar tienen una u otra limitación sustancial o procedimental, pero son una propuesta a quienes como los comerciantes necesitan la sustentación inmediata de sus asuntos.

Una perspectiva distinta la ofrece Niceto Alcalá Zamora y Castillo citado por Osvaldo Gozaíni: "mencionando el proceso como una consecuencia de los conflictos suscitados por las diferencias entre los hombres. Producida la crisis, se polarizan dos esferas contrapuestas de intereses que podrán encauzarse por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero. También es posible que una de ellas resuelva sacrificar su propio interés (autocomposición), o imponer al otro el sometimiento de sus propias aspiraciones (autodefensa). De esta forma, proceso judicial, autocomposición y autodefensa presentan las variables posibles para resolver un litigio, sin que ello signifique ponerlas en pie de igualdad, ni entre ellas se repelan".<sup>53</sup>

Todos los mecanismos no jurisdiccionales existentes tratan de colaborar o complementar la función jurisdiccional, puesto que carecen de los

---

<sup>53</sup> Ob. Cit. Pág. 8.

## LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL

---

elementos típicos de la función jurisdiccional como lo son coerción y ejecución forzosa, poseen en cambio habilidad, eficacia, rapidez y seguridad que en muchos casos no proporcionan los mecanismos jurisdiccionales.

Oswaldo Gozáini señala que: "resulta insoslayable observar que estos mecanismos generan un procedimiento prácticamente paralelo al que formalizan los códigos adjetivos, de modo tal que la elección de los particulares por las vías no judiciales, pueden significar una opción hacia aquello sobre lo que ya no se confía. De ser así, las instituciones serían, propiamente, remedios substitutivos del proceso público".<sup>54</sup>

Estos mecanismos no jurisdiccionales no pretenden corregir el proceso jurisdiccional, ni subrogarlo ni mucho menos corregir sus deficiencias. Simplemente cada uno de los mecanismos no jurisdiccionales existentes como alternativas para la solución de conflictos de intereses tiene una propia y particular motivación originaria de los problemas que tiende a resolver.

Los mecanismos alternativos no jurisdiccionales son propuestas o fórmulas de racionalidad que persiguen la solución concertada, pacífica, sin llegar a una enmarcación jurídica en donde ubicarla, y sobre todo en donde la participación de los sujetos con controversia es primordial.

---

<sup>54</sup> Ob. Cit. Pág. 9.

Todas y cada una de las instituciones que estudiaremos en los mecanismos alternativos no jurisdiccionales tienen elementos propios que las distinguen de las demás y que en un momento determinado se asemejan y distancian del proceso formalista, pero sus bases de sustentación son distintas.

Estos mecanismos alternativos tienen su origen en la confianza particular que cada modelo inspira y su adaptación a cada conflicto, la sabiduría que imponen los que participan en ellos y sobre todo el acuerdo voluntario de las partes para llegar a un entendimiento sin controversia, hacia una justicia sin resentimientos.

#### **4.2.) Definición.**

Con todo lo anterior, podemos definir a los *mecanismos no jurisdiccionales* como: **un conjunto de instrumentos y medios prácticos de orden extrajudicial establecidos sin contravenir la ley, para conocer y solucionar desacuerdos de intereses sometidos a su cognición y facultados por los sujetos en desacuerdo para emitir decisiones que resuelvan en definitiva conflictos y controversias de relevancia jurídica, con sugerencias de solución factibles de cumplimiento directo entre las partes o forzoso por autoridad jurisdiccional en caso de negativa de cualesquiera de los sujetos vinculados a la controversia.**

#### **4.3.) Características.**

Las características que podemos inferir de los mecanismos no jurisdiccionales son las siguientes:

**1o.)** Son un conjunto de instrumentos y medios prácticos extrajudiciales establecidos sin contravenir la ley;

**2o.)** Poseen procedimientos específicos al servicio de las partes que desean resolver sus diferencias sin llegar a juicio;

**3o.)** Tanto los mecanismos alternativos no jurisdiccionales, como los instrumentos que éstos emplean no son judiciales, es decir fueron creados para el cumplimiento del derecho y algunos de ellos previamente establecidos por la ley, pero sin la intervención de un juez;

**4o.)** Conocen y solucionan desacuerdos de intereses que son sometidos a su conocimiento, por razón de la especialidad;

**5o.)** Todos están facultados por los particulares interesados que hacen uso de ellos para solucionar el diferendo mediante una propuesta de terminar la controversia y algunos están plenamente facultados por la ley para emitir decisiones (laudos arbitrales);

**6o.)** Las sugerencias para la solución de la controversia no tienen autoridad de cosa juzgada, es decir que los asuntos sometidos a su conocimiento son susceptibles de volver a conocerse por sujetos distintos si las partes así lo acuerdan;

**7o.)** No hay cumplimiento forzoso de la sugerencia que resuelve la controversia y en caso de negativa de cualesquiera de los sujetos vinculados al diferendo tendrá que acudir a un órgano jurisdiccional.

**5.) Similitudes.**

Entre las más importantes podemos indicar:

a) Ambos mecanismos tratan de darle soluciones pacíficas a los conflictos de intereses;

b) ambos mecanismos requieren de personas con suficiente capacidad, responsabilidad y honorabilidad para conocer de los diferendos sometidos a su conocimiento;

c) ambos mecanismos requieren personal especializado para poder realizar una buena labor;

d) ambos tienen sus propios procedimientos.

**6.) Diferencias.**

a) Los mecanismos jurisdiccionales son más formalistas, lentos e ineficaces; los mecanismos alternativos no jurisdiccionales son menos formalistas, más rápidos y eficaces;

b) los mecanismos jurisdiccionales tienen poder de coerción y ejecución forzada; los mecanismos alternativos no jurisdiccionales no tienen poder de coerción sino de convencimiento pacífico, a excepción del arbitraje, y muchas veces por su ejecución forzada requieren de la asistencia de un órgano jurisdiccional;

c) los mecanismos alternativos no jurisdiccionales permiten la participación más directa de los sujetos interesados; en cambio en los mecanismos jurisdiccionales son los abogados quienes se relacionan más directamente;

d) los mecanismos alternativos no jurisdiccionales tratan de llegar a una solución sin resentimientos; en los mecanismos jurisdiccionales los resentimientos entre las partes son algo comunes;

e) los mecanismos alternativos no jurisdiccionales permiten que los sujetos en controversia continúen con las actividades económicas que los unían; los mecanismos jurisdiccionales por el daño que producen las medidas cautelares impiden la reanudación de esas actividades;

f) los mecanismos jurisdiccionales admiten medidas cautelares; algunos mecanismos alternativos no jurisdiccionales no permiten medidas cautelares, y aquellos que si las permiten deben ser dictadas por un órgano jurisdiccional lo cual desnaturaliza su función.

## CAPITULO II

### LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL.

#### 1.) Naturaleza Jurídica.

Para señalar la naturaleza jurídica de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil confianza en el Estado para que por medio de las instituciones que iba creando administrara justicia, lo cual dio origen a la justicia formalista ya que al podemos indicar que en el transcurso de la historia propia del derecho, el ser humano dio su depositar su fe en esas instituciones se organiza su vida en sociedad.

Así la función jurisdiccional se consolidó y el juez llenó en la medida de sus posibilidades y su capacidad, conforme a la ley, aquellos espacios que el legislador no previó. El juez aplica la ley y determina el sentido de las normas conforme a la interpretación que hace de cada caso sometido a su conocimiento.

Sin embargo, toda esa gama de posibilidades de estudio e interpretación que hace el juez se van limitando conforme se acrecienta el número de casos sometidos a su conocimiento, la poca asignación de recursos asignados para desarrollar su actividad, la innovada aparición de instituciones y variedad de actividades económicas que surgen hacen que su actividad sea cada día más lenta e ineficaz.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

En la práctica mercantil la constante renovación de las instituciones y la facilidad con la que los comerciantes realizan con mayor celeridad los negocios, hacen que cuando se presenta un conflicto de intereses necesiten de resultados inmediatos en donde su propia participación sea necesaria para no interrumpir su actividad económica.

Lo anterior hace que los comerciantes inicien la búsqueda de otros mecanismos opcionales para resolver sus controversias; mecanismos alternativos no jurisdiccionales semejantes a los procesos civiles, o inclusive más rápidos y eficientes, pero en donde el poder del Estado sea menos severo que el control jurisdiccional y sobre todo en donde las partes con diferencias participen más activamente y en forma directa y que los trámites sean abreviados.

Es aquí en donde las actividades que realizan los organismos internacionales demuestran qué mecanismos alternativos como la mediación, conciliación, negociación, arbitraje y otros son eficaces, abreviados y menos costosos porque carecen de los elementos propios de la jurisdicción. Estos mecanismos son seguros, hábiles, rápidos con las únicas dificultades: falta de coerción y ejecución forzada, a excepción del arbitraje.

Osvaldo Gozaíni al respecto señala: "estos mecanismos generan un procedimiento prácticamente paralelo al que formalizan los códigos adjetivos, de modo tal que la elección de los particulares por las vías no judiciales, pueden significar una opción hacia aquello sobre lo que ya no se confía. De ser así, las instituciones serían, propiamente, remedios substitutivos del proceso público."<sup>55</sup>

Sin embargo, es importante señalar que ninguno de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil es un corrector de procedimientos o deficiencias de los procesos comunes, ni mucho menos es una respuesta a finalidad alguna que pretenda subrogar los procesos jurisdiccionales existentes.

Cada uno de los mecanismos alternativos (mediación, conciliación, negociación, arbitraje y otros) tiene su propia razón de ser, ***posee su propia naturaleza particular que lo dirige a la solución de determinado tipo de controversias con fórmulas adecuadas de conocimiento racional, técnico y sistemático que persigue la solución pacífica, concertada y eficaz sin necesidad de que encuadre en un marco jurídico específico que lo fundamente o un acto jurídico que lo justifique.***

***Cada mecanismo alternativo para la solución de conflictos mercantiles tiene sus propias fórmulas, sus propios elementos personales y materiales, sus propios objetivos y sus propios efectos particulares.***

---

<sup>55</sup> Ob. Cit. Pág. 9.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

No importa la clase de disputa mercantil, cualesquiera de ellos pueden ser utilizados alternativa o indistintamente atendiendo al grado de dificultad del conflicto, a los sujetos que participan, a los intereses que se tutelan o a los efectos que se persiguen.

Puede en un momento determinado hacerse uso de todos o alguno de ellos para adecuar los intereses de los sujetos en controversia, o simplemente puede suceder que el mecanismo alternativo escogido desde el inicio resulte el funcional al caso concreto planteado.

No importa si la controversia es por cuestiones de *hecho o de derecho*. No importa si lo que se busca para resolver una controversia es la simple interpretación de un texto legal o la aplicación fría y desnaturalizada de un artículo específico.

Lo que realmente importa para los mecanismos alternativos para la solución de conflictos mercantiles *es la permisión a los particulares en controversia, de acudir a procedimientos paralelos a los jurisdiccionales (no judiciales), en donde puedan participar más activa y efectivamente de manera inmediata e impostergable preservándose la posterior revisión judicial o jurisdiccional de la propuesta de solución que se alcance.*

---

Los sujetos en conflicto no se tienen que someter, estricto sensu, a la dinámica procesal formalista adjetiva preestablecida por el Estado, pues puede acudir a la libertad de escoger el tratar resolver de forma pacífica la controversia existente.

Oswaldo Gozaini al referirse a ellas en cuanto a la naturaleza jurídica que las impulsa nos dice: "Por supuesto que todas y cada una de las figuras tienen matices que las distinguen, y las aproximan o las distancian de los trámites adjetivados en los códigos; pero sus bases de conocimiento son diferentes, están llamadas desde la confianza particular que el modelo inspira: desde la sabiduría que prometen los jueces seleccionados; y, esencialmente, del concierto voluntario de las partes para arribar a una solución sin controversia, a una justicia sin resentimientos".<sup>56</sup>

Algunos autores como Aída Aisenson Kogan contribuyen a la comprensión de la solución de los conflictos y le dan un enfoque psicosociológico impregnándole aspectos tan importantes como *la razón* afirmando que: "Una de las funciones básicas de la razón es la minimización de las tensiones conflictivas: es racional evitar los conflictos evitables y resolver los conflictos solubles. Pero el hecho es que hay también conflictos inevitables y conflictos insolubles. Estos últimos entrañan el mayor desafío a la razón. Son conflictos que pueden, en última instancia, ser disueltos mediante recursos tales como la eliminación de una de las partes o la subordinación de una de ellas a la otra. La disolución de conflictos, sin

---

<sup>56</sup> Ob. Cit. Pág. 10.

embargo no es un expediente racional. Cuando la razón alcanza el nivel crítico, ella constituye también la toma de conciencia de la conflictividad, es decir, el percatarse de que la realidad, cuanto más compleja -y nada hay tan complejo como la realidad humana y social- tanto más rica es en relaciones y estructuras conflictivas.<sup>57</sup>

Entonces, atendiendo a lo anterior, *la naturaleza jurídica de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil no sólo es racional porque evita o resuelve los conflictos comerciales, sino porque permiten una convivencia con ellos, en el entendido de que, luego de cada conflicto comercial resuelto, vendrá uno nuevo, y las relaciones comerciales entre los sujetos no se dañan y éstos pueden continuar realizando actividades en común.*

## 2.) Características.

La marcada diferencia de intereses entre sujetos dedicados al comercio regularmente se presenta al surgir la controversia que emana de los intereses de otro sujeto que afecta directa o indirectamente la actividad o el patrimonio de este último que se resiste con la misma potencialidad al ataque que recibe.

Cuando un conflicto de intereses comerciales no admite solución, por lo menos admite una regulación, que a diferencia de la solución, permite a las partes

---

<sup>57</sup> Ob. Cit. Pág. 7.

involucradas por lo menos atenerse a las reglas del juego mediante un acuerdo previo alcanzado por medio del diálogo que implica un intercambio de argumentos entre las personas en controversia o quienes los representan.

Recordemos con Osvaldo Gozaini que: "Consecuente natural es el ocultamiento de la verdad; cada pretensión de partes constituye una versión "acomodada" de los hechos."<sup>56</sup> Lo cual es natural en casi todas las actividades de la vida, y en cuanto al comercio no es la excepción.

Las características que presentan los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil son:

1o.) Bilateralidad de los sujetos en conflicto, es decir que debe existir acuerdo de dos voluntades o más que manifiesten sus intereses diversos;

2o.) Participación directa o indirecta de los sujetos en conflicto, y aunque haya delegación, que los sujetos estén efectivamente inmersos en el andamiaje de resolver la controversia;

3o.) Contradicción de intereses susceptible de resolverse, es decir que aunque sean diversos los intereses de cada uno, sea posible una resolución factible, real, pronta y eficaz;

4o.) Pautas de acercamiento, por medio del diálogo como base de concertación y entendimiento;

5o.) Diálogo permanente directo o indirecto de los sujetos o sus representantes;

---

<sup>56</sup> Ob. Cit. Pág. 10.

6o.) Respeto mutuo entre los sujetos en controversia de intereses;

7o.) Cumplimiento de los parámetros de credibilidad y no-agresión mientras dure la aplicación del mecanismo alternativo que se esté utilizando;

8o.) Variedad en la propuesta de resolución para que los sujetos en conflicto tengan opciones;

9o.) Mantenimiento de las buenas relaciones comerciales futuras.

### 3.) Requisitos.

Se indicarán aquí aquellos requisitos mínimos que deben poseer los sujetos que pretendan utilizar los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos mercantiles:

1o.) Tener interés en utilizar cualesquiera de los mecanismos alternativos en lugar de acudir a los mecanismos jurisdiccionales;

2o.) En general conocer el contenido y alcances de todos los mecanismos alternativos;

3o.) En especial conocer el contenido y alcances del mecanismo alternativo que efectivamente sea funcional para el caso concreto;

4o.) Estar dispuesto a dialogar con la contraparte;

5o.) Expresar claramente sus pretensiones;

6o.) Respetar el plazo que cada mecanismo requiere para darse por agotado;

7o.) Estar dispuesto a optar por alguna de las sugerencias que arroje la propuesta de resolución del conflicto.

#### **4.) Clasificación.**

En el presente apartado haremos referencia a las distintas formas que pueden adoptar los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil.

##### **4.1.) Por su origen.**

###### **4.1.1.) Mandato legal.**

En algunas oportunidades encontraremos el origen de la necesaria aplicación de estos mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia comercial cuando lo ordena expresa o tácitamente la ley, ya sea imperativa o atributivamente. Un ejemplo de esto lo encontramos en la Ley del Mercado de Valores y Mercancías<sup>59</sup> la cual en su Artículo 69 señala que los conflictos derivados de un contrato de bolsa, entre los agentes y las partes, los agentes entre sí, o entre los agentes y las bolsas de comercio, deberán ser resueltos, salvo pacto en contrario por arbitraje de equidad. Aquí la Ley opta por el arbitraje como un mecanismo alternativo.

###### **4.1.2.) Orden judicial.**

En otras oportunidades encontraremos el origen de su necesaria

---

<sup>59</sup> Decreto 34-96 del Congreso de la República de Guatemala.



aplicación mediante una orden emanada de los órganos jurisdiccionales, previamente a la realización de una diligencia para evitar males mayores o roces personales más perjudiciales para las partes en conflicto. Un ejemplo de ello lo encontramos cuando los juzgadores en su afán de que las partes lleguen a un acuerdo suspenden una diligencia o audiencia para que los sujetos en controversia junto con sus abogados dialoguen fuera del recinto jurisdiccional por un tiempo determinado y transcurrido el mismo se continúa la diligencia. Lo que el juzgador pretende es que las partes concilien sus diferencias y lleguen a un entendido. Es usual en el ámbito familiar, civil, laboral y penal cuando se trata de delito privado. No obstante en algunos casos es obligatorio el llamamiento a una conciliación.

#### **4.1.3.) Contrato.**

En el ámbito mercantil, lo más frecuente es que encontremos el origen de estos mecanismos alternativos proveniente de contratos específicos (principales) previamente celebrados entre las partes, o como cláusula compromisoria (accesoria) de un contrato principal. Un buen ejemplo de ello lo proporciona el contrato de formación de una sociedad anónima en donde los socios acuerdan dirimir sus

controversias mediante cualquier mecanismo alternativo previamente a hacerlo mediante un órgano jurisdiccional.

#### **4.1.4.) Simple acuerdo de voluntades.**

Como el comercio es un constante movimiento de masas e intereses económicos, el tráfico mercantil es en la mayoría de ocasiones muy rápido y no permite las excesivas formalidades. Por eso encontraremos también el origen de estos mecanismos alternativos como un simple acuerdo de voluntades, es decir, que cuando de improviso resulta una controversia, las partes de manera inmediata se acuerdan informalmente someter el análisis o resolución de su diferendo entre ellos mismos o a terceros en un plazo prudencial o inclusive inmediatamente. El ejemplo de esto lo encontramos cuando las partes haciendo uso de su libre albedrío deciden de mutuo acuerdo utilizar cualquier mecanismo alternativo previamente a acudir a un órgano jurisdiccional para resolver sus diferencias.

#### **4.2.) Por las personas que intervienen.**

##### **4.2.1.) Con intervención de terceros.**

En algunas oportunidades encontraremos que el número de personas que intervienen en el mecanismo alternativo escogido para la resolución de un conflicto de intereses determinado,

independientemente de los propios sujetos en controversia es un sujeto (o varios) que como terceros intervienen a requerimiento de las partes. Esta intervención está determinada por diversidad de causas, entre las cuales podemos mencionar: la capacidad de convencimiento, la experiencia y conocimiento del asunto, la tecnificación adquirida, su profesionalismo etc. Ejemplo de ello lo tenemos en mecanismos alternativos como la conciliación, la mediación, la negociación y el arbitraje.

#### 4.2.2.) Sin intervención de terceros.

En otras oportunidades, serán las propias partes inmersas en la controversia las que de común acuerdo y haciendo uso del diálogo resolverán sus diferencias sin necesidad de que terceras personas ajenas participen en absoluto.

En este sentido recordemos lo que Aída Aisenson Kogan nos señala al respecto: "Cuando se renuncia al diálogo, ya no se establecen reglas ni compromisos y queda así abierto de par en par el amplio portón de la violencia. Es la génesis de la guerra, *ultima ratio*, donde la fuerza reemplaza a la razón."<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Ob. Cit. Pág. 8.

#### 4.3.) Por la forma que adoptan.

##### 4.3.1.) Escritos.

Los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil se presentan por escrito cuando formalmente es necesario, inclusive en algunos casos los veremos indistintamente mediante escritura pública o documentos privados con o sin legalización de firmas.

Es recomendable que cuando la naturaleza de la controversia o el monto de los intereses sea considerable, los parámetros o condiciones del mecanismo alternativo para la resolución de conflictos a escoger sea previamente convenido y que dicho compromiso obre por escrito, lo que algunos autores llaman correctamente "*reglas del juego*", porque esto permite tanto a los sujetos de la controversia, como a aquellas personas que como terceros intervengan saber a que atenerse.

Aída Aisenson Kogan nos ilustra: "Los conflictos que no pueden resolverse, pueden ser, al menos en muchas ocasiones, *regulados*. La regulación de conflictos consiste, a diferencia de la solución -o también de la disolución- que los elimina, en mantenerlos, pero con el compromiso de las partes de atenerse a las *reglas del juego*. Para esto es menester, obviamente, haber alcanzado un previo acuerdo acerca de

dichas reglas, lo cual a su vez implica el intercambio dialógico de argumentos.<sup>61</sup>

Si los sujetos involucrados conocen de antemano todos y cada uno de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos, el contenido, los alcances, sus efectos y la efectividad que eventualmente cada uno de ellos posee, entonces no existe justificación para dejar de hacerlo por escrito, y mejor aún si el texto es claro y comprensible para los sujetos, los terceros y de ejemplo para otras controversias.

#### **4.3.2.) Verbales.**

Con anterioridad hicimos referencia a que las partes en controversia pueden y deben tener un diálogo para tratar de resolver sus diferencias de una manera directa. También ese diálogo puede realizarse de manera indirecta por medio de la intervención de terceros.

La aplicación de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil en forma verbal es frecuente en aquellos casos en donde las partes o los terceros tienen la suficiente madurez, flexibilidad y respaldo moral para que los acuerdos a que lleguen directamente o los terceros designados sean cumplidos sin necesidad de que exista un formalismo documental.

---

<sup>61</sup> Ob. Cit. Pág. 8.

Así como el tráfico mercantil es rápido y urge de la eficiencia en los efectos que produce la comercialización de bienes y servicios; así de rápido y eficiente debe ser el mecanismo alternativo para resolver los conflictos comerciales que se escoja y la resolución que emane para concluirlo de buena manera. Esto se logra cuando las partes conversando directamente, con o sin la intervención de terceros equilibran su propio interés y el interés común.

## **5.) Efectos jurídicos.**

### **5.1.) Entre las partes.**

Realmente los efectos que pueda producir cualesquiera de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil son necesariamente entre las partes en controversia. Ese efecto es el hecho de que una vez un mecanismo alternativo funcione ya no existirá más diferendo entre los sujetos de intereses económicos originariamente contrapuestos y así se evitará gastos innecesarios, pérdida de recursos económicos y pérdida de tiempo, así como roces personales que dejan mayores cicatrices, pudiendo inclusive continuar con las actividades económicas entre ellos al haberse solventado el problema.

### **5.2.) Frente a terceros.**

En este punto, es bueno señalar, que los efectos frente a terceros posiblemente no sean estrictamente jurídicos, sino referenciales de mantener una buena relación

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

de comercio con los sujetos en controversia. Porque si otros comerciantes se dan cuenta de que han resuelto sus diferencias de manera pacífica y efectiva, saben que en caso de negociar con cualesquiera de ellos, previo a llegar a un conflicto judicial, agotarán previamente los recursos extrajudiciales para alcanzar un acuerdo.

### CAPITULO III

## LA CONCILIACIÓN MERCANTIL.

#### 1.) Definición.

Acudiendo a la etimología del vocablo **CONCILIATIO**, conforme el Diccionario latino-español, español- latino significa: "asociación, unión, acto de implorar la benevolencia, inclinación, adquisición".<sup>62</sup> Proviene del verbo **CONCILIAR**, y éste del latín **CONCILIO**, derivado de **CONCILIUM**: "asamblea, reunión (de con- y calo-are "convocar").

De conformidad con el Diccionario de la lengua española: "(lat. conciliare). Poner de acuerdo. Acomodar, concordar, concertar. Ganarse, granjearse, merecer."<sup>63</sup>

En el Diccionario de sinónimos y antónimos al referirse a dicho vocablo señala: "Concordar, armonizar, ajustar, concertar, reconciliar supone oposición o enemistad previa mucho mayor; p. ej. Se concilia a los litigantes de un pleito, y se reconcilia a los enemigos. Granjearse, atraerse, ganarse afectos, simpatías, votos."<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> Ob. Cit. Pág. 97.

<sup>63</sup> Ob. Cit. Pág. 256.

<sup>64</sup> Ob. Cit. Pág. 103.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Para Eduardo J. Couture es: " 1. Acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual. 2. Audiencia que, por precepto constitucional, debe realizarse con carácter preliminar a todo juicio civil o de injurias, a fin de procurar un acuerdo amigable que evite el proceso." <sup>65</sup>

Para Osvaldo Gozaini la conciliación: "supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes." <sup>66</sup>

Como referencia histórica podemos mencionar con el referido autor que: "el *Concilium* romano significaba una asamblea en general, y en particular una asamblea de la plebe. Como era en estas asambleas donde se reunía la gente para cerrar negocios, resolver diferendos, etc. , el verbo *conciliare* que originalmente significaba "asistir al concilio", tomó las diversas acepciones correspondientes a estas actividades." <sup>67</sup>

Como podemos apreciar, en cualesquiera de las conceptualizaciones que se hagan, siempre está presente la intención de la conciliación de solucionar pacíficamente la controversia que tienen las partes involucradas con intereses contrapuestos. Y como podremos apreciar más adelante, esta se puede lograr antes, durante o después de haberse iniciado un proceso.

---

<sup>65</sup> Couture, Eduardo J. "Vocabulario jurídico." Pág. 159.

<sup>66</sup> Ob. Cit. Pág. 39.

<sup>67</sup> Ob. Cit. Pág. 159.

La actividad se realiza por medio de acuerdos pacíficos rápidos (regateos o discutir con pretextos), con fundamento en conveniencias particulares de los sujetos en controversia. Algunos procesalistas como Adolfo Alvarado Velloso citado por Osvaldo Gozaíni <sup>68</sup> señalan la oposición de otros con respecto a la funcionalidad de esta institución como Bentham, para quien el interés es el cumplimiento de la justicia en toda su extensión, y la conciliación esconde un mercado de regateos.

Los tiempos cambian y las sociedades igualmente van requiriendo la instauración de nuevos mecanismos que tiendan a facilitar la solución pacífica de las controversias; y sobre todo la conveniencia de que los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos mercantiles se apliquen con efectividad. Más aún en el ámbito comercial en donde no se pueden dar el lujo de mantener asperezas sin perjudicar su propia actividad productiva.

Lo cierto es que las instituciones alternativas son nobles, loables y efectivas, y lo necesario es realizar algunos cambios en cuanto a los alcances y contenido de cada una, y sobre todo suficiente proliferación de educación, capacitación y publicidad de la forma como funcionan.

Ahora bien, realmente la **Conciliación está inspirada en la razón, en la buena fe y cultura de quienes la realizan**. Consideramos que la idea de su

---

<sup>68</sup> Ob. Cit. Pág. 39.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

implementación fue previa al proceso jurisdiccional, con elementos de profilaxis jurídica y saneadora de evitar enfrentamiento entre los sujetos en confrontación.

La finalidad de la **Conciliación** es determinar si los intereses expresados por cada una de las partes en conflicto en la exposición de sus respectivas pretensiones en la audiencia de avenimiento (composición amigable) pueden evitar un futuro proceso jurisdiccional, en cuanto a todos los puntos controvertidos, o al menos en algunos de ellos.

No podemos olvidar que para que se realice la conciliación, indispensable resulta la participación de una o varias personas que como terceros participen con buena fe, conocimiento del asunto comercial y capacidad técnica adecuada llamado **conciliador mercantil**. Sin este elemento personal la conciliación no se realiza simple y directamente entre las partes controvertidas.

En esa virtud, podemos definir la **CONCILIACIÓN MERCANTIL** como *un mecanismo alternativo consistente en un conjunto ordenado de órganos, instrumentos y medios prácticos comerciales, establecidos de tal manera que funcionan coordinados por medio de la intervención de un tercero de buena fe, capacidad y conocimiento de las pretensiones (llamado conciliador mercantil), para alcanzar una armonía, conformidad, acuerdo, convenio o avenencia entre las partes en controversia de intereses comerciales, mediante concesiones recíprocas que hace inútil el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica.*

## 2.) Naturaleza jurídica.

Indudable resulta aceptar que siempre en el ser humano ha estado presente el interés de alcanzar acuerdos que perduren y que permitan la existencia sin asperezas y esfuerzos innecesarios.

Los griegos y los romanos hacían que los conflictos se terminaran sin necesidad de acudir a juicios formales, y para tal efecto utilizaban medios de persuasión que avenían los intereses de los sujetos en controversia. La naturaleza jurídica de la conciliación mercantil es entonces evitar o resolver las controversias comerciales utilizando para ellos medios de convencimiento que eludan un juicio futuro y permitan la convivencia entre los sujetos en controversia para continuar realizando actividades en común. *La naturaleza jurídica de la conciliación mercantil es entonces eminentemente preventiva.*

## 3.) Características.

Las características que podemos extraer de la conciliación mercantil son las siguientes:

**1o.)** Es un mecanismo alternativo mercantil establecido sin contravención de la ley;

**2o.)** Para su funcionamiento posee un conjunto ordenado de órganos, instrumentos o medios prácticos comerciales al servicio de las partes que desean resolver sus diferencias sin llegar a juicio;

**3o.)** funciona por medio de la intervención de un tercero de buena fe, capacidad y conocimiento de las pretensiones (llamado conciliador mercantil);

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

4o.) El objetivo es alcanzar una armonía, conformidad, acuerdo, convenio o avenencia entre las partes en controversia de intereses comerciales;

5o.) Desarrolla razonamientos que permiten a las partes en controversia realizar concesiones recíprocas que hace inútil el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica;

6o.) Se puede realizar antes, durante y después de un proceso jurisdiccional;

7o.) La designación del conciliador lo pueden hacer las partes o preveerlo la ley.

#### 4.) Requisitos.

Los requisitos mínimos para optar por una conciliación mercantil son los siguientes:

1o.) Que exista una controversia de intereses comerciales entre dos o más sujetos de comercio;

2o.) Que los sujetos en controversia tengan interés en utilizar la conciliación en lugar de acudir a los mecanismos jurisdiccionales;

3o.) En general permitir que se les instruya sobre el contenido y alcances de la conciliación;

4o.) En especial tener la convicción de que la conciliación es el mecanismo alternativo funcional para el caso concreto;

5o.) Que los sujetos en controversia estén dispuestos expresar los puntos de contradicción en forma clara e indubitable al conciliador;

6o.) Que los sujetos en controversia expresen claramente sus pretensiones;

7o.) Fijar de mutuo acuerdo al conciliador o respetar el designado por el contrato, la ley o un órgano jurisdiccional;

8o.) Que los sujetos estén dispuestos a dialogar;

9o.) Respetar el plazo que la conciliación requiere para darse por agotada;

10o.) Estar dispuestos los sujetos en controversia a respetar lo acordado mutuamente para evitar la crisis del conflicto.

## 5.) Clasificación.

Es conveniente establecer las distintas modalidades que admite la conciliación mercantil. Hacemos referencia primariamente que puede darse antes de que se produzca el proceso jurisdiccional, durante o posterior al mismo.

### 5.1.) Preprocesal o extrajudicial.

A la conciliación preprocesal también suele llamársele **extrajudicial** ya que tiende a resolver el conflicto de intereses antes de que los sujetos acudan al mecanismo jurisdiccional.

Según Osvaldo Gozaini: "Se trata aquí de observar la actuación de fórmulas compositivas en virtud de la gestión que encaminan mediadores-conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalizados."<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Ob. Cit. Pág. 43.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Es importante hacer notar que la intervención de una tercera persona en el conflicto de intereses comerciales no le imprime a la institución un carácter jurisdiccional o judicial, ya que éste interviene por voluntad de las partes en controversia y no por voluntad del Estado (*ius imperium*) que lo determina.

La persona del conciliador no crea heterocomposición de ninguna manera, por cuanto la capacidad, el conocimiento del asunto comercial que se discute, y los buenos oficios que ejerce el conciliador al servicio de las partes en controversia para solucionar el diferendo de manera equitativa no configura, en manera alguna, proceso judicial, sino al contrario lo confirma como un procedimiento meramente voluntario cuya finalidad es procurar no solo calmar los ánimos alterados de los sujetos, sino además favorecer una posible autocomposición, ya sea unilateral o bilateral.

Al referirse a la **Autocomposición** Niceto Alcalá Zamora y Castillo dice: "Mirada desde *fuera*, es decir, desde el sitio del legislador o bien por personas desconocedoras de las interioridades del litigio, la autocomposición aparece como una expresión *altruista*, por lo mismo que se traduce en actitudes de renuncia o reconocimiento a favor del adversario: A desiste de reclamar el pago de su crédito, o B accede a satisfacer el importe de su deuda."<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Ob. Cit. Pág. 73.

Agrega el referido autor: "Mirada, por el contrario, desde *dentro*, o sea atendiendo al estado de ánimo determinante en concreto de la renuncia o del reconocimiento, los *móviles* pueden variar sobremanera e incluso faltar por completo la *espontaneidad*, que debiera ser requisito esencial de toda modalidad autocompositiva." <sup>71</sup>

En la conciliación mercantil preprocesal o extrajudicial se impone y prevalece la disposición de los interesados en resolver el diferendo sin llegar a la crisis, desgaste jurisdiccional y sobre todo con la mayor presencia de ellos como actores principales.

En todo caso, la conciliación preprocesal o extrajudicial supone sacrificios o concesiones mutuas de los sujetos en controversia. Esas concesiones no significan igualdad, sino avenencia en búsqueda de no colisionar los intereses encontrados, que es lo efectivo y útil.

Definitivamente la solución al problema planteado no depende de la actividad que haya realizado o propiciado el conciliador, sino de lo que las partes deseen.

Puede el conciliador, en algunos casos participar directamente en la resolución del diferendo, siempre y cuando las partes en conflicto de intereses comerciales lo acuerden previamente. Es necesario cuidar de esto

---

<sup>71</sup> Ob. Cit. Pág. 73.



último ya que puede variarse la calidad de conciliador y fácilmente convertirla en otro mecanismo alternativo.

Las partes en conflicto de intereses comerciales pueden admitir la participación del conciliador pero como un simple acercamiento a los intereses enfrentados, solamente con la idea de generar una alternativa más de solución pacífica.

La conciliación preprocesal o extrajudicial admite las modalidades de buenos oficios como un tercero que limita su actividad a lograr el acercamiento entre las partes conflictivas, siempre atento a la actitud de que sus observaciones no son de obligatorio seguimiento; y de mediador en cuanto a que la actividad y diligencia, cuando se le permite al conciliador, es realizar como tercero ofertas de proposiciones de arreglo que las partes controvertidas pueden o no seguir. En esta última el conciliador no decide por sí mismo, sino la solución permanece en manos de las partes en conflicto.

En el ámbito comercial internacional vamos a encontrar la conciliación mercantil como obligatoria, y en otras como facultativa. En algunos países se impone como una actividad previa a la demanda judicial. En España la conciliación era obligatoria y presupuesto de admisibilidad para las demandas, luego quedó con carácter facultativo.

Juan Montero Aroca citado por Osvaldo Gozaíni señala al respecto: "Este acto preventivo es un medio autocompositivo que se ofrece a las partes. Si logra el objetivo de acercamiento y avenencia, la solución se trasunta en el desistimiento, el allanamiento o la transacción."<sup>72</sup>

Si la conciliación mercantil se establece como obligatoria se desnaturaliza su función meramente extrajudicial y alternativa del proceso jurisdiccional, ya que se convertiría automáticamente en un obstáculo del proceso judicial, en detrimento de la actividad voluntaria que debe prevalecer en los sujetos en controversia.

Muchos le tienen desconfianza a la conciliación mercantil, otros por el contrario alientan su implementación para evitar el trámite burocrático del proceso judicial. Los organismos internacionales han encontrado en la conciliación mercantil un medio idóneo para resolver los conflictos de intereses, ya que es uno de los caminos rápidos para solucionar conflictos.

## **5.2.) Procesal o judicial.**

La conciliación en el ámbito procesal se desarrolla en una forma específica dentro de los fines del derecho procesal como lo es conciliar sin que exista ningún sacrificio de intereses.

---

<sup>72</sup> Ob. Cit. Pág. 45.

Regularmente algunos procesos judiciales luego de la admisión de la demanda establecen la conciliación previamente a que las partes en conflicto entren de lleno a realizarse dentro del proceso jurisdiccional.

Los jueces señalan una audiencia de conciliación dirigida a aminorar los ánimos alterados por la controversia, tratando de que los intereses de ambos contendientes se presenten con soluciones anticipadas a la sentencia que puede llegar a dictarse.

La conciliación procesal persigue solucionar la contienda sin continuar con el estado litigioso. Como señala Osvaldo Gozaíni al respecto: "la presencia del juez en la audiencia contrae sensibilidades distintas en el ánimo de los partícipes, no es ya puro voluntarismo el que decide la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que sin generar prejuizgamiento, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta."

73

En cuanto a la conciliación procesal o judicial coincidimos con Gozaíni en el entendido de que el juzgador puede propiciar la avenencia, y que es un acto de poder para el juzgador y de libre disposición para las partes aceptarla o no.

---

<sup>73</sup> Ob. Cit. Pág. 48.

Jaime Guasp, citado por Osvaldo Gozaini hace referencia de un proceso judicial de conciliación al decir: "se le designa con el nombre de proceso de conciliación a los procesos de cognición especiales por razones jurídico-procesales, por los que se tiende a eliminar el nacimiento de un proceso principal ulterior, también de conocimiento, mediante el intento de una avenencia o arreglo pacífico entre las partes."<sup>74</sup>

Sin embargo, creemos que dicha aseveración es un poco exagerada porque pretende formalizar como proceso de conocimiento lo que realmente podría estimarse más bien como un proceso preparatorio de un proceso principal. O inclusive como enmarcarse dentro de las llamadas diligencias preparatorias, sin constituir un verdadero proceso, mucho menos uno de cognición.

Sin embargo, por estar desarrollando la conciliación mercantil como uno de los mecanismos alternativos para resolver conflictos de carácter mercantil no profundizaremos en la procesal, únicamente concluiremos diciendo que en los procesos mercantiles es muy conveniente el establecimiento de una audiencia previa a la litis en donde se trate por parte del juzgador de avenir a los sujetos en controversia.

---

<sup>74</sup> Ob. Cit. Pág. 49.

5.3.) Formal o planificada.

Recordemos que la conciliación mercantil puede tener distintas respuestas, dependiendo de las partes que en la controversia existan. Y sobre todo no debemos olvidar que la naturaleza jurídica de la conciliación mercantil es preventiva, principalmente cuando resulta anterior al proceso judicial.

Siempre y en todo lugar el destino inexorable de la conciliación mercantil será la concertación pacífica. Y además debe estar, por su propia naturaleza jurídica, dentro de las manifestaciones extraprocesales antiformalistas.

La conciliación mercantil obtiene la autonomía **desde su objeto** porque los bienes, mercancías o servicios son de naturaleza comercial. Y la obtiene **desde los sujetos** porque para que la controversia sea mercantil basta que uno de los sujetos tenga como actividad principal de su quehacer diario dedicarse al comercio.

La **conciliación mercantil formal o planificada** la vamos a encontrar cuando las partes dentro del ejercicio de su libre albedrío al celebrar un contrato, previendo que el mismo pueda crear un conflicto de intereses en el futuro, dejan plasmada su intención de conversarlo previamente para tratar de resolverlo sin llegar a juicio, ya sea mediante la designación de un

conciliador formalmente instituido o planificado en el mismo documento contractual, o dejando su designación hasta que la desavenencia surja.

La conciliación mercantil formal o planificada hace que la comparecencia de las partes a una reunión preliminar sea con el objetivo de requerir explicaciones que estimen necesarias ambas partes, y que previamente le hicieron llegar al conciliador.

Se dice que la **conciliación mercantil es formal** porque adopta una forma determinada y esta debe ser imprescindiblemente escrita y necesariamente acorde a la voluntad que previamente han exteriorizado los contratantes. También por esas mismas razones se le llama **planificada** porque las partes contratantes previniendo la crisis de una posible controversia originaria del contrato o negocio jurídico, proyectan su existencia previa a la actividad judicial que pueda provocar.

La conciliación mercantil formal o planificada puede aparecer jurídicamente como un contrato comercial independiente y principal o como una cláusula accesoria integrante de un contrato comercial determinado. También se le conoce como **conciliación mercantil pactada o convenida**.

#### 5.4.) Informal.

Conforme el Diccionario Pequeño Larousse ilustrado el vocablo *IN* Es:  
"un prefijo privativo latino que indica supresión o negación."<sup>75</sup>

En ese orden de ideas, la **conciliación mercantil es informal** cuando sin necesidad de que se encuentre expresamente aceptada por las partes en controversia en un documento escrito previamente, ya sea como contrato comercial o como cláusula de un contrato comercial principal, los sujetos al momento de surgir la divergencia de intereses, se la plantean como posible, la aceptan y acuden a ella para evitar un juicio.

En esta conciliación no hay necesidad de planificar, esbozar o convenir por escrito, es instantánea. Hoy surge el conflicto de intereses, e inmediatamente se llama al conciliador para que los sujetos le hagan sus observaciones y pedimentos, y el conciliador establezca los puntos de referencia de como resolver los contradictorios en disputa. Luego allí mismo las partes llegan a un avenimiento y se evita un proceso jurisdiccional.

<sup>75</sup> Para muchos, posiblemente la conciliación mercantil informal sea más eficiente que la formal, porque el derecho comercial es cambiante, antiformalista y busca la eficacia. Los costos que signifiquen el tiempo para decidir son muy elevados y valiosos para desperdiciarlos en materia de comercio. Por tanto ahorrarlos o evitarlos es importante.

---

<sup>75</sup> Diccionario Pequeño Larousse ilustrado.\* Pág. 566.

Para los comerciantes muchas veces es mejor perder algo de dinero en un momento, que mucho dinero en más tiempo. La conciliación informal es inmediata y además carente de forma determinada previamente.

### **5.5.) Obligatoria.**

La **conciliación mercantil es obligatoria** para los sujetos en conflicto de intereses, cuando resulta de un mandato legal. Es decir, cuando la ley la prevé como requisito indispensable para poder proceder posteriormente a una acción judicial.

Resulta imperativo el sometimiento de las partes y su conflicto de intereses a la conciliación mercantil ya que de no hacerlo, la misma ley prevé una sanción a la falta de cumplimiento por parte de las partes con intereses diversos. Regularmente esa sanción se transforma en un impedimento para continuar con el conflicto total o parcialmente.

Si el avenimiento se realiza mediante la conciliación mercantil obligatoria, los efectos que produce son los mismos que cualquier otra conciliación mercantil extraprocésal, es decir, se evita el litigio.

La conciliación mercantil obligatoria, obliga a requerir las explicaciones que estimen necesarias los sujetos del pleito, así como determinar el objeto, mercancía o servicio en discusión.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Para muchos autores, la conciliación mercantil obligatoria contradice los propios términos y finalidades de los mecanismos alternativos, porque a ellos se acude voluntariamente y no por imperioso mandato de la ley.

Sin embargo, el avenimiento dentro de la conciliación mercantil obligatoria siempre surge de los propios sujetos en controversia y no de la ley. Lo que la ley hace es obligarlos a que se sienten a dialogar estando de por medio un conciliador para decidir su conveniencia sin llegar ante un juez para ello. Evita también el litigio futuro.

La conciliación mercantil obligatoria no es un acto procesal, ni mucho menos constituye una instancia. Simplemente es una obligatoriedad a discutir fuera del juicio y poner en claro los intereses de cada parte.

En la conciliación mercantil obligatoria se les reconoce a las partes en controversia su derecho de exteriorizar su libre manifestación de voluntad en avenirse o no. Pero lo que importa es que esa posibilidad de avenimiento previo se agote adecuadamente.

La ley no puede obligar a que las partes concilien sus intereses. En ese sentido es clara la conciliación mercantil obligatoria que respeta el ejercicio pleno de la voluntad de las partes en controversia. En algunos casos vamos también a encontrar que la conciliación no está permitida expresamente.

Al respecto Eduardo J. Couture señala: "lo que se prohíbe es la avenencia por transacción de derechos indisponibles, pero sumamente útil ante procesos posibles de desistimiento o culminación voluntaria."<sup>76</sup> Esto último es el caso de la conciliación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos mercantiles.

#### **5.6.) Facultativa o convencional.**

La **conciliación mercantil facultativa o convencional** es a nuestro parecer la más adecuada, porque si se respeta la posibilidad de que sean las partes las que acudan a pedirle auxilio a un conciliador para resolver sus diferencias de intereses voluntariamente, con mayor razón esa voluntariedad seguirá gobernando el resultado de la avenencia a la que puedan llegar.

La falta de voluntariedad de las partes en controversia, la rapidez para obtener los resultados, el bajo costo de su realización y la carencia total de formalismos hace de la conciliación mercantil un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos una posibilidad bastante considerable para que los sujetos de comercio acudan a ella sin más obstáculos que conocer a plenitud su contenido, alcances y dificultades que evita.

La desinformación de cualesquiera de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil hace que surja la

---

<sup>76</sup> Ob. Cit. Pág. 232.

desconfianza de quienes los necesitan. Como asevera Osvaldo Gozaíni: "la clave está en el conocimiento de los derechos y en las bondades evidentes que el sistema pueda mostrar."<sup>77</sup>

Vale la pena recordar en este momento aquel adagio que dice "**más vale un mal arreglo, que un buen juicio**". Pero ese adagio hace referencia tácita a un mal arreglo pero pronto, eficaz, sin asperezas. No un mal arreglo tardío que se semeja a un buen juicio porque deja pérdidas siempre.

La conciliación mercantil facultativa o convencional exige una justa composición de controversias, para beneficio de ambos contendientes; no pretende un resultado cualquiera.

En el **Entendimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (1994)**<sup>78</sup> establece en su Artículo 3 inciso 7 que "Antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente

---

<sup>77</sup> Ob. Cit. Pág. 54.

<sup>78</sup> Este entendimiento, mencionado en el Artículo 64.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) (1994) como el "Entendimiento sobre Solución de Diferencias" y denominado en adelante como el "ESD", constituye el Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, que fue concertado el 15 de abril de 1994, y entró en vigor el 1 de enero de 1995. Págs. 141 y 142.

aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. ...<sup>79</sup>

El mismo Artículo en su inciso 10 evidencia que la conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no se consideran actos contenciosos. El Artículo 5 hace referencia a **los buenos oficios, la conciliación y la mediación** como mecanismos alternativos que se inician voluntariamente por acuerdo de las partes en diferencia y que las diligencias ulteriores son confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ninguna de las partes pudiendo solicitarlas y concluir las en cualquier momento.

En Guatemala la Ley de Arbitraje<sup>80</sup> regula en sus Artículos 49 y 50 la conciliación como un mecanismo alternativo para la resolución de los conflictos relacionados con el comercio o cualquier otra índole. Sin embargo, no regula un procedimiento para su funcionamiento. Debe ampliarse su contenido.

#### **6.) Procedimiento de conciliación.**

En el presente apartado haremos referencia al procedimiento que se debe realizar para llegar a la conciliación. Sin embargo, debemos aclarar que nos referiremos específicamente a la conciliación preprocesal o extrajudicial como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil.

---

<sup>79</sup> Ob. Cit. Págs. 142 y 142.

<sup>80</sup> Decreto 67-85 del Congreso de la República, publicado en el Diario oficial el 17 de noviembre de 1985.

Para muchos autores, no importa el tiempo, el lugar ni la forma como la conciliación se vaya a intentar ya que diversidad de problemas se presentarán para los sujetos en controversia en variedad de grados de dificultad que en les impedirán concretar el primordial momento de iniciar la conciliación y más aún alcanzar su eficacia posterior.

#### **6.1.) Nombramiento de conciliadores y fijación de reglas.**

El nombramiento de conciliadores puede estar previamente establecido en el contrato en donde se pactó que las partes debían acudir a este mecanismo alternativo; o bien atendiendo a la voluntad de los sujetos en controversia convencionalmente designarlos dentro de un plazo prudencial.

Si los sujetos en controversia facultativamente no pueden hacerlo, entonces pueden inclusive nombrar un conciliador cada uno, de su confianza y credibilidad; y estos últimos designar a un tercer conciliador para que juntos, o simplemente el tercero en discordia, lleven a cabo las actividades propias de la conciliación.

Si esto último tampoco es posible, entonces habrá que solicitarle a un juez para que sea él quien designe al conciliador. Aunque esta actividad desnaturaliza el mecanismo alternativo extrajudicial para resolver el conflicto comercial.

Realmente lo aconsejable es que los sujetos en controversia escojan libremente al conciliador. Para ello es importante que tomen en cuenta la experiencia, la especialidad, la honorabilidad, la capacidad y seriedad de la persona a designar. Para contactar a la persona ideal existen muchas instituciones comerciales (como las cámaras de comercio, gremiales empresariales, entidades privadas y asociaciones comerciales) que tienen un staff de personas altamente capacitadas para cada actividad mercantil, que hace posible acudir a ellas sin ningún obstáculo.

Una vez hecho el nombramiento, es prudente  **fijar las reglas o bases** sobre las cuales se llevará a cabo la conciliación. Básicamente se deben establecer los siguientes aspectos:

**1o.)** Establecimiento de los honorarios del conciliador, y quien los paga. De preferencia que el costo sea compartido por las partes;

**2o.)** Fijación de plazo para la realización de la audiencia preliminar de conciliación;

**3o.)** Fijación de plazo para la realización de la audiencia de conciliación;

**4o.)** Indicación del lugar en donde se realizará la audiencia de conciliación;

**5o.)** Establecimiento de las personas que pueden acompañar a cada sujeto en controversia el día de la audiencia de conciliación y el objeto de esa comparecencia. Es aconsejable que las partes acudan acompañados de personas que conozcan la materia sobre la cual se va a discutir. No

necesariamente deben ser abogados. Muchas veces los abogados entorpecen la conciliación, principalmente si desconocen el asunto comercial a tratar y llevan el ánimo de contienda. Hay que mantener la idea equilibrada de restauración del problema, no de ampliación del mismo;

**6o.)** Establecimiento claro, preciso y delimitado de los intereses por cada una de las partes en controversia, con señalamiento de los alcances que cada una persigue de su pretensión, e indicación de la máxima y mínima aspiración que tiene previsto alcanzar;

**7o.)** Indicación por cada parte en controversia, de los aspectos o elementos de convicción que fortalecen su posición frente a la contraparte. Si es posible individualizando los aspectos que le favorecen y a la vez le podrían perjudicar;

**8o.)** Establecimiento de los objetivos que se persiguen con la aplicación de este mecanismo alternativo;

**9o.)** Fijación de la audiencia final;

**10o.)** En caso de que la conciliación sea efectiva, la formalización del acuerdo mediante un compromiso escrito y legal;

**11o.)** En caso de que la conciliación no sea efectiva el conciliador dejará establecido por escrito las bases de entendimiento para la búsqueda de otro mecanismo alternativo más efectivo o reanudación de la conciliación con el mismo u otro conciliador.

### 6.2.) Audiencia preliminar.

Para que la audiencia conciliatoria se celebre adecuadamente, debemos previamente intentar una **audiencia preliminar** como una actitud prudente de orientación y acercamiento de las partes en conflicto. El motivo principal de esta audiencia preliminar es quizás propiciar que las partes tengan un primer contacto libres de presiones que los intereses encontrados afloran.

La idea de esta audiencia preliminar, no es para discutir nada del conflicto, es simplemente para que ambas partes tengan la plena seguridad de que el conciliador realizará su gestión apegado a la objetividad que ellas mismas le presenten. Para presentación personal de la persona del conciliador, sus antecedentes, experiencia, etc. Puede también aprovecharse para que las partes le presenten al conciliador un bosquejo de su reclamación para que tenga una base sucinta de ello.

Esta audiencia preliminar es mejor si la realiza el conciliador juntamente con ambas partes. Si esto no es posible, la audiencia preliminar la deberá realizar con cada una de ellas por separado, pero con una pequeña agenda del mismo contenido.



### 6.3.) Planteamiento del conflicto.

Cuando las partes están en controversia, cada una de ellas tiene sus propios puntos de vista, sus propios razonamientos y los objetivos particulares de conveniencia. Como en materia mercantil se trata de resolver controversias que poseen aspectos económicos primordialmente, los intereses contrapuestos necesariamente versarán sobre cuestiones de comercio con un profundo matiz económico.

Hay que permitir que las partes hagan sus planteamientos completos, desde los más ínfimos, innecesarios e insignificantes hasta los máximos, indispensables y significativos porque todos en conjunto y cada uno de ellos en particular le permitirán al conciliador tener un panorama completo del asunto que pretende conciliar.

Si existe una diferencia de opiniones y de intereses inmersos en el problema, lo más lógico es que se les permita a las partes controvertidas hacérselo saber al conciliador, de una manera normal, antitécnica y natural; sin formalismos ni presiones, sin sujeciones ni prisas.

La base real del conciliador será precisamente la comprobación de todos y cada uno de los elementos proporcionados por las partes, para buscar y encontrar los puntos en donde hay asperezas entre ellas y disuadirlos a que vayan desapareciendo poco a poco por medio del razonamiento y el diálogo directo o indirecto.

Es preciso que a las partes por separado se les proporcione instrucción adecuada sobre la conciliación, para que al plantear el conflicto ante el conciliador no espere resultados distintos a los que este mecanismo alternativo puede alcanzar.

En el planteamiento del conflicto deben prevalecer por parte de los sujetos en controversia: ***espontaneidad, veracidad, claridad de pretensiones mínimas y máximas e intención de resolver la controversia pacíficamente.***

#### **6.4.) Alegaciones.**

Resultaría ilógico que si se ha planteado un conflicto de intereses mercantiles, las partes no pudieran hacer sus propias alegaciones de hecho y de derecho que les asisten.

Estas alegaciones, defensas o razonamientos que cada una de las partes en controversia deben realizar, es conveniente que se realicen en la primera audiencia de conciliación por escrito y verbalmente. Es imprescindible aquí que las partes se asistan de personas preparadas en el asunto a defender, aunque algunas veces resulta innecesario porque ellas mismas conocen mejor la actividad económica de donde se originó la controversia y sus pormenores.

El conciliador debe de manera ecuánime, ilustrar a las partes sobre los alcances, bondades y dificultades que tiene el conflicto si llega a causar crisis. Y sobre todo hacerles ver la informalidad del encuentro por tratarse de un mecanismo alternativo de resolución pacífica de conflictos comerciales y no un proceso judicial.

Es muy ilustrativo lo que al respecto señala Osvaldo Gozaíni: "El comportamiento de las partes no siempre se advierte con precisión de las lecturas de las alegaciones, siendo menester convenir que la intermediación consigue mejores resultados por la conexión directa con los hechos, y con las personas que le dieron vida."<sup>81</sup>

Nadie mejor que los propios sujetos de la controversia para conocer y exponer escrita y verbalmente sus puntos de vista respecto a la controversia planteada.

El contenido de las alegaciones lo ampliaremos en el apartado que sigue ya que cada alegación es parte integrante de la comunicación que debe tratarse de obtener de los sujetos en conflicto.

---

<sup>81</sup> Ob. Cit. Pág. 61.

### **6.5.) Comunicación y contestación.**

Algunos autores se inclinan porque la comunicación que lleven a cabo las partes en una controversia mercantil sea eminentemente escrita; otros por el contrario señalan que en materia comercial es innecesario lo escrito y basta con las manifestaciones verbales que hagan los interesados y la intermediación del conciliador para que se dé esa comunicación.

Creemos que es bueno que las partes presenten sus alegaciones al conciliador por escrito en forma clara, precisa y sencilla, sin formalismos de ninguna naturaleza, previamente a la primera audiencia de conciliación o al realizarse esta. Si se realiza previamente le permitirá al conciliador tener el día de la audiencia mayores elementos de juicio para avenir a las partes.

Una vez presentada su alegación por una de las partes, en igualdad de circunstancias se le permitirá a la otra hacer lo mismo. Es importante fijar el tiempo que debe utilizar para sus alegaciones cada parte en la primera audiencia de conciliación.

Al referimos al tiempo, no es precisamente una fijación imperativa, ya que para alcanzar la conciliación no existe un tiempo prudencial. Puede ser mucho o poco el tiempo a disponer. A lo que nos referimos es que el tiempo sea proporcionado a las partes en igualdad de horas y minutos. No se debe hacer preferencias de ninguna naturaleza. Las consideraciones que se tengan para una de las partes debe tenerse para la otra.

En la comunicación debe tratar el conciliador que se oigan y ambos contendientes se dirijan uno al otro dentro de un razonamiento adecuado, sin hostilidades, ameno y cordial. Prevalciendo las buenas costumbres, respeto mutuo y deferencias que el propio conciliador haya descubierto en cada uno de ellos.

Al preguntarse los conciliadores *¿a quién debe concederse el uso de la palabra primero?*, la respuesta resulta un poco incómoda. Sin embargo, creemos que una fórmula conciliadora muy efectiva es dejar que la cortesía de ambos salga a flote para observar quien de las partes le concede a la otra dar inicio a su alegación. En el entendido de que la parte que haga uso primero de su alegación tendrá el derecho de réplica, y así mismo la parte que haga uso de su alegación en segundo lugar y aluda al primer participante tendrá derecho de contraréplica, concluyendo así las alegaciones y contestación necesarias para que el conciliador se forme una idea clara del asunto que está tratando.

#### **6.6.) Período probatorio.**

Aunque parezca inconveniente que exista un período probatorio dentro de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil. Al referirnos a ello lo hacemos con la idea de que debe existir un breve momento dentro de la conciliación en el cual las partes tienen la

oportunidad de demostrarle al conciliador y a su contraparte la razón de su pretensión y demostrar las respectivas cuestiones de hecho que la respaldan.

Aquí crea un lapso de tiempo que pareciera innecesario, principalmente para aquellos autores que consideran que en la conciliación debe prevalecer la unidad de acto. Uno de ellos, Osvaldo Gozaíni al respecto señala: "La misma noción que importa el acto, obliga a sustanciarlo en sólo un acto. No es conveniente el fraccionamiento, sea ya por el principio de concentración como por la celeridad que debe impulsar todo proceso. Por ello, si las conversaciones auspician posibilidades de arreglo, sólo la disponibilidad de las partes permitirá suspender el curso normal de los actuados."<sup>62</sup>

No compartimos dicha aseveración, toda vez que muchas veces es insuficiente una sola reunión inclusive para escuchar a una de las partes en controversia, mucho menos para proveer al conciliador de los medios necesarios de convicción del asunto y poder tener un mejor acercamiento de las partes para obtener una avenencia satisfactoria para ambas.

Al referirnos a este período, lo hacemos con la entereza de que el conciliador cuente con un tiempo prudencial para examinar los documentos que se le presentan, reflexionar sobre las aseveraciones que las partes hacen y tener una mejor cosmovisión del conflicto de intereses que pretende conciliar.

---

<sup>62</sup> Ob. Cit. Pág. 60.

Aunque sea mínimo, dentro de la misma primera audiencia de conciliación, las partes deben delimitar e individualizar sus aseveraciones ante el conciliador.

#### **6.7.) Audiencia final.**

En la audiencia final, teóricamente la segunda audiencia de conciliación, el conciliador ya debe estar totalmente familiarizado con las partes en contienda y éstas con él.

Deberá haber obtenido la avenencia de las partes con conflicto de intereses para que sean directamente ellas las que con razonamientos entren en un diálogo ameno y convincente, en virtud de que él como tercero en la discordia a menguado las asperezas que tenían entre sí y ha logrado que la comunicación se reanude.

Debe el conciliador sin embargo, durante esta audiencia final, estar atento a que cualesquiera de los aspectos que crearon la distanciamiento entre las partes controversiales no resulte de esa conversación proponiendo la concretización de ese diálogo.

Cualquier intento de cualesquiera de los sujetos en controversia de regresar a retomar o tocar un aspecto ya superado deberá hacerse saber de inmediato en esta audiencia y desecharse.

La experiencia, el conocimiento, las buenas costumbres y la sutilidad del conciliador para alcanzar la resolución del conflicto con la participación directa e inmediata de los principales actores de este mecanismo alternativo son la respuesta adecuada para que funcione.

En esta audiencia no es el conciliador quien va a ser el principal actor, son las partes quienes llevarán el papel protagónico. Al conciliador solamente le corresponde ser responsable de que ese protagonismo sea adecuado, eficaz y soluble. Le corresponde al conciliador asumir la responsabilidad de que la avenencia a la que llegan los protagonistas es el producto de su trabajo.

La forma como se llegue resolver el conflicto, las concesiones, las renuncias que se hagan las partes controversiales, es responsabilidad estricta de ellos. El éxito del conciliador es que las partes por fin puedan sentarse a razonar y discutir de una manera amena y pacífica la manera de como resolverán su diferencia de intereses. El conciliador no resuelve el conflicto, simplemente hace que las partes se comuniquen.

El trabajo de hacer sugerencias, o en último caso resolver el conflicto de intereses mercantiles es materia de otros mecanismos alternativos, no de la conciliación.



### **6.8.) Resultados de la actuación conciliadora.**

Es difícil que el conciliador prevea si su actividad lo llevó a alcanzar el éxito o el fracaso de su gestión. Muchas veces las partes cuando no se identifican con el conciliador simulan un avenimiento con el único propósito de que el conciliador ya no intervenga más en el asunto.

El procedimiento de la conciliación tampoco marca el triunfo de la gestión. Puede resultar abreviado en algunos casos, y en otros largo, tedioso y fatigado.

El procedimiento que se utiliza en este mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil es el menos formalista que existe y el más rápido. A veces no requiere ni siquiera de un solo documento, todo es verbal.

La eficacia de la conciliación no se mide tomando como base el que se haya terminado el conflicto de intereses existente. Los resultados de la actuación del conciliador se califican tomando en cuenta principalmente el hecho de que las partes puedan llegar a la mesa de conciliación a discutir razonablemente sus diferencias.

La culminación de la conciliación como el mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil más simple que hay se pondera al concluir porque lo que puede arrojar como resultado es como

acertadamente afirma Osvaldo Gozaíni: "a) con la firma de un acta que contiene el acuerdo logrado, especificando con claridad las obligaciones a cargo de cada uno; b) con la suscripción de un acta en la cual las partes que hayan asistido y el conciliador deja constancia de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo conciliatorio." <sup>83</sup>

La suscripción de un documento que contenga cualesquiera de las dos cosas indicadas por el referido autor, por parte de los sujetos en conflicto: avenirse o tener conciencia de que se dialogó sin alcanzar un acuerdo conciliatorio pueden tenerse como resultados satisfactorios para este mecanismo alternativo en materia comercial.

#### **6.9.) Efectos del acto conciliatorio.**

Conforme a los resultados antes enunciados que se hayan obtenido con la práctica de la conciliación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil, es factible que podamos dividir las posibilidades de los efectos que produce este mecanismo alternativo como lo plantea Osvaldo Gozaíni: "En primer término corresponde atender qué efectos cursa la conciliación cuando se frustra el objetivo tentado; y en segundo lugar, cuáles son las consecuencias que surgen si hubo avenimiento." <sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Ob. Cit. Pág. 67.

<sup>84</sup> Ob. Cit. Pág. 61.

En cuanto al primer efecto, o sea *cuando se frustra el objetivo tentado o provocado*, no podemos restarle méritos a la posibilidad de tratar por medio de la conciliación de resolver un conflicto de intereses mercantiles. Por lo menos habremos obtenido una concretización de las partes en cuanto a las pretensiones que tiene cada una y los alcances que persiguen con las mismas.

Además, las partes en controversia realizaron la delimitación de las concesiones que estén dispuestos a dar y los puntos sobre los cuales no hay cambio alguno. Pero sobre todo, el hecho de que razonablemente dialoguen y conozcan mutuamente las probables alternativas de resolución previamente a llegar a un proceso jurisdiccional, es un efecto conciliatorio positivo.

Aquí podemos mencionar que la conciliación puede delimitar aún más la controversia, fijar de mejor manera los intereses en discusión, agregar al conflicto otros elementos que no fueron analizados y atendidos al momento de plantear la conciliación, con mayor claridad y persuasión.

Ahora bien, si la consecuencia de la conciliación, y los efectos que produce este mecanismo alternativo es la avenencia entre las partes en controversia, bastará con la elaboración de un documento que plasme la voluntad de los sujetos encuadrado de manera indubitable y lícita dando por concluido el diferendo de intereses.

**6.10.) Naturaleza jurídica del acuerdo y formalización.**

Como no participa ningún órgano jurisdiccional, ni el procedimiento de conciliación está lleno de formalidades, todas las actuaciones son eminentemente de carácter privado, preprocesal o prejudicial y no necesitan que antes, durante, o después de realizado este mecanismo alternativo, se formalice el mismo con solemnidades.

Los avenimientos conciliatorios basta con que consten por escrito, y no necesariamente que exista un aval de respaldo notarial para que sea efectivo y valedero entre las partes que intervinieron.

Por eso es que el acto conciliatorio es una entrega de confianzas mutuas, en donde la razón por medio del diálogo abierto e interesado en evitar un proceso judicial futuro, hacen que las mismas partes continúen con sus relaciones comerciales mutuas.

**6.11.) Métodos de conciliación.**

Hay diversidad de métodos para llegar a una conciliación, todo depende del ingenio del conciliador, sin embargo, en materia mercantil es prudente aplicar el **Reglamento de Conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional<sup>85</sup>**, el cual se puede aplicar en caso de controversias que se deriven de una relación contractual u otro tipo

---

<sup>85</sup> Resolución 35/52, Aprobada por la Asamblea General del 4 de diciembre de 1980.

de relación jurídica, o se vinculen con ella, cuando las partes que procuren llegar a una solución amistosa de su diferendo decidan aplicarlo.

Este reglamento de conciliación de la CNUDMI básicamente contiene: su aplicación, procedimiento, número de conciliadores, designación, presentación de documentos, representación y asesoramiento, función del conciliador, asistencia administrativa, comunicaciones entre el conciliador y las partes, revelación de información, colaboración de las partes con el conciliador, sugerencias de las partes para la transacción de la controversia, acuerdo de transacción, confidencialidad, conclusión del procedimiento conciliatorio, función del conciliador en otros procedimientos, admisibilidad de pruebas en otros procedimientos y modelo de cláusula de conciliación.

Los honorarios del conciliador regularmente son pactados por las partes, sin embargo, regularmente se rigen por un arancel establecido previamente en el reglamento del Centro para quien trabajan, o se aplican tasas porcentuales sobre el monto del conflicto en donde intervienen.

#### **6.12.) El perfil del conciliador.**

Aquí algunos de los aspectos que debemos tomar en cuenta para desentrañar el perfil o silueta del conciliador:

a) En general debe ser una persona preparada técnicamente sobre todos los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil;

b) Específicamente debe conocer la conciliación mercantil;

c) Tener una cultura general adecuada;

d) Estar plenamente convencido de que los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil son el mejor camino para alcanzar una justicia comercial de paz;

e) Tener capacidad de escuchar los problemas que genera el comercio y los comerciantes como sus principales actores;

f) En general conocer todas las instituciones de derecho mercantil;

g) En especial tener experiencia en el negocio comercial que generó el conflicto que pretende conciliar;

h) No forzar a las partes en controversia al diálogo;

i) No influir en la decisión de las partes en conflicto, sino hacerles conciencia de que solamente ellas con sus decisiones pueden hacerlo;

j) Encontrarle a cada una de las partes en conflicto, el punto que hace nacer la discrepancia de sus intereses comunes, y tratar de que tomen conciencia de ello;

k) Ser elocuente, convincente y muy activo.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

## CAPITULO IV

### LA MEDIACIÓN MERCANTIL.

#### 1.) Definición.

Acudiendo a la etimología del vocablo **MEDIATIO**, **ONEM**, conforme el Diccionario latino-español, español- latino significa: "Intercesor, mediador".<sup>86</sup> Proviene del verbo **MEDIAR** que conforme al Diccionario de la Real Academia Española significa: "Llegar a la mitad de una cosa. Estar en medio. Interponerse. Interceder"<sup>87</sup> y éste del latín **INTERCESSIO**, derivado de **INTERCEDO -CESSI -CESSUM**, "interponerse, mediar, estar situado en medio (preposición de acción **INTER**, entre en medio de, durante, mientras"<sup>88</sup>.

De conformidad con el Diccionario de la lengua española: "(lat. intercessionis). Acción de intervenir. Tomar parte en un asunto. Mediar, interponer uno su autoridad."<sup>89</sup>

En el Diccionario de sinónimos y antónimos al referirse al vocablo **INTERVENIR** señala: "Tomar parte, mezclarse. Interponerse, mediar, traer entre

---

<sup>86</sup> Ob. Cit. Pág. 295.

<sup>87</sup> Ob. Cit. Pág. 670.

<sup>88</sup> Ob. Cit. Págs. 255 y 256.

<sup>89</sup> Ob. Cit. Pág. 588.



manos. Inspeccionar, fiscalizar."<sup>90</sup> En el mismo diccionario al referirse al vocablo **MEDIAR** señala: "Intervenir, interceder, terciar, meter el montante, estar de por medio. Interponerse. Ocurrir, sobrevenir, presentarse, entremediar."<sup>91</sup>

Al referirse al vocablo **MEDIACIÓN** el Diccionario de Derecho Privado indica: "Llámase mediación. en general, la acción y el efecto de mediar, o sea, intervenir o tomar parte en algún acto o contrato. También se llama mediación la intervención de una tercera persona entre dos que se hallan enemistadas. Tiene gran importancia en el derecho internacional público como en el derecho mercantil."<sup>92</sup>

Para Osvaldo Gozaíni **MEDIAR** es: "interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad."<sup>93</sup>

Elena Sparvieri al definir **LA MEDIACIÓN** como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos nos dice: "La mediación es un proceso no adversarial de resolución de conflictos, mientras que el juicio es un proceso adversarial de resolución de conflictos."<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Ob. Cit. Pág. 223.

<sup>91</sup> Ob. Cit. Pág. 248.

<sup>92</sup> "Diccionario de Derecho Privado". Tomo II. Pág. 2,636.

<sup>93</sup> Gozaíni, Osvaldo A. "Mediación y reforma procesal". Pág. 10.

<sup>94</sup> Sparvieri, Elena. "Principios y técnicas de mediación. Un método de resolución de conflictos." Pág. 15.

Agrega la referida autora que: "Esto significa que, si bien en el juicio uno gana y otro pierde, en la mediación todos pueden ganar."<sup>95</sup>

Otros autores como Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, caracterizan a la mediación como: "Un proceso voluntario, participativo, flexible y confidencial de resolución de conflictos."<sup>96</sup>

Sin embargo, otros autores como Jay Folberg y Alison Taylor al referirse a la mediación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos señalan que: "La historia de la mediación únicamente comienza a definir lo que ésta es. Numerosas interrogantes acerca de la mediación se aclaran al comprender que mediante el entendimiento de lo que es y lo que no es mediación".<sup>97</sup>

Agregan los referidos autores: "La práctica de la mediación comprende un campo tan extenso que no permite una definición estricta. Los detalles específicos de la mediación dependen de qué es lo que está sometándose a mediación, las partes en desavenencias, quién está llevando a cabo la mediación, y el medio en el cual se ofrece la mediación. La mediación es, por principio y sobre todo, un **PROCESO** que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver".<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Ob. Cit. Pág. 15.

<sup>96</sup> Gottheil, Julio. Schiffrin, Adriana. "Mediación: una transformación en la cultura." Pág. 15.

<sup>97</sup> Ob. Cit. Pág. 26.

<sup>98</sup> Ob. Cit. Pág. 27.

Jay Folberg y Alison Taylor afirman con certeza que: "La mediación es una alternativa a la violencia, la auto-ayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje".<sup>99</sup>

Al definir **LA MEDIACIÓN** como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos Folberg y Taylor nos dicen: "Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes."<sup>100</sup>

Como referencia histórica puede mencionar que la mediación es de origen eminentemente oriental. En la China antigua, la mediación constituía el principal procedimiento para resolver las desavenencias entre dos sujetos en conflicto.

Según Confucio, citado por Jay Folberg y Alison Taylor: "La resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción. Confucio hablaba de la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse. La auto-ayuda unilateral y la

---

<sup>99</sup> Ob. Cit. Pág. 27.  
<sup>100</sup> *Ibidem*.

intervención de un adversario ponen fin a una relación armoniosa, y por lo tanto serían la antítesis de la paz y la comprensión, que constituyen la esencia del pensamiento".<sup>101</sup>

La mediación tiene una rica historia en las costumbres y leyes orientales, principalmente en China y Japón. En la República Popular de China hasta la fecha se ejerce la mediación en gran escala a través de los llamados Comités Populares de Conciliación. Dentro del sistema legal chino y japonés se le da una gran importancia a la autodeterminación en todo tipo de desavenencia.

Siempre, en cualquier momento y en todo lugar, en los pueblos orientales se esperaba que los jefes o líderes de las comunidades o poblaciones estaba dispuesto a ayudar a los miembros de su comunidad a resolver sus desacuerdos y desavenencias personales, comerciales o familiares. Inclusive existe la evidencia de que los tribunales japoneses de mediación fueron legalmente constituidos antes de la Segunda Guerra Mundial.

Es muy frecuente que los autores al mencionar los mecanismos judiciales y no judiciales para la resolución de conflictos de carácter económico indiquen la poca existencia de abogados en los países orientales. Y que se acude a los tribunales de justicia formal y estatal hasta cuando se han agotado por completo todos y cada uno de los mecanismos alternativos existentes.

---

<sup>101</sup> Ob. Cit. Pág. 21.

Elena Sparvieri señala que: "El oriental no bloquea la energía del otro, como pasa en un juicio donde cada uno defiende su posición. Más bien, aprovecha la energía del otro para conseguir lo que quiere. Esta inclusión del otro en el proyecto, este tener en cuenta las necesidades del otro para satisfacer las propias, tiene que ver con el estilo de la negociación. Los orientales se sumergen en la experiencia para comprender, viven el proceso. Nosotros observamos, tomamos distancia para entender."<sup>102</sup>

Agrega Elena Sparvieri: "Para los orientales pasar del sí al no, y viceversa, no presentan ningún problema. Para los orientales es tan común como el día que se transforma en la noche y la noche en el día. En cambio para nosotros, los occidentales, decir que sí y luego que no, significa retractarnos, contradecirnos, y esto lo evitamos por miedo a quedar mal. Este es uno de los problemas con el que se enfrentan los mediadores."<sup>103</sup>

Los países orientales le han presentado una serie de barreras al litigio formal que automáticamente hay muchísimas más personas que se dedican a actividades ornamentales que abogados. La preferencia de las personas a los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos de carácter económico es mayor que lo aplican con preferencia a las barreras formales procesales de un juicio formal, por su bajo costo, la celeridad en la resolución y el mantenimiento de las relaciones entre las partes controvertidas.

---

<sup>102</sup> Ob. Cit. Pág. 16.  
<sup>103</sup> *Ibidem*.

Algunos autores como Jay Folberg y Alison Taylor señalan que: "En algunas partes de África, la costumbre de reunir una asamblea, o junta de vecindario, ha constituido durante largo tiempo un mecanismo informal para la resolución de una serie de desavenencias interpersonales. Cualquier contendiente o vecino puede convocar a una asamblea donde una personalidad respetada, o "autoridad" actúa como mediador para ayudar a las personas interesadas a resolver su conflicto de una manera cooperativa. El papel de este personaje y la tradición de la asamblea varían de una comunidad a otra, pero todas ellas parecen buscar la conciliación sin un juez, árbitro o el uso de sanciones."<sup>104</sup>

Desde sus orígenes las familias patriarcales y matriarcales han proporcionado de una u otra manera modelos para que sus miembros puedan resolver sus controversias en forma pacífica. Si hacemos una remembranza, podremos recordar que la llamada *familia nuclear* (padre, madre e hijos) reemplazó a la *familia extensa* (padre, madre, hijos, tíos, abuelos, primos etc.) y con ello la pérdida de la resolución interna de las controversias y la necesidad de acudir a mecanismos formales para que las desavenencias terminaran.

La participación de la Iglesia en la resolución de los conflictos también ha sido destacada. Al respecto Jay Folberg y Alison Taylor señalan inclusive algunos pasajes bíblicos en donde la mediación está presente para reorganizar sus relaciones al decir: "Existe una rica tradición en el Nuevo Testamento que proviene del reconocimiento que Pablo se dirigió a la congregación en Corinto, pidiéndoles

---

<sup>104</sup> Ob. Cit. Pág. 22.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

que no resolvieran sus desavenencias en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para conciliarlas (1 Corintio 6: 1-4). La mediación es congruente con, y no es parte central de los valores bíblicos del perdón, la reconciliación y la comunidad. Existen tanto bases bíblicas como aprobación para aquellos mediadores capaces de propiciar la coexistencia pacífica: "Benditos los pacificadores, porque ellos serán llamados hijos de Dios" (Mateo, 5:9).<sup>105</sup>

Todos los grupos religiosos o no, étnicos y culturales han establecido informalmente durante su desarrollo mecanismos alternativos para la resolución de sus propios conflictos, tratando de evitar la intervención gubernamental en sus propios valores.

En materia mercantil, ya los mercaderes fenicios, comerciantes, navegantes sentían la necesidad de resolver sus dificultades o controversias económicas sin la intervención de un aparato estatal que les imponía su voluntad externa.

Una forma muy adecuada de mantener la independencia comercial era precisamente resolviendo sus diferencias con la asistencia de terceras personas ajenas al conflicto, capaces, conocedoras del comercio y respetadas, así como el establecimiento de normas que les impedían las terceras personas conceder o decidir directamente.

---

<sup>105</sup> Ob. Cit. Pág. 22.

Los autores coinciden que toda esa tradición y riqueza de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos que los orientales cultivaron desde muchos años atrás fue establecida por los inmigrantes chinos en los Estados Unidos. Aunque otros opinan que la mediación existe en Estados Unidos desde 1636, no es sino hasta el establecimiento del Chinese Benevolent Association en donde las desavenencias entre la comunidad y la familia se resuelven internamente.

En 1920 la comunidad judía establece su foro de mediación al crear el Jewish Conciliation Board en la ciudad de New York. Luego las desavenencias laborales en los Estados Unidos de la década de 1960, los excesivos conflictos familiares y personales, unido a las desavenencias de los intereses económicos, políticos y sociales entre los países de la comunidad internacional, hacen que se tenga un mayor interés y desarrollo en los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos.

Son variados los problemas que los Estados Unidos enfrentan interna y externamente se incrementan considerablemente con el uso exagerado de litigios, los retrasos alarmantes de las resoluciones judiciales, los excesos de formalidades, la burocracia asfixiante dieron como resultado que el acceso a la justicia formal fuera negativa.

Debido a los excesos en la celeridad de la justicia formal de los Estados Unidos, diversos organismos inician la carrera de crear nuevas entidades que



alternativamente al proceso formal burocrático intentarían resolver las controversias.

En 1964 la Civil Rights Act fundó el Community Relations Service en el U. S. Department of Justice para coadyuvar a la resolución de desavenencias raciales y de la comunidad. El Federal Mediation and Conciliation Service (FMCS) establecido en 1947 resuelve controversias laborales e industriales, y este mismo ente en 1978 ofrece sus conocimientos y experiencia para resolver los conflictos no laborales.

La American Arbitration Association (AAA) inicia la capacitación para aplicar la conciliación, la mediación y el arbitraje en asuntos comerciales, comunitarios y domésticos. Luego profesionales egresados de la FMCS y la AAA crean la Society of Professionals In Dispute Resolutions (SPIDR) que ya incluyen todo tipo de controversias.

La American Bar Association (ABA) (Barra Americana de Abogados por sus siglas en inglés) forma comités específicos de mecanismos alternativos para la resolución de conflictos. En 1976 la ABA establece el Special Committee on Alternative Means of Dispute Resolutions.

La mediación se conoce mucho mayor al surgir la Family Mediation Association y la Academy of Family Mediators.

Hasta 1980 durante la presidencia de Jimmy Carter el Congreso de los Estados Unidos de América le proporciona una mayor respuesta al interés nacional e internacional de la utilización de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos y aprueba la Dispute Resolution Act, que instó la creación de programas para la resolución de conflictos bajo la administración del Justice Department (Departamento de Justicia), y aunque fue un éxito la obtención de dicha acta, nunca han habido recursos económicos para su funcionamiento.

Muchas personas han puesto todo su empeño, capacidad intelectual y creadora para que los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos puedan desarrollarse y técnicamente funcionen. Podemos mencionar a numerosos autores y estudiosos en distintos ambientes. Sin embargo basta con indicar que todos y cada uno de ellos han enriquecido los conocimientos de quienes se interesan por la resolución de conflictos sin litigio.

Antropólogos como Laura Nader y PH. Gulliver; estudiosos como Richard Abel; Abogados como Lon Fuller, Frank Sander, Roger Fisher, todos ellos egresados de la Harvard Law School han contribuido grandemente en la divulgación y preparación técnica de personas e instituciones para el desarrollo y aplicación de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos sin juicio.

Robert Mnookin y Lewis Kornhauser; David Trubek, Marck Galanter y Steward Macaulay; O.J. Coogler, Howaard Irving, John Haynes y Morton Deustch,

entre muchos son quienes con su análisis y profundidad han influido en el desenvolvimiento de la mediación.

Abraham Lincoln en 1850 escribió: ***“Convence a tus vecinos de que negocien, todas las veces que te sea posible. Hazles notar cuán a menudo el ganador nominal es perdedor, en honorarios, gastos y energías”***. Con lo anterior, lo que el presidente de los Estados Unidos de América indica es que el mediador debe tratar de convencer todas las veces que le sea posible a las partes en conflicto de que resuelvan su controversia directamente entre ellos no una sino las veces que sea necesario; principalmente haciéndoles ver que perderán tiempo, esfuerzo, dinero y la oportunidad de continuar de buena armonía su propia relación personal si persisten en alimentar la contienda.

La mediación como uno de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos ha demostrado en la experiencia acumulada, que los acuerdos a los que llegan las partes de manera voluntaria se cumplen en un porcentaje más alto que las órdenes judiciales, y que muchas veces hacen necesaria la ejecución de manera coercitiva y forzosa.

Como podemos apreciar, en cualesquiera de las conceptualizaciones que se hagan, siempre está presente la intención de la mediación de solucionar pacíficamente la controversia que tienen las partes involucradas con intereses contrapuestos.

Ahora bien, la **MEDIACIÓN** está inspirada en la razón, en la buena fe y cultura de quienes la realizan. Consideramos que la idea de su implementación fue posterior al proceso jurisdiccional, con elementos de profilaxis jurídica y saneadora de evitar enfrentamiento entre los sujetos en desavenencia de intereses.

La finalidad de la **MEDIACIÓN** es que cada uno de los sujetos controvertidos exprese sus pretensiones en la audiencia de avenimiento pudiendo evitar un futuro proceso jurisdiccional, en cuanto a todos los puntos controvertidos, o al menos en algunos de ellos.

No podemos olvidar que para que se realice la mediación, indispensable resulta la participación de una o varias personas que como terceros participen con buena fe, conocimiento del asunto comercial y capacidad técnica adecuada llamado **MEDIADOR MERCANTIL**. Sin este elemento personal la mediación no se realiza simple y directamente entre las partes controvertidas.

En esa virtud, con los antecedentes históricos referidos y las definiciones que nos proporcionan los diversos autores podemos definir la **MEDIACIÓN MERCANTIL** como **un mecanismo alternativo voluntario, participativo, flexible, confidencial, no adversarial consistente en un conjunto ordenado de órganos, instrumentos y medios prácticos comerciales, establecidos de tal manera que funcionan coordinados que mediante la participación de los sujetos en controversia y con la asistencia de una persona neutral de buena fe, capacidad, responsabilidad y conocimiento de las pretensiones (llamado**

mediador mercantil), aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades para alcanzar con armonía y conformidad un convenio o avenencia mediante concesiones recíprocas que hacen inútil el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica.

## 2.) Naturaleza jurídica.

Los chinos y los japoneses hacían que los conflictos se terminaran sin necesidad de acudir a juicios formales, y para tal efecto utilizaban medios de convencimiento que hacían a las partes participar directamente en la resolución del conflicto de intereses.

Para Elena Sparvieri al referirse a ello señala: "Por otro lado, la creciente concientización de los derechos civiles, de los derechos del consumidor, del papel cambiante de la mujer en la sociedad, así como de la amenaza a la paz, en nivel internacional, trajeron aparejada una mayor frustración e intolerancia ante la injusticia del sistema judicial formal, y de los gastos y lentitud de los trámites que implica. La mediación nace entonces como una respuesta a esta insatisfacción generalizada ante la forma adversarial de resolución de conflictos."<sup>106</sup>

---

<sup>106</sup> Ob. Cit. Pág. 20.

Tanto los fundamentos para que la mediación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de intereses en materia mercantil, como los efectos del o los convenios derivados de ella son prometedores al momento de comparársele con el proceso judicial como modelo formal de resolver las controversias.

La mediación instruye a los participantes en cuanto a que las necesidades de ambos sean satisfechas adecuadamente, ofreciéndoles un modelo personalizado para conciliar sus desavenencias presentes y evitar las desavenencias futuras entre ellos.

La mediación puede, en un momento determinado, ayudarlos a aprender la forma más adecuada de trabajar juntos luego del conflicto, aislando los problemas que requieren decisiones y darse cuenta de que con su participación y cooperación como contendientes pueden obtener beneficios.

Intrínsecamente la mediación ofrece muchas ventajas porque no está sujeta las reglas procesales del derecho formal sustantivo y adjetivo, ni a los principios que dominan el conflicto judicial. La autoridad máxima y final de la mediación es en suma la voluntad de los propios sujetos en controversia ya que son los propios sujetos quienes pueden realizar una solución adecuada a sus propios intereses controvertidos sin estar sujetos a formalismos, y mucho menos con preocupación de los casos precedentes sobre el mismo asunto, y peor aún de que estén creando precedentes para casos futuros.

La naturaleza jurídica de la mediación mercantil es un procedimiento voluntario y de corto plazo, con la confianza y seriedad de las partes en conflicto de intereses que están involucradas y que con la ayuda de un mediador mercantil estudian una variedad de sus necesidades, intereses y de cualquier otro elemento de convicción que les permita, sin regla alguna sustantiva de derecho establecen una solución práctica que satisfaga sus necesidades mutuas.

La disminución de las contrariedades incentivando la comunicación directa entre los sujetos en controversia a través del mecanismo alternativo de mediación, beneficia en el futuro la aceptación de un acuerdo que sea acorde a las exigencias de ambos contendientes. Hace que se reduzcan de manera sencilla y natural las posibilidades de que un juicio formal y legal surja o bien se acrecente más allá de este o cualesquiera de los mecanismos alternativos existentes.

Los autores Jay Folberg y Alison Taylor señalan al respecto: "La mediación tiende a diluir las hostilidades al promover la cooperación a través de un proceso estructurado. Por el contrario, el litigio tiende a centrar las hostilidades y a hacer que la ira de los contendientes se intensifique hacia posiciones rígidamente polarizadas. El proceso jurisdiccional con su dependencia de los abogados como representantes de sus clientes, tiende a negar a las partes la oportunidad de asumir el control de su propia situación, y fortalece su dependencia en la autoridad externa. La autoestima y el sentido de competencia que surgen a través del proceso de mediación constituyen derivados importantes que contribuyen a proporcionar

autodirección y debilitan la necesidad de los participantes de continuar peleando".<sup>107</sup>

Entonces, son varios los aspectos importantes que incluye la mediación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de intereses: la disminución de las hostilidades, la participación directa de los contendientes, la resolución emana directamente de las partes en controversia, reducción de costos, eliminación de formalismos innecesarios, fortalecimiento de autoestima y autoridad propia, independencia de decisión y debilitamiento de un futuro litigio jurisdiccional.

La mediación como mecanismo alternativo mercantil proporciona a los que en ella participan, no sólo un plan futuro de avenencia y armonía comercial, sino también un sentido de satisfacción por el conocimiento de ese mecanismo alternativo y otros que al igual tratan de resolver las dificultades que el comercio genera.

La mediación se adapta idealmente a las desavenencias mercantiles: constituye una búsqueda de equilibrio de poder en las formas no coercitivas, que conduce al acomodamiento por parte de los sujetos en controversia, de sus intereses hasta llegar al convenio.

---

<sup>107</sup> Ob. Cit. Pág. 29.



Cuando las partes se encuentran en la tercera fase del conflicto de intereses, a la que hace referencia Rummel, citado por Jay Folberg y Alison Taylor<sup>108</sup>, es decir, en la búsqueda de equilibrio de poder en las formas no coercitivas que conduce a ajustes y desembocan en un acuerdo, entonces, estos autores señalan que la mediación puede utilizarse en dos momentos distintos: "Es posible iniciarlo después de que un acontecimiento desencadenante o acción ha impulsado al conflicto hacia el terreno de la manifestación. O Bien, puede instituirse cuando las personas participantes están conscientes de una estructura de conflicto o de una situación de conflicto, desviando el avance de ascenso usual, y eliminando la incertidumbre y la necesidad subsecuente de una conducta de conflicto manifiesto como amenazas, negación de derecho, o violencia física. De hecho el proceso de mediación puede utilizarse para evitar que surja una conducta de conflicto manifiesto."<sup>109</sup>

La naturaleza jurídica de la mediación mercantil es entonces el ánimo de interceder por alguien para evitar o resolver las controversias comerciales, utilizando para ello medios de convencimiento que eludan un juicio futuro y permitan la convivencia entre los sujetos en controversia a través de la búsqueda de respuestas a intereses equidistantes y equilibrados en donde no existan culpables ni derechos sacrificados y para continuar realizando actividades en común.

---

<sup>108</sup> Ob. Cit. Pág. 40.

<sup>109</sup> Ob. Cit. Pág. 41.

La frustración e intolerancia de la falta de aplicación de la justicia mercantil por desconocimiento de la materia, el exceso de burocracia judicial, el exceso de formalismos, los gastos y la lentitud del procedimiento hacen que nazca la mediación como una respuesta a la insatisfacción generalizada de naciones, comerciantes y consumidores.

La naturaleza jurídica de la conciliación mercantil es entonces eminentemente no adversarial, sino de reconciliación, unión y amistad para recuperar o mantener una armonía en el ejercicio del comercio.

### **3.) Características.**

Las características que podemos extraer de la mediación mercantil son las siguientes:

1o.) Es un mecanismo alternativo mercantil eminentemente voluntario, establecido sin contravención de la ley. La voluntariedad se manifiesta en cuanto a que son las partes en conflicto de intereses quienes deciden si quieren o no resolver sus diferencias mediante un mecanismo alternativo de mediación;

2o.) Es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos no controversial, ya que para su funcionamiento posee un conjunto ordenado de órganos, instrumentos o medios prácticos comerciales al servicio de las partes que desean resolver sus diferencias sin llegar a juicio;

3o.) Es participativo porque funciona por medio de la intervención de un tercero de buena fe, capacidad y conocimiento de las pretensiones (llamado

conciliador mercantil), así como con la participación directa de los sujetos en conflicto;

4o.) Es flexible porque siempre que en la mediación se respeten los principios fundamentales vinculados a la voluntariedad de las partes y la capacidad y conocimiento del mediador, las reglas de procedimiento se pueden aplicar con absoluta libertad. Existe para algunos autores un "patrón" mínimo que debe respetarse y no dejar de lado, momentos o etapas que permiten a las partes y al mediador aumentar las posibilidades de llegar a acuerdos, pero la organización del tiempo, el lugar, y los temas a tratar, logran de alguna manera configurar un mecanismo a la medida de las necesidades de las partes en un momento determinado que no les permite apartarse del objetivo a alcanzar;

5o.) El objetivo de la mediación es alcanzar una armonía, conformidad, acuerdo, convenio o avenencia entre las partes en controversia de intereses comerciales;

6o.) Es un mecanismo alternativo comercial confidencial, ya que uno de los objetivos principales es detectar los intereses de las partes y cualquier otro escollo que exista para poder llegar al acuerdo. Desarrolla razonamientos que permiten a las partes en controversia realizar concesiones recíprocas que hace inútil el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica, sin que alguna de las partes puede divulgarlo en su propio beneficio una vez concluida la mediación;

7o.) Se puede realizar antes, durante y después de un proceso jurisdiccional;

8o.) La designación del mediador lo puede hacer las partes o preveerlo la ley;

9o.) El poder del mediador sobre las partes es nulo, no tiene *imperium* alguno para poder imponer soluciones. Las partes están allí porque así lo han decidido al expresar su libre manifestación de voluntad, en ejercicio de su libre albedrío;

10o.) Aísla sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades de los sujetos de la controversia;

11o.) Su objetivo es alcanzar con armonía y conformidad un convenio o avenencia entre las partes mediante concesiones recíprocas que hace inútil el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica;

12o.) Deja abiertas las posibilidades que los contendientes continúen con la relación comercial erosionada o reanuden la que creó el conflicto.

#### 4.) Requisitos.

Los requisitos mínimos para optar por una mediación mercantil son:

1o.) Que exista una controversia de intereses comerciales entre dos o más sujetos de comercio;

2o.) Que los sujetos en controversia tengan interés en utilizar la mediación en lugar de acudir a los mecanismos jurisdiccionales;

3o.) En general permitir que se les instruya sobre el contenido y alcances de la mediación;

4o.) Que permitan la participación de un mediador mercantil como sujeto tercero conocedor del asunto, idóneo, confiable, y responsable, quien actuará con

ecuanimidad y quien los ayudará a avenirse y converger sus intereses sin influir en sus decisiones;

**5o.)** En especial tener la convicción de que la mediación es el mecanismo alternativo funcional para el caso concreto;

**6o.)** Que los sujetos en controversia estén dispuestos expresar los puntos de contradicción en forma clara e indubitable al mediador, individualmente por separado o conjuntamente;

**7o.)** Que los sujetos en controversia expresen claramente sus pretensiones;

**8o.)** Fijar de mutuo acuerdo al mediador o respetar el designado por el contrato, la ley o un órgano jurisdiccional;

**9o.)** Que los sujetos estén dispuestos a dialogar entre sí y con el mediador por separado o conjuntamente;

**10o)** respetar el plazo que la mediación requiere para darse por agotada;

**11o.)** Estar los sujetos en conflicto dispuestos a decidir por ellos mismos la forma adecuada de resolver el diferendo, haciéndose mutuas concesiones;

**12o.)** Estar dispuestos los sujetos en controversia a respetar lo acordado mutuamente para evitar la crisis del conflicto;

**13o.)** Estar dispuestos los sujetos en controversia a respetar lo manifestado en las sesiones de mediación y mantener el deber de secretividad de las conversaciones y acuerdos;

**14o.)** Estar dispuestos los sujetos en controversia a no utilizar en ningún proceso judicial u otro mecanismo alternativo, cualesquiera de las manifestaciones y acuerdos hechos durante la mediación y después de ella.

## 5.) Objetivos.

En cuanto a los objetivos que persigue la mediación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil, Osvaldo A. Gozaíni manifiesta que: "A través de la mediación se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el órgano actuante "acompañe" a las partes en su conflicto, orientándolas con su consejo en la búsqueda racional de respuestas superadoras de la crisis."<sup>110</sup>

En la mediación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil no existe ni debe existir una diversidad antagónica litigiosa como sucede en el mecanismo jurisdiccional (proceso formal), en donde los litigantes (abogados y clientes) ven a sus oponentes como verdaderos rivales, inclusive personales.

En los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil se trata de fijar un criterio de ecuanimidad, no de equidad ni de justicia. Se trata de establecer criterio de **ecuanimidad comercial distributiva**, en donde como dice Cappelletti citado por Osvaldo A. Gozaíni: "donde lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en lugar de zanjar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y son razón."<sup>111</sup>

---

<sup>110</sup> Ob. Cit. Pág. 21.

<sup>111</sup> Ob. Cit. Pág. 22.

Agrega el referido autor que la mediación se trata de una: "Justicia participativa, conforme un nuevo modelo de orquestación para ofrecer alternativas válidas a los conflictos entre los hombres."<sup>112</sup>

Y es evidente tal afirmación, toda vez que al referirse a la **justicia participativa** se refiere a que participan directamente los sujetos en conflicto, y por voluntad de ellos mismos ingresa una tercera persona (mediador) a colaborar y coadyuvar con ellos a la obtención de una solución que les permita ceder y adquirir sin disminuir en gran parte sus pretensiones para alcanzar un acuerdo y mantener la relación comercial o reanudar la relación comercial deteriorada por el conflicto.

La respuesta a la interrogante de algunos autores sobre sí ¿los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil en general, y la mediación en particular, constituyen un cambio de cultura? : es afirmativa.

Oswaldo A. Gozaini señala al respecto: "creemos que sí, porque requiere de una gran tarea de difusión y demostración de las bondades del modelo."<sup>113</sup>

Si tomamos muy en cuenta los datos proporcionados por las Naciones Unidas en su último informe poblacional, para este fin de siglo quedaremos asombrados con la natalidad. La incertidumbre de este fin de siglo está colmada

---

<sup>112</sup> Ob. Cit. Pág. 22.

<sup>113</sup> Ibidem.

de grandes transformaciones. Se espera que la población mundial de más de 5,000 millones de habitantes en la actualidad, alcance unos 6,200 millones en el año 2,000 y supere los 8,500 millones en el año 2,025, según las proyecciones medias. El crecimiento neto de la población mundial está aumentando más o menos un millón cada cuatro o cinco días.

Si unimos este fenómeno a las migraciones y a la concentración de personas en un mismo territorio grande o pequeño (concentración demográfica y explosión demográfica), nos daremos cuenta que el acelerador de los mecanismos jurisdiccionales está llegando al final y los mecanismos alternativos no jurisdiccionales debe estar muy preparado, pues no será suficiente el proceso formal y lento para resolver tanto conflicto.

Marta Oyhanarte, por su parte, en un trabajo compilatorio denominado: "Los nuevos paradigmas y la mediación", al referirse al cambio de cultura nos ilustra: "Uno de los hechos más destacados de los últimos años ha sido la progresiva conversión a una economía de mercado, denominador común de la mayoría de los países del mundo. Cada vez hay menos compañías nacionales, y en rigor, cada vez hay menos economías nacionales. Cada vez más los nuevos productos son una suma de esfuerzos donde participan, por ejemplo, una universidad norteamericana, un laboratorio francés, un equipo de diseño italiano, una agencia de publicidad canadiense, una fábrica coreana y un banco japonés. El principal objetivo de la política económica sigue siendo la obtención de beneficios



económicos, por lo que difícilmente se atiendan necesidades que no tengan que ver con ese logro."<sup>114</sup>

Agrega Marta Oyhanarte: "Tampoco existe evidencia de que el crecimiento de los países ricos produzca el desarrollo de los más pobres. La injusta distribución de recursos se presenta, así, como uno de los más poderosos desencadenantes conflictos. En las últimas décadas fue habitual clasificar a los países en tres categorías económicas: Primer Mundo, formado por los países industrializados y con economía de mercado; Segundo Mundo, constituido por los países comunistas con economía de estado, y Tercer Mundo, que incluye los países pobres y menos desarrollados."<sup>115</sup>

Puntualiza la referida jurista además: "Dentro de cada país del Primer Mundo hay un Tercer Mundo con hambre y sin techo. Dentro de cada país del Tercer Mundo hay un Primer Mundo de riquezas y ostentaciones. La muerte del comunismo y el surgimiento de la libertad de comercio entre todos los países, lejos de coronar el triunfo capitalista, redefine posiciones políticas con mayor vigor que nunca y deja en evidencia que no pueden resolverse todavía problemas relacionados con la energía, el medio ambiente, la educación básica o la equidad. Es más probable que las guerras entre países pertenecientes a un bloque o entre bloques sean económicas antes que militares."<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Gottheil, Julio. Schiffrin, Adriana. "Mediación: una transformación en la cultura". Pág. 20.

<sup>115</sup> Ibidem.

<sup>116</sup> Ibidem.

Como podemos darnos cuenta, la creación de comunidades económicas, la necesidad de los enfoques comunes mundiales, la expansión de comunicaciones internacionales, las corporaciones económicas transnacionales, coadyuvan a la **necesidad inminente de crear criterios, leyes y prácticas comunes** por la creciente interdependencia. El desenvolvimiento de los créditos e inversiones y el fin de la guerra fría marca la necesidad imperiosa de buscar consensos ya que mientras los problemas y conflictos se globalizan, la posibilidad de resolverlos localmente es más difícil.

Existe una necesidad de que los países coordinen esfuerzos y responsabilidades. **La población en general y los profesionales en particular deben ser educados e informados en los principios y usos de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil en general y en la mediación en particular, con sus alcances y sus límites.**

Marta Oyhanarte al referirse a los objetivos de la mediación nos dice: "La mediación puede contribuir en mucho a modificar hábitos litigiosos que se han incorporado a nuestra conducta social como consecuencia de años de cultura autoritaria y poder hegemónico. La intervención de terceras personas tiene claras limitaciones, no es la cura perfecta para todos los conflictos. Sin embargo terceras partes pueden ser de enorme utilidad en la reducción y resolución de disputas en

un tiempo en el que tantos conflictos -entre individuos, grupos o naciones- afloran diariamente."<sup>117</sup>

Y finaliza la referida jurista diciendo: "Si bien es distinta en cada lugar y debe ser adaptada a las características culturales, también es cierto que los conflictos, ocurran donde ocurran, tienen similares expresiones: las relaciones se deterioran, la comunicación se interrumpe, los sentimientos son lastimados, las actitudes se polarizan, se pierde tiempo y dinero, las partes se sienten heridas, deprimidas, desapoderadas. Cada cultura y cada sociedad puede aprender de otras. Todas las sociedades pueden beneficiarse y crecer socialmente si ven el conflicto como sistema y elaboran programas sistemáticos de resolución de conflictos."<sup>118</sup>

Roberto Omar Berizonce, citado por Osvaldo A. Gozaíni, señala que: "El profesional del derecho tiene en las actuales circunstancias la difícil tarea de replantearse sus tradicionales formas de laborar: "debe" procurar componer el conflicto antes de pleitear: ha de perseguir la composición conciliadora: "habrá que dejar de lado actitudes formulísticas, tanto como acostumbrarse a deponer antagonismos estériles y posturas confrontativas inútiles: concentrar los objetivos en la búsqueda y sugerencia de soluciones concretas, razonables y generalmente, de transacción, negociadas."<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> Ob. Cit. Pág. 20.

<sup>118</sup> Ibidem.

<sup>119</sup> Ob. Cit. Pág. 22.

Entonces, el mediador debe tener como objetivo buscar y explicar el conflicto bajando el nivel de impaciencia y controversia imperante entre los sujetos, de tal manera que los personajes en controversia de intereses económicos pueden explorar por ellos mismos sus sentimientos, intereses, contradicciones y aspiraciones hasta llegar a un acuerdo.

### **6.) Clasificación.**

Al realizar la mediación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos se necesita un enfoque que depende de la naturaleza de la controversia, el ambiente, la experiencia, capacidad, responsabilidad, antecedentes, capacitación y recursos de quienes intervienen en la desavenencia.

La metodología para abordar la controversia es distinta para cada caso concreto. No existe ningún caso igual a otro, ni tampoco existe ninguna mediación igual otra. La naturaleza de cada caso condiciona necesariamente la mediación que vamos a utilizar.

Existen diversidad de estilos o enfoques de la mediación. Las variables son numerosas. Para algunos autores como Jay Folberg y Alison Taylor la mediación puede ser: **DINÁMICA o ESTÁTICA** (dependiendo si es activa o pasiva en cuanto a la actividad del mediador), **LABORAL** (ó "modelo", entre trabajadores y patronos o viceversa), **TERAPÉUTICA** (o de "salud mental", que trata el conflicto y las causas que lo originan), **LEGAL** (ó "jurídica" que realizan los abogados con

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

capacidad y orientación profesional), **DE SUPERVISIÓN** (ó "informal", se realiza en situaciones jerárquicas normales), **DE FUERZA** (el mediador indica a las partes lo que es justo y adecuado), **DE REDACTOR** (anotación de ideas e ideas expresadas por los demás), **JUDICIAL** (diseñada para aquellos asuntos que ya están en litigio), **ESTRUCTURADA** (establecen las reglas detalladas de procedimiento), **DE COMUNIDAD** (empleada con un enfoque más social y pequeñas comunidades), **DE CRISIS** (cuando los contendientes reconocen la perspectiva mutua de la adversidad que puede surgir sí el problema no se resuelve), **DE CELEBRIDADES** (comprende un gran interés público en donde la intervención de una celebridad o figura pública contribuye al avance de las partes), **DE EQUIPO** (cuando son multidimensionales y tienen un lado emocional y otro legal o técnico.)<sup>120</sup>

En materia mercantil, la mediación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de intereses económicos, por principio los problemas intersubjetivos podrían encontrar respuesta a través de la mediación, sin embargo, con la diversidad de mecanismos alternativos que existen, este mecanismo equilibra las posibilidades cuando se dan las condiciones adecuadas.

Para algunos autores como Wilde-Gaibrois, citado por Osvaldo A. Gozaíni: "la mediación resulta recomendable cuando: a) en el litigio la relación entre las partes constituye un elemento importante; b) las partes quieren conservar el control sobre el resultado y sobre el procedimiento; c) no existe una gran

---

<sup>120</sup> Ob. Cit. Págs. de 135 a 147.

disparidad de poder: d) la causa del conflicto es la mala comunicación; o e) cuando existen cuestiones técnicas muy complejas...<sup>121</sup>

Entonces, la guía es dada, por el objeto o intereses a mediar y por las partes contendientes que permiten deducir que se limitan a dos grandes campos que señalaremos en el presente estudio y la clasificaremos en **MEDIACIÓN PATRIMONIAL o MEDIACIÓN FAMILIAR.**

#### 6.1.) Patrimonial.

Cuando hablamos de **patrimonio**, necesariamente nos referimos a intereses económicos ya que como dice Manuel Ossorio en su Diccionario: "en una definición más jurídica, el *patrimonio* representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero".<sup>122</sup>

Ahora bien, si queremos dar un punto de vista económico-jurídico, conforme el Diccionario de Derecho Privado diremos que es: "una unidad abstracta de bienes que crea un ámbito de poder económico independiente y al que se le imputan como propias obligaciones y deudas".<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> Ob. Cit. Págs. 32-33.

<sup>122</sup> Ob. Cit. Pág. 555.

<sup>123</sup> Ob. Cit. Tomo II, Pág. 2,838

Cuando la mediación opera como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil, estamos diciendo que está dentro de la mediación patrimonial porque el territorio de las relaciones comerciales es muy difícil de transitar, no sólo por las personas que en ellas intervienen, quienes dicho sea de paso, poseen una especialidad en cuanto a la rama del comercio a la que se dedican, sino porque los intereses en controversia necesariamente tienen un matiz económico, con una perspectiva económica duradera.

Habrán situaciones dentro del comercio que serán difíciles de resolver con este mecanismo alternativo, sin embargo, en su auxilio existen otros mecanismos no judiciales que permitirán a los sujetos en controversia acercarse directa o indirectamente para resolverlo primariamente y no llegar a juicio.

En este sentido, el presente trabajo se desarrolla en la mediación patrimonial, en donde los sujetos y el objeto de conflicto de intereses son eminentemente comerciales; es decir, conlleva efectos dinerarios.

#### **6.2.) Familiar.**

Si bien es cierto la familia es una de las instituciones sociales humanas más estables, para algunos resulta difícil mantener la hipótesis de su universal inmutabilidad.

En la compilación de Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, Luis Diez Picazo y Antonio Gullon, citados por Matilde Rosalía de Alcaro en su trabajo "Mediación familiar: el mediador y los intereses en juego en la mediación", al respecto señalan: "la familia presupone una determinada manera de organización, unas determinadas pautas de comportamiento, unas reglas y unas ideas, que son evidentemente culturales y que están sometidas a constante evolución. Por ello, acaso más exacto que hablar de familia, como un género de institución universal y única, fuera hablar de familia, para designar diferentes modelos culturales, con arreglo a los cuales los grupos humanos se han organizado, y a los cuales han ajustado su comportamiento en las diferentes épocas de la historia y en las diferentes regiones del planeta".<sup>124</sup>

La mediación familiar es la alternativa para determinar, sin llegar a litigio, la situación financiera, custodia, disolución marital, embarazos no deseados por adolescentes, controversias entre padres e hijos, familias reestructuradas, familias nucleares, familias extendidas, en fin, todos los posibles conflictos que puedan surgir dentro de conglomerado humano por la conducta de uno o más de sus miembros.

---

<sup>124</sup> Ob. Cit. Pág. 115.



### 7.) Procedimiento de mediación.

Al referirnos al procedimiento de la mediación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil, nos referiremos a la manera, tramitación o forma como se desenvuelve extrajudicialmente.

Para ello, y por tratarse de un mecanismo extraprocésal, nos referiremos a su desarrollo, tal y como lo aconsejan los expertos en la materia refiriéndonos a esos momentos como las *etapas del procedimiento de mediación*.

Le llamamos *procedimiento y no proceso*, atendiendo a que jurídicamente conforme al Vocabulario de Eduardo J. Couture el vocablo **PROCESO** es: "Secuencia, desenvolvimiento, sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. Juicio; causa; pleito. Conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulado por la ley y dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada. Expediente; autos; legajo de papeles en que se registran los actos de un juicio civil, penal, etc."<sup>125</sup>

Así mismo Eduardo Couture al referirse al **proceso** en sus "Fundamentos del derecho procesal civil" señala que: "En este caso las partes dirimen su controversia ante la autoridad y quedan sometidas, expresa o tácitamente, a la decisión de ésta. El proceso resulta ser, en este sentido, en el cúmulo de actos de

---

<sup>125</sup> Ob. Cit. Pág. 480.

la conducta jurídica, un medio idóneo para dirimir imparcialmente, por acto de juicio de la autoridad, un conflicto de intereses con relevancia jurídica.<sup>126</sup>

En la mediación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil, no existen partes sino sujetos en desavenencia, no existen agentes de jurisdicción ni auxiliares de éstos porque no participa el Estado con su *lus Imperium* ejerciendo su poder coercitivo, sino son los interesados quienes por su propia voluntad dirimen sus intereses contrapuestos; y aunque resuelven un conflicto de intereses, no lo hacen mediante una voluntad ajena, sino propia del ejercicio de su voluntad y libre albedrío. Y aunque las actividades que realizan no constituyen actos jurídicos propiamente, el acuerdo al que llegan o alcanzan, si puede constituir un verdadero acto jurídico al momento de plasmarse en el documento que lo contiene.

Aseveramos que en la mediación lo que se realiza **ES UN PROCEDIMIENTO** atendiendo a su definición conforme el Diccionario de derecho privado: "Es el lado externo de la actividad procesal, como puede serlo de la legislativa, administrativa, etc. *Distinción entre proceso y procedimiento.* Aunque suelen usarse como análogos estos términos, una consideración atenta de los mismos permite distinguir el proceso como institución, en cuanto constituye un conjunto de actos que persiguen una sola finalidad, y el **procedimiento** o serie sucesiva y combinada de los que han de realizarse para lograrla."<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> Ob. Cit. Pág. 10.

<sup>127</sup> Ob. Cit. Apéndice Pág. 745.

Se agrega en el referido Diccionario que: "Francesco Carneluti adelantándose al reparo de que una distinción semejante pudiera reputarse bizantina, ha hecho ver que entre ambos conceptos media una diferencia cuantitativa y cualitativa, que se podía establecer considerando el proceso como continente y el **procedimiento** como contenido; explicándose así que una combinación de procedimientos (los de primera y segunda instancia por ejemplo) pudiera concurrir a constituir un solo proceso."<sup>128</sup>

En el procedimiento de la mediación, es el diálogo de los sujetos interesados y la intervención de un tercero que sin decidir por ellos, en forma extrajudicial los convence de llegar a un entendimiento sobre sus diferencias y que plasmen ese avenimiento en un documento o acuerdo sin llegar a juicio.

Francesco Carnelutti al respecto del diálogo que contiene todo procedimiento nos ilustra diciendo: "El problema del procedimiento, en primer término, es por tanto el de garantizar el éxito del diálogo, que quiere decir el entendimiento recíproco de quien habla y de quien escucha. El principio fundamental, a este respecto, tan conocido, toma el nombre de **inmediación**; un nombre que debe tomarse, sin embargo, *cum grano salis*, porque no significa ausencia de mediación en cuanto a la abreviación de la distancia entre los sujetos del diálogo".<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> Ob. Cit. Pág. 745.

<sup>129</sup> Carnelutti, Francesco. "Derecho procesal civil y penal". Tomo I, Pág. 173.

Agrega el referido procesalista que: "Los medios del diálogo son el **hablar y el escribir**: en términos más genéricos, **el discurso y la figura**. La excelencia de hablar está en la virtud, probablemente misteriosa del sonido. Pero la verdad es que el hablar más o menos, se acompaña al gesticular; y el gesto integra la fuerza expresiva de las palabras, de manera que al hablar presenta una riqueza sin duda mayor que escribir. El defecto de hablar, sin embargo, es de un lado la dificultad de la improvisación y, de otro lado la fugacidad del discurso. Se dice improvisar para expresar la necesidad de la pronta encarnación de la idea en el concepto; en esto consiste el secreto de la elocuencia; pero es una capacidad que no se adquiere sin un largo tirocinio (*oratores fiut*) y probablemente el tirocinio no basta sin una disposición natural (la llamada *facilidad de palabra*). De otra parte, *verba volant*, el discurso huye, y no hay otro recurso, para retenerlo, que no sea la memoria de quien escucha: y los límites de la memoria son, desgraciadamente bien conocidos."<sup>130</sup>

Por último señala: "Así, pues, si *verba volant scripta manent*, la aptitud del escrito para durar es, sin duda, uno e sus méritos. De las reflexiones ahora desarrolladas resulta que hablar y escribir no son medios equivalentes, sino más bien medios *complementarios* del diálogo."<sup>131</sup>

Con esas observaciones, pasamos a desarrollar las **etapas del procedimiento de mediación**, incluyendo en cada una de ellas sus requisitos,

---

<sup>130</sup> Ob. Cit. Págs. 174 y 175.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

metas y metodología que según los diversos especialistas resultan de mayor utilidad para llevar a cabo una adecuada mediación, y sobre todo el papel del mediador en cada fase.

Posiblemente, cada etapa en la realidad no concluya como aquí se presenta, ya que cada procedimiento de mediación es distinto y cada uno tiene sus propias características. Lo que diferencia cada procedimiento de mediación son las experiencias del mediador, la metodología que utiliza y el caso concreto al que se aplica.

#### **7.1.) Etapa 1: Introducción-creación de estructura y confianza.**

En esta etapa inicial, el mediador debe realizar el paso más importante. Su tarea consiste en conocer y darse a conocer con los sujetos en controversia, es decir debe acercarse a las partes, debe ganarse su confianza y cooperación y conservarla durante toda la mediación. Debe fomentar la participación de los contendientes en el procedimiento, orientándolos sobre el mecanismo alternativo que se va a utilizar y los alcances del mismo.

Jay Folberg y Alison Taylor al respecto señalan: "Los mediadores comienzan a intervenir en una desavenencia por referencia o por opción directa de los participantes. En ocasiones, éstos pueden aceptar la mediación sólo para evitar consecuencias negativas, como el litigio, y responder a la Etapa 1 con resistencia. La forma en que inicia el proceso de mediación

determina la cantidad de esfuerzo que requerirá el mediador para crear entendimiento y aceptación de la mediación.<sup>132</sup>

En la compilación de Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, David Matz al referirse al mediador en esta etapa dice: "su intervención será eficaz sólo en la medida en que las partes confíen en su capacidad e integridad. Debe demostrar (no sólo afirmarlo, pues esto sería útil) que es totalmente imparcial y hábil para ayudarlas a llegar a un acuerdo. Para lograrlo debe hacerles sentir que son escuchadas y comprendidas. Los mediadores llaman a esto "ESCUCHA ACTIVA" y "CREACIÓN DE EMPATIA."<sup>133</sup>

Hay elementos muy importantes que debe tener el mediador mercantil en el inicio de esta etapa: **ganarse la confianza, demostrar imparcialidad, capacidad y responsabilidad en el manejo del asunto comercial.**

El mediador mercantil debe ayudar a los contendientes a que ellos mismos sean quienes descubrirán los problemas creados por el conflicto y resuelvan el diferendo por sí mismos.

Esta etapa se usa generalmente para que el mediador obtenga la mayor información de cada sujeto controvertido, sus metas, sus expectativas. Puede hacerlo independientemente con cada sujeto en controversia (de

---

<sup>132</sup> Ob. Cit. Pág. 55.

<sup>133</sup> Ob. Cit. Pág. 53.

preferencia), o bien conjuntamente. Para cada caso se recomienda una técnica distinta que adelante indicaremos.

El mediador mercantil debe reunir necesariamente alguna información esencial. Jay Folberg y Alison Taylor sugieren:

" La continuidad de las sugerencias anteriores y que contribuye a generar información depende de la flexibilidad del orden con el que se adopten para cada caso. El procedimiento de mediación comercial no debe ser rígido. Es bueno evitar conversaciones triviales."

Todos los autores de mecanismos alternativos coinciden en que esta etapa es conveniente subdividirla en pasos a seguir, aquí procederemos a señalar cada uno de ellos incluyendo los puntos de apoyo que todos y cada uno de los autores recomiendan.

#### **7.1.1.) Primer paso. Locación y acomodo.**

El mediador mercantil debe preocuparse porque el lugar de reunión sea cómodo para los sujetos en controversia, de tal manera que ambos estén cómodos. Es preferible que los sujetos en controversia escojan donde sentarse (sillas individuales o sofás). Dispuestos en círculo o semicírculo. Algunos autores como Elsa Sparvieri van más allá y sugieren: "La sala de mediación puede presentarse de una de las

siguientes maneras: Puede tener en el medio una mesa rectangular, en cuyo caso el mediador se sentará en una cabecera con las partes de cada lado. Si acompañan abogados o testigos, se ubican al lado de las partes. Los mediadores que se inclinan por esta forma de mesa sostienen que se asemeja a la de una sala de reuniones y por lo tanto favorece la negociación. Otros mediadores prefieren una mesa cuadrada, porque sostienen que los cuatro lados iguales favorecen la equidad. A menudo usan mesas redondas. Tenga la forma que tenga, la mesa sirve de obstáculo, de barrera a la violencia. Algunos mediadores prefieren conducir las entrevistas en un ambiente más informal.”<sup>134</sup>

Lo cierto es que todo depende del propio estilo y capacidad del mediador mercantil, y de la magnitud conflicto económico en que vaya a participar. La ubicación de la silla del mediador mercantil y la distancia entre éste y cada sujeto en controversia puede usarse para indicar su posición de neutralidad en el asunto que se va a tratar.

Según Folberg y Taylor el Neighborhood Justice of Atlanta en 1982 recomienda que: “Es necesario tomar en cuenta **tres aspectos en todos los ambientes físicos para la mediación: comodidad, comunicación, y control.**”<sup>135</sup> La comodidad está directamente relacionada con el mobiliario con el que se cuente (sillas o sofás

---

<sup>134</sup> Ob. Cit. Pág. 37.

<sup>135</sup> Ob. Cit. Pág. 56.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

cómodos), el ambiente (apacibilidad y ventilación adecuada son importantes), y todos aquellos elementos accesorios que aunque parezcan insignificantes contribuyen a una estancia mediadora eficiente (papel, lápices, bebidas, inclusive comida si la sesión es prolongada). Todos estos elementos harán de la sesión un momento agradable y confortable para una adecuada conversación.

Si se hacen acompañar de otras personas hay que ubicarlas de inmediato antes de que se inicie el procedimiento, de tal manera que el control de la reunión la tenga siempre el mediador. Algunas veces es conveniente hacerles ver a los acompañantes los límites de su intervención.

Para algunos mediadores la elección del territorio también es importante. Lo adecuado es que el lugar en donde sea la reunión esté cerca de los elementos de convicción que se puedan necesitar. Es mejor, claro está, que el territorio más adecuado es un territorio neutral, pero debe tomarse en cuenta la accesibilidad para los sujetos controvertidos, y sobre todo que ninguno de ellos se sienta incómodo o por el contrario muy dominante. Se sugiere que el lugar de la reunión sea escogencia del mediador.

Lo que se pretende alcanzar en este paso es que la toma preliminar de impresiones por parte de los sujetos en controversia sea

buena, agradable y digna de confianza sin que medie palabra entre ellos. No debemos olvidar la puntualidad por parte del mediador para el inicio de la sesión. Se recomienda que el mediador se encuentre en el lugar de la reunión con mucha anticipación a los participantes.

**7.1.2.) Segundo paso. Apertura de la sesión, presentación, declaración preliminar del mediador.**

El siguiente paso es la apertura de la sesión por el mediador y uso de la palabra con un discurso preliminar corto; debe comenzar preferentemente presentándose y luego presentar a las partes en controversia con especificación de nombres y direcciones. Si hay acompañantes lo debe nombrar con indicación del motivo de su presencia.

El objetivo de hacer uso de la palabra desde el inicio por el mediador es para establecer las jerarquías y evitar el desorden. Crea además un clima de confianza en los sujetos en controversia.

Si el mediador mercantil se ha ganado la confianza con anterioridad de los sujetos en controversia, hasta puede preguntarle a las partes como se sienten, ó a través del lenguaje verbal y no verbal refleje las emociones que percibe (técnica de reflejo).

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Recordemos que los sujetos en controversia por su propio problema, ingresan al recinto muy nerviosos por el problema, por la estancia de la otra persona del conflicto. Está en un estrés emocional que si no se sabe manejar por el mediador puede favorecer a un cambio de actitud hacia el mecanismo alternativo.

En este momento el mediador mercantil debe haber establecido una relación empática con su cliente que le asegure el cambio de actitudes de éste en ese momento. La actitud cooperadora del mediador es muy importante y debe así mismo reformar la cooperación de sus clientes en controversia.

Folberg y Taylor aconsejan inclusive que: "si uno de los participantes llega más tarde que el otro, se le comunica en forma resumida todo lo que se ha dicho al otro participante, sin importar lo redundante que resulte para aquellos que llegaron más temprano."<sup>136</sup>

El tercer paso consiste en confirmar los datos del caso, es decir manifestar todo lo que conoce de los participantes y la controversia.

Elena Sparvieri afirma que para los sujetos en controversia este momento: "es psicológicamente importante para ellos escuchar que a todos se les imparte la misma información y minimiza las diferencias en

---

<sup>136</sup> Ob. Cr. Pág. 57.

interpretaciones acerca de lo que el mediador haya dicho durante la etapa de prenegociación. Usando un lenguaje claro e informal, éste explica que el objetivo de las sesiones es encontrar una solución al problema, que sea justa y factible, a corto y a largo plazo, y especifica que él es completamente neutral.<sup>137</sup>

Es importante esto último porque el mediador a través de su conducta confirma lo escrupuloso de su imparcialidad que debe mantener.

Debe el mediador mercantil ser claro en cuanto a que no guarda ni guardará secretos para los participantes. Ilustrar a los participantes sobre el contenido y alcances del procedimiento de mediación reforzando la actitud cooperadora que los motivó a llegar a utilizar un mecanismo alternativo para resolver su diferendo. Sobre todo, debe hacerles saber que todo lo que durante la mediación se diga y escuche no puede ser utilizado en ningún proceso judicial, bajo ningún punto de vista.

En este paso lo que el mediador debe alcanzar es la disminución del estado de nervios y apaciguar el estado emocional de los participantes, reforzando la confianza de ellos entre sí y entre ellos y él como tercero.

---

<sup>137</sup> Ob. Cit. Pág. 39.

**7.1.3.) Tercer paso. Confirmación del caso y delimitación de los motivos del conflicto.**

En el siguiente paso el mediador les hará saber a los participantes el contenido del caso y la delimitación de los motivos que tuvieron las partes para entrar en conflicto de intereses, posteriormente e ello ***debe darle la palabra a los participantes.***

Aquí el mediador mercantil debe ser muy cauteloso. Primeramente debe advertir que cuando está haciendo uso de la palabra uno de los participantes el otro deberá permanecer callado, aunque podrá tomar nota de lo que dice la otra persona. También el mediador mercantil debe indicarle al sujeto que hace uso de la palabra que puede ir mostrando evidencia de sus afirmaciones y mostrárselas al otro sujeto y al mediador.

Elena Sparvieri señala que: "es psicológicamente importante para ellos escuchar que a todos se les imparte la misma información y minimiza las diferencias en interpretaciones acerca de lo que el mediador haya dicho durante la etapa de prenegociación. Usando un lenguaje claro e informal. Éste explica que el objetivo de las sesiones es

encontrar una solución al problema que sea justa y factible, a corto y a largo plazo, y especifica que él es completamente neutral.”<sup>138</sup>

En este paso se define la mediación y el papel del mediador en la resolución del conflicto económico, así también se hace del conocimiento de los participantes de los límites de la mediación. El mediador debe cuidar de no provocar en la persona de los sujetos en controversia la imagen de su persona como una figura autoritaria.

**7.1.4.) Cuarto paso. Procedimiento para concesión de la palabra a los sujetos en controversia.**

Que el mediador les hará saber a los sujetos en controversia que el procedimiento de conversación es adecuado, principalmente el hecho de que mientras uno habla el otro permanecerá en silencio pudiendo tomar nota de lo manifestado por el otro para después replicar es muy importante.

Es importante que la actividad del mediador consista en demostrarle a los participantes la necesidad de que cada uno asuma una parte activa de comunicación. Folberg y Taylor proponen para romper el frío momento de incomunicación lo siguiente: “Debe ser difícil

---

<sup>138</sup> Ob. Cit. Pág. 39.

abrirse después de todos los problemas, pero por favor intente decirnos sus puntos de vista”.

Cuando se pregunta a quién de los sujetos controvertidos se le debe conceder inicialmente la palabra, es conveniente darle la oportunidad al sujeto más pasivo, aunque muchos autores opinan que debe proporcionarse la palabra al más perturbado.

Elena Sparvieri nos ilustra diciendo que: “el rol del mediador es facilitar y aclarar la comunicación de los contendientes y minimizar el daño psicológico resultante de los intercambios emocionales puesto que la información puede brindarse de modo poco estructurada, las posturas pueden ser extremas o pueden aparecer distorsiones en la recepción de la información por parte del que escucha, explosiones emocionales, o disfunción total.”<sup>139</sup>

En todo caso, ceder la palabra denota la disposición del mediador de enfrentar en forma abierta el asunto a tratar; evidencia el ánimo del mediador de encaminarse hacia la resolución del conflicto de intereses de manera directa y moderada.

Algunos mediadores utilizan la técnica del protocolo previo. La utilización de los términos *demandante* y *demandado* muchas veces no

---

<sup>139</sup> Ob. Cit. Pág. 41.

es adecuado y son vocablos de más de orden judicial que de mecanismos alternativos. Consideramos que es más adecuado denominar a los sujetos simplemente *partes* o mejor aún *participantes* como les denominan la mayoría de autores.

Mientras los participantes relatan su particular punto de vista sobre el conflicto, adecuado resulta que se dirijan al mediador y no al otro participante, de tal manera que sirve no sólo para comunicarse, sino también para la creación de un ánimo de no-confrontación verbal o inclusive física necesaria para la futura discusión. Hay que hacerles ver a los participantes que el uso de malas expresiones de palabra o de ademanes indecorosos dará lugar a dar por concluido el procedimiento de mediación.

Es adecuado que no exista ningún aparato de reproducción de lo acontecido en la reunión. Lo que se pretende alcanzar en este paso es descubrir, analizar y disminuir las actitudes emocionales de los participantes.



**7.1.5.) Quinto paso. Discusión de temas del conflicto, expectativas y posiciones.**

En este momento los participantes deben exponer su punto de vista sobre el caso y los motivos por los cuales hay conflicto de intereses, así como la manera de dar por concluido el conflicto.

Hay que evitar que los sujetos en controversia se exasperen ante las manifestaciones del otro. Aquí el nivel de emociones de los participantes se eleva. Es conveniente fijarse un tiempo prudencial para la exposición de cada participante.

En este paso pueden escucharse a los testigos presentes. Se puede permitir una reunión privada (*caucus*) para la obtención de información que no se tiene y profundización de los puntos que no están claros.

Aquí el mediador puede hacer preguntas para conocer mejor las circunstancias del caso y así poder deducir la relevancia de los temas de conflicto y las verdaderas necesidades de las partes. Debe el mediador definir los conflictos (manifiestos y ocultos), define prioridades de intereses y evidencia las posiciones de los sujetos controvertidos.

Lo que se pretende obtener de este paso es obtener los conflictos que ambos sujetos controvertidos tienen ya sea manifiestos u ocultos y

la manifestación completa del problema. En tanto el mediador cuente con la mayor información posible acerca del problema, más posibilidades tendrá de presentarle a los sujetos controvertidos opciones de resolverlo. Mientras posea menos información, las posibilidades de proporcionarles ayuda serán tan limitadas como los datos preliminares que se le hayan proporcionado.

En este momento puede el mediador planificar con los sujetos controvertidos los objetivos que pretenden lograr con la mediación, y la estrategia recomendada por el mediador a seguir para alcanzar resolverlo antes de que cause mayores daños personales, económicos y comerciales entre ellos.

#### **7.1.6.) Sexto paso. Revisión de los criterios de mediación.**

En este momento el mediador contribuye a calmar los ánimos de los sujetos en controversia. El mediador explica la estructura de la mediación ya sea en forma individual o conjuntamente.

Es bueno que el mediador explique que su trabajo es ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas que se involucran en la disputa y sobre todo que los resuelvan por sí mismos.

La indicación de que las características de la mediación provienen necesaria y esencialmente de la libre decisión de las partes para someter la crisis de sus intereses a la sabiduría de la mediación.

Como señala Osvaldo A. Gozáini: "Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino coadyuva a que las partes lo hagan."<sup>140</sup>

La confidencialidad tiene la finalidad en la mediación de que las partes en controversia conserven el manejo de la situación sin que se rebasen los límites que los mismos interesados han dispuesto. Este paso persigue determinar los estados emocionales y los estilos de interacción.

#### **7.1.7.) Séptimo paso. Revisión y firma del convenio de empleo y fijación de honorarios del mediador.**

En este paso los sujetos deben poner atención en los puntos de vista que el mediador señalará, ya que éste hará referencia a los aspectos económicos y temporales que conlleva la mediación como un

---

<sup>140</sup> Ob. Cit. Pág. 24.

mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil.

Folberg y Taylor indican que en este paso es conveniente discutir otros problemas que comprende la categoría de definición de criterios: (1) revelación de informaciones dentro de la mediación (descubrimiento), (2) respeto a los tratos confidenciales, (3) honorarios y forma de pago, (4) duración de las sesiones, (5) forma en que el mediador va a actuar en caso de que los participantes se sientan incapacitados para tomar una decisión en una etapa posterior del proceso, (6) previsión para medidas y procesos legales, (7) análisis y revisión, y (8) conclusión.

#### **7.1.8.) Octavo paso. Firma del contrato de prestación del servicio de mediación.**

El compromiso que los sujetos controvertidos adquieren para con el mediador debe constar necesariamente por escrito. No solo por lo cognoscitivo, sino por el respaldo legal para el mediador y los participantes.

En este paso muchos sujetos en controversia expresan sus dudas de este mecanismo alternativo y el mediador debe reconocerlas por el

carácter reversible en caso de que la mediación no sea el mecanismo funcional.

El mediador deberá practicar el arte de formular adecuadamente las preguntas a los sujetos en controversia, debe instruir a sus clientes sobre los costos probables que deberán afrontar en términos de dinero, tiempo, reputación, esfuerzo, relaciones personales, roces etc.

#### **7.2.) Etapa 2: Planteamiento de hechos y aislamiento de problemas.**

En esta etapa los sujetos en controversia al igual que el mediador debe tener la suficiente información de los motivos por los cuales el conflicto de intereses surgió para poder comprender a fondo el motivo de los problemas.

En esta etapa el mediador debe saber utilizar sus recursos técnicos para descubrir todos los hechos importantes y poder aislar los verdaderos problemas internos como externos para presentárselos a los sujetos en controversia debidamente individualizados.

- La tarea del mediador aquí es ayudar a los sujetos controvertidos a que comprendan a fondo sus áreas de acuerdo o divergencia. Aquí deben aflorar los conflictos manifiestos y los ocultos. Para Folberg y Taylor "Durante la etapa 2, el mediador debe determinar la naturaleza de los conflictos ocultos y manifiestos de los participantes, a través de los siguientes criterios de

evaluación: ubicación del conflicto, duración del conflicto, intensidad de los sentimientos acerca del conflicto, y rigidez de las posiciones.<sup>141</sup>

Esos *critérios de evaluación* señalados por Folberg y Taylor son realmente importantes, y procederemos a exponer su contenido. Cuando se sugiere la *ubicación del conflicto* se refieren a que tanto el mediador como los participantes deben saber concretamente si el conflicto es oculto o manifiesto, porque si se trata de un conflicto oculto habrá que trabajar bastante para que pueda aflorar y ser susceptible de presentarse a la mesa de discusión para poder encontrarle la propia; si por el contrario es un conflicto manifiesto, tratar de disminuir su influencia sobre el conflicto global es la tarea.

La *duración del conflicto* tiene realmente tres aspectos a considerar, el primero es el tiempo durante el cual el conflicto ha permanecido vigente sin que el mediador haya ingresado a trabajar y durante el cual las partes en controversia han mantenido la divergencia sin que ninguna persona les ayude; a esa duración del conflicto podríamos llamarle duración preliminar del conflicto. El segundo aspecto es la duración del conflicto mientras el mediador participa, es decir el tiempo durante el cual el mecanismo alternativo de mediación este aplicándose, y hasta el cese de la participación directa del mediador; a esa duración del conflicto podríamos llamarle duración intraconflicto. Y por último el tiempo que transcurre después de que

---

<sup>141</sup> Ob. Cit. Pág. 63.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

el mediador ha concluido su tarea y los sujetos en controversia concluyen en definitiva sus diferencias; que podríamos denominar duración postmediación del conflicto.

Es necesario tener presente que tanto los sujetos en controversia como el mediador deben tener clara la perspectiva del tiempo que durará la controversia sin resolverse ya que esto les podrá dar la idea general del desgaste económico, personal y temporal de la controversia para así equilibrar las conveniencias o inconveniencias de continuarlo o no.

La **intensidad de los sentimientos acerca del conflicto** es labor del mediador determinarlo. Ya que si es él quien debe evaluar los conflictos manifiestos y ocultos de cada participante en controversia, sabrá con certeza si es posible que la profundidad de cada sentimiento puede ceder o no para alcanzar de mutuo acuerdo un entendimiento para resolver la controversia.

Los sujetos en controversia también deben hacerse su propia autoevaluación, para saber por sí mismos si son capaces de aflorar los conflictos ocultos y disminuir los manifiestos para encontrar conjuntamente y con la ayuda del mediador una resolución a la controversia.

Por último la **rigidez de las posiciones** es quizás la evaluación más delicada de todas, ya que si la posición que adopta uno de los sujetos en controversia en cuanto al reconocimiento de la existencia de un conflicto

manifiesto u oculto es rígida e incapaz de ceder para llegar a un entendimiento, automáticamente el mecanismo alternativo de mediación no es funcional y entonces la mediación de inmediato debe suspenderse para intentar por medio de otro mecanismo alternativo resolver el conflicto de intereses.

El mediador por medio del diálogo directo e indirecto puede deducir la participación personal de cada uno de los sujetos en controversia. Muchas veces los verdaderos problemas son de índole interactiva y otras interpersonal. Realmente los conflictos de intereses económicos sólo pueden resolverse cuando se reconocen, ya sea por los sujetos controvertidos como por el mediador.

Esta etapa realmente es útil para que durante el espacio que proporciona las partes hagan a un lado las defensas y traigan a la mesa los problemas ocultos, así como los problemas manifiestos disminuidos. Esta etapa exige que se definan todos los problemas.

Ahora bien, cuando el problema es complejo y existen varios problemas que convergen en un problema principal, es conveniente que el mediador por medio de un pliego de trabajo ayude a los participantes a abordarlos cubriendo las áreas de desavenencia y los problemas que se interrelacionan para que las partes controvertidas lleguen a un resultado deseado,



plenamente convencidos de que la resolución adoptada les ayudará siempre en la actividad comercial que tenían y seguirán teniendo.

Folberg y Taylor con buen criterio señalan que: "***el mediador es un guía de turistas, pues muestra a los participantes lo importante a examinar y sobre todo toma nota de los datos determinantes y áreas cerradas y abiertas del conflicto, es decir, aquellas que ya se resolvieron y aquellas que están por resolverse.***"

Muchas veces los conflictos manifiestos sólo necesitan ser presentados para encontrarles solución; otras veces los conflictos ocultos al aflorar se convierten en manifiestos y sometidos a discusión se reconocen de inmediato para llegar a una decisión.

Las habilidades, experiencia y sentido común del mediador son sumamente importantes en esta etapa. Las preguntas abiertas muchas veces contribuyen a que el mediador adquiera mayores elementos de juicio sobre el problema para proponer soluciones más viables.

Esta etapa concluye cuando el mediador sabe con certeza en qué punto se encuentran las desavenencias y conflictos de intereses; determina cuáles son los conflictos manifiestos y los conflictos ocultos, así como qué es lo que cada sujeto controvertido pretende, y sobre todo delimita aquellos aspectos

en los cuales los sujetos en controversia van a transigir y cuáles son aquellos en los que no se admite transigir en manera alguna.

En algunos casos no basta una sola sesión para concluir esta etapa, es necesario realizar varias sesiones. El número de éstas no es determinante porque muchas veces el número de conflictos ocultos es variable y resulta preferible alcanzar a aflorarlos todos y no dejar ninguna sin conocerse.

Moore, citado por Folberg y Taylor, sugirió que esta etapa "incluye, no sólo una recopilación y verificación de datos, sino también la identificación de intereses y necesidades, la determinación de posiciones mutuamente excluyentes, y la clasificación de todos los problemas conforme a un orden del día."

Al llegar al punto de delimitación del problema, sus causas y alcances, el mediador, junto con los sujetos controvertidos, debe determinar una serie de metas específicas según cada caso, con objetivos, medios y estrategias que comprendan los valores e intenciones de los que participan en la mediación.

En suma, son los participantes quienes van a determinar si resolverán el problema o conflicto en definitiva o solamente aquellos problemas conexos que son susceptibles de avenirse mientras permanecen vigentes aquellos que su resolución requiere de más tiempo y esfuerzo.

Al concluir esta etapa, el mediador puede determinar si es conveniente que se continúe con la mediación o si conviene mejor intentar por medio de otro mecanismo alternativo darle solución a la controversia. Cuando los problemas ocultos son muy radicales que impiden su exposición o uno de los participantes es renuente a colaborar para alcanzar avenimientos es mejor dar por concluido el mecanismo alternativo de mediación e intentar la aplicación de otro.

No dudemos que en muchos casos ni los mismos mecanismos jurisdiccionales son suficientes para la radical posición de uno de los sujetos en controversia, ya que aunque haya sentencia favorable o desfavorable su pretensión no es satisfecha en su totalidad.

El mediador debe saber cuando continuar con el mecanismo alterativo y cuando no forzar a que se aplique; esto es parte de la escuela que deja la experiencia profesional.

### **7.3.) Etapa 3: Creación de opciones y alternativas.**

Para muchos autores en esta etapa, tanto los sujetos en controversia como el mediador se deben plantear la siguiente pregunta: **¿De qué manera es posible hacer lo que se desea en la forma más efectiva?.** La

respuesta es el resultado del trabajo que realicen los participantes y el mediador.

Recordemos que el trabajo del mediador es encontrar los puntos de la controversia. Un mediador hábil puede conducir a los participantes hacia la concientización del problema manifiesto y exteriorización del problema oculto, y sobre todo, cual de ellos es crucial y determinante para resolver el conflicto.

Folberg y Taylor sugieren criterios para desarrollar alternativas:  
"~Necesidades de los participantes y otras personas que se verán afectadas por la decisión,

- ~Proyecciones de acontecimientos pasados al futuro (predicciones de hechos factibles),
- ~Pronósticos generales sobre aspectos económicos y sociales que pueden afectar una opción,
- ~Normas legales y financieras, obstáculos y limitaciones,
- ~Nuevas personas y situaciones que es posible prever,
- ~Cambios predecibles en cualquiera de estos criterios."<sup>142</sup>

Las sugerencias anteriores deben de ponerse en relación directa con el caso planteado, principalmente cuando se representan intereses más estrechos. Los errores cometidos con anterioridad es conveniente tenerlos siempre presentes para no volver a cometerlos. Algunas veces es

---

<sup>142</sup> Ob. Cit. Pág. 65.

conveniente que esta etapa se sujete a una reglamentación específica para una o más opciones o alternativas.

Según los autores dos tareas principales en esta etapa:

- 1) AYUDAR A LOS PARTICIPANTES A ARTICULAR LAS OPCIONES QUE CONOCEN O DESEAN,**
- 2) DESARROLLAR NUEVAS OPCIONES MÁS SATISFACTORIAS.**

El mediador con su experiencia, habilidades técnicas y conocimiento del caso es quien debe de ayudar a los sujetos en controversia a elaborar las opciones que conocen y desean; pero el mismo mediador es quien debe de realizar la elaboración de nuevas opciones más satisfactorias.

El cuidado que debe tener el mediador es no realizar con exceso la segunda tarea toda vez que si presenta muchas opciones y todas nuevas puede en un momento determinado opacar, o inclusive eliminar las opciones de los sujetos en controversia.

El mediador debe ser muy cauteloso en las opciones que presenta; muchos mediadores previamente a elaborar y entregar sus opciones analiza la lista de opciones que presentan los sujetos en controversia y luego elaboran las opciones propias.

Si las opciones que presentan los sujetos en controversia son iguales o semejantes a las que el mediador tenía previstas, entonces es conveniente plantearlas como principales y ofrecerles opciones adicionales. Es bastante útil que el mediador le ofrezca a los sujetos en controversia opciones que conlleven un conflicto oculto evidenciado, siempre con cautela y habilidad manifiestamente adecuadas al caso concreto.

El mediador debe hacer del conocimiento de los sujetos en controversia que por lo menos cada uno debe acudir a esta etapa con dos opciones demostrar una resistencia a contribuir activamente en el mecanismo alternativo que se está aplicando. De esas dos opciones por lo menos una de ellas debe referirse al problema principal del conflicto, y mejor aún si ambas opciones se refieren a ello.

Las opciones sobre **conflictos ocultos** regularmente corresponden al mediador presentarlas, y debe hacerlo con mucha cautela ya que estando él fuera del conflicto es más fácil que se pueda dar cuenta de ello y **obtener de ese conflicto oculto una opción que los sujetos en controversia han omitido intencionalmente o no.**

La tercera etapa de la mediación es posiblemente la más creativa porque el mediador tiene encomendada la tarea de que los sujetos en controversia realicen sus propias opciones para resolver el conflicto de intereses y además tiene que desarrollar opciones para que ellos las

estudien y apliquen. La labor del mediador es orientadora y no autoritaria. Es facilitadora y creadora porque le permite a los sujetos participar directamente en la resolución de su controversia.

La neutralidad del facilitador manifiesta durante el procedimiento de la mediación deja abierta las posibilidades para que los sujetos en controversia puedan trabajar en procura de su resolución con presentación de opciones más realistas ya que denotará inexistencia de coacciones, favoritismos o perjuicios.

La conciencia que los mediadores tengan sobre la responsabilidad del papel que les corresponde desempeñar y los principios éticos que sus actos tengan es importante para la adecuada orientación de los sujetos en controversia. Si se cumplen con los postulados de evitar que el conflicto llegue a ser judicial con la toma de decisiones por parte de los sujetos involucrados entonces el mecanismo alternativo será funcional.

#### **7.4.) Etapa 4: Negociación y toma de decisiones.**

Durante todo el procedimiento de la mediación es indudable que los buenos propósitos que tengan los participantes en resolver su diferendo es importante sin embargo, la tarea más difícil de alcanzar por el mediador es que esos buenos propósitos se conviertan en cooperación mutua; una vez obtenida ésta es necesario insistir en que los sujetos controvertidos acepten en principio alguno de los puntos menos importantes.

Si el mediador logra que los sujetos controvertidos aceptan puntos de menor importancia, entonces el paso siguiente es que los sujetos en conflicto entren a conocer las opciones de importancia, las cuales, aunque les signifique un riesgo o el otorgamiento de concesiones recíprocas, deben decidir. La tarea del mediador es entonces alentarlos para que se decidan y pongan fin al conflicto.

La diversidad de opciones muchas veces perjudica la toma de decisiones por parte de los sujetos controvertidos. Muchas veces contrariamente a ayudarlos los atormenta y atemoriza. El mediador debe ser claro al manifestarles que no sólo esas opciones pueden hacerse valer, sino que pueden aparecer otras ajenas a las presentadas, e inclusive opciones que conjuntamente elaboren sujetos controvertidos y mediador.

Los psicólogos señalan con frecuencia que mientras más opciones tiene una persona para escoger, más difícil se hace la escogencia de una de ellas. El mediador debe tomar en cuenta siempre que en muchas ocasiones las opciones más sencillas resultan provechosas y resuelven conflictos más brevemente.

Una buena técnica es la reducción de opciones cuando se imposibilita manejar un número grande. Los sujetos en controversia en muchas ocasiones no tienen una posición clara al inicio del conflicto, ya sea por



carecer de un punto de apoyo o por no tener a su alcance recursos de ataque.

Otras veces los sujetos controvertidos tienen una clara posición inicial que puede hacerse variar dependiendo del apoyo que la sustente. En todo caso, cualesquiera que sean las actitudes de los sujetos controvertidos la actitud del mediador siempre debe ser la misma: no desechar actitudes ni posiciones de los sujetos en conflicto, sino negociarlas para alcanzar una paridad entre los intereses contrapuestos a fin de alcanzar una mediana posición que permita la avenencia sin la pérdida de dignidad, decoro personales y sobre todo tratando de mantener la relación comercial de los sujetos hacia el futuro.

En la mediación muchas veces el mediador logra un acuerdo mediante la técnica de eliminación de opciones a cambio de admitir una opción o viceversa. Otras en cambio, el mediador influye para que las opciones se intercambien o modifiquen a conveniencia de ambos sujetos controvertidos.

En esta etapa tanto los sujetos en controversia como el mediador adquieren conciencia de la realidad que está viviendo y de los verdaderos alcances del conflicto creado. Folberg y Taylor al respecto de esta etapa señalan que: "La etapa de negociación y toma de decisiones constituye un

momento en que los participantes examinan la realidad y las consecuencias de las opciones que han desarrollado".<sup>143</sup>

En esta etapa la función del mediador es un tanto más minuciosa ya que debe ayudar a los sujetos en controversia a escoger cual de las opciones es la que más se ajusta a las necesidades de ambos e impulsarlos a que cambien su actitud competitiva por una actitud cooperativa para resolver el diferendo sin pérdida de recursos económicos y personales, y sobre todo manteniendo la relación comercial vigente.

El diálogo en esta etapa es directo entre los sujetos en controversia, no como al principio de este mecanismo alternativo en donde el mediador iniciaba la comunicación entre ellos. Aquí los actores principales hacen su papel: dialogar directamente; el mediador únicamente hace sugerencias específicas para que los sujetos en controversia tengan un mejor panorama a través de la ilustración que el mediador les haga para evaluar con mayor realidad las opciones que tienen en la mesa. Posiblemente la única observación que puede hacerles el mediador es el señalamiento de la meta que deben alcanzar y los procedimientos que tienen en sus manos para poder llegar a esa meta.

Si nos damos cuenta detenidamente, el mediador pone a disposición de los sujetos controvertidos las técnicas y métodos para alcanzar la avenencia

---

<sup>143</sup> Ob. Cit. Pág. 69.

y resolver el conflicto de intereses económicos y ellos realizan las conversaciones para llegar a una resolución.

Realmente si lo vemos sin apasionamientos, el mediador debe ver la realidad del problema y evidenciarla a los sujetos controvertidos con firmeza, descubriéndoles conforme va avanzando la negociación entre ellos los aspectos negativos y positivos de sus posiciones iniciales.

Folberg y Taylor dicen al respecto que: "Como oyente, el mediador observa el proceso y da supervisión, interviniendo periódicamente en el intercambio, con el objeto de poner a prueba lo práctico y aconsejable que una opción puede ser, así como para evitar la coacción. Durante esta etapa, los mediadores deben estar conscientes del contenido de la discusión y del proceso que los participantes están usando para alcanzar una decisión. El mediador debe ayudar a los participantes, enfrentándolos a sus conflictos ocultos y a sus expectativas implícitas".<sup>144</sup>

Si el mediador en esta etapa ha logrado el intercambio de opiniones y el diálogo entre los sujetos controvertidos, debe en este momento supervisarlos de tal manera exista una comunicación sincera e interesada únicamente en resolver la desavenencia sin ningún tipo de presiones y haciendo a un lado las posiciones iniciales, peor aún si éstas son radicales.

---

<sup>144</sup> Ob. Cit. Pág. 70.

Lo anterior puede lograrlo el mediador si establece puntos de concordancia entre las pretensiones iniciales de cada sujeto controvertido y los orienta hacia una avenencia con concesiones dignas y de mutuo beneficio que tengan viabilidad y cumplimiento objetivo.

Las posiciones que tenían los sujetos en controversia antes de acudir a la mediación como un mecanismo alternativo para resolver su diferendo debe tener alguna variación para llegar a un entendido real y razonable. En muchas ocasiones el proponer un valuador neutral para alcanzar un precio objetivo es razonable si se señalan los convenientes e inconvenientes de aceptar una tercera posición desinteresada y realista.

La igualdad en el uso de la palabra debe mantenerse en esta etapa crucial. La decisión final que puede o no adoptarse para resolver el diferendo depende específicamente de la conciencia del conflicto y los alcances de este por parte de los sujetos en controversia y la consecuencia de las reacciones que personalmente adopten si sienten en un momento determinado que pierden ellos la posibilidad de resolver el diferendo directamente.

La conciencia que debe hacerse a los participantes es que son ellos quienes deben escoger las opciones y decidirse por alguna de ellas, y sobre todo, que tienen que vivir con la opción escogida y trabajar arduamente para modificarla en sentido positivo.

Si los sujetos en controversia piden al mediador un consejo referente a la opción a escoger, ya sea por temor o por probar la intención del mediador, la posición más acertada debe ser aquella que tienda a no decidir por ellos, sino a ponerles en claro las experiencias que una u otra opción han evidenciado en casos similares en oportunidades anteriores, y sobre todo la experiencia que para ellos han dejado los conflictos resueltos de una u otra manera.

Jamás el mediador debe decidir por los sujetos en controversia porque si lo hace pasará de inmediato a ser árbitro en un mecanismo que impide decisiones personales del mediador. La participación del mediador debe definirse por tanto en la exposición preliminar de este mecanismo alternativo.

Folberg y Taylor señalan en esta etapa que: "Las tres categorías de conflicto, denominadas aceptación/rechazo, rechazo/rechazo, y aceptación /aceptación, son útiles, y es conveniente que los mediadores las tengan en cuenta durante esta etapa. No sólo describen el tipo de conflicto interno que los participantes pueden tener en lo que se refiere a los casos de conflicto manifiesto, sin también se expresan los problemas que pueden estar sufriendo durante la etapa de toma de decisiones. Las opciones suelen caer en las categorías de aceptación/aceptación, o rechazo/rechazo."<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> Ob. Cit. Pág. 73.

Finalmente, debe el mediador tener la conciencia de que la toma de decisiones constituye un problema de orden personal de los sujetos en controversia que requiere madurez y ánimo de concluir la desavenencia. Si cualesquiera de los sujetos en controversia no están listos para llegar a esta etapa puede regresarse a la anterior para volver a tratar a los sujetos que todavía les falta adquirir capacidad para tomar decisiones directamente.

#### **7.5.) Etapa 5: Esclarecimiento y redacción de un plan.**

Una vez elegidas las opciones que se han venido señalando en las etapas anteriores, en la presente etapa lo que se persigue es la redacción de un documento con términos claros y precisos que permitan a los sujetos en controversia su comprensión al revisarlo con posterioridad cuando se revise la decisión adoptada o bien el problema resurja.

El lenguaje que se recomienda utilizar para la redacción es el más claro y preciso, sin exceso de palabras técnicas y párrafos innecesarios. El vocabulario debe ser claro, conciso y con posibilidades de que los sujetos en controversia lo puedan modificar los mismos participantes de acuerdo a los cambios que vayan realizándose con el transcurso del tiempo.

Si la tarea del mediador en anteriores etapas era ir tomando nota de cualesquiera de las opciones que planteaban los sujetos en controversia así como las opciones elaboradas por él directamente, este es el momento de

organizar las decisiones y reflejarlas con precisión ya sea juntamente con los participantes o bien de manera individual.

Algunas veces los sujetos controvertidos lo que desean es que se plasme en el documento la decisión que adoptaron, redactada con sus propias palabras y de esa manera se la entregan al mediador. Lo anterior lo hacen con el afán de asegurarse que se tomó en cuenta en la redacción realizada por el mediador. Es adecuado señalar que una técnica bastante aceptable en estos casos es la de proporcionarles un modelo en donde ellos puedan describir su opción tomada. Esta técnica es buena cuando las discusiones han sido muy prolongadas o controversiales.

El plan de mediación algunas veces no es funcional cuando los sujetos controvertidos toman las decisiones rápidamente, y sobre todo, cuando carecen de habilidades o dinámica escritural. En la mayoría de casos los sujetos controvertidos prefieren que sea el mediador quien tome nota de sus opciones, de sus discusiones y sobre todo de sus decisiones.

Para elaborar el plan de mediación, el mediador debe cuidar de incluir no sólo las medidas acordadas de mutuo acuerdo, la revisión del plan en su caso y sobre todo el avance que vaya a tener el procedimiento. Es aconsejable también que se incluya la revisión periódica y los cambios que el procedimiento pueda adoptar en caso de que en el futuro se encuentren variables que requieran un cambio de la redacción del documento.

Cada plan de mediación debe redactarse con copias para cada uno de los sujetos en controversia, las cuales deben estudiarse y revisarse para que en la siguiente sesión los participantes puedan expresar de manera clara y precisa las objeciones que tienen al plan, pudiendo en todo caso aflorar en este momento de la revisión un conflicto oculto.

En la sesión de revisión se requiere, indudablemente, un gran esfuerzo por parte de los participantes y del mediador de habilidades, de reflexión, análisis, síntesis, preguntas correctas y sinceras, adecuación de técnicas para realizarlo adecuadamente.

Folberg y Taylor al respecto aconsejan: "Los mediadores no deben asumir la responsabilidad de elaborar la síntesis final que cada participante puede aceptar. Los participantes deben ver que el mediador no tiene interés en el resultado, más allá de un deber profesional de facilitar las sesiones en la forma más competente posible. Son muchos los participantes que sienten alivio en esta etapa y que necesitan tener la seguridad de que el proceso al que han estado sometidos les ha ayudado a elaborar un documento preciso y verdadero al máximo."<sup>146</sup> Aquí termina la etapa 5.

---

<sup>146</sup> Ob. Cit. Pág. 75.



### **7.6.) Etapa 6: Revisión legal y procesamiento.**

Algunos autores señalan que los propios sujetos controvertidos o sus abogados deben revisar el texto del documento final. Creemos que es tarea del mediador preparar el documento final, elaborar las copias necesarias para los sujetos en controversia, revisar que esté bien redactado a satisfacción de los participantes y debidamente listo o para ser firmado con la debida anticipación a la reunión para firma. Al decir debida anticipación no nos referimos a horas, sino a días después de que se discutió su contenido en la última sesión.

Es aconsejable que el acto de la firma del plan de mediación tenga elementos simbólicos y especiales, marcado con reglas de cortesía, buenos modales y cooperación. El lugar para la firma también debe ser especial, inclusive muchos aconsejan que la mesa posea aspectos que sean agradables a los sujetos en controversia.

La tarea del mediador en este acto es proporcionarle con la debida anticipación a todos los presentes comodidad y espíritu de cooperación. Es bueno muchas veces que les exprese a los sujetos controvertidos su complacencia de que la mediación como un mecanismo alternativo ha sido la mejor decisión que han tomado, y sobre todo que en adelante estará a disposición de los participantes para aclarar dudas y seguimiento al plan de mediación acordado.

Luego de la firma, cada uno de los sujetos en controversia intercambiará un documento original firmado por ambos. Acto seguido el mediador da por concluido el acto. Aquí termina la etapa 6. Llegar a este momento debe ser altamente satisfactorio para el mediador porque el deber de evitar un conflicto jurisdiccional se ha cumplido, y sobre todo se evidencia el buen funcionamiento de los mecanismos alternativos.

#### **7.7.) Etapa 7: Puesta en práctica, análisis y revisión.**

A partir de la firma del convenio alcanzado, los anteriores sujetos en controversia tendrán que dar paso a la tarea de ponerlo en práctica. En esta etapa la participación del mediador es mínima, y por que no decirlo pasiva ya que luego de la resolución de la desavenencia los participantes tratarán de activar sus relaciones comerciales.

En los primeros días después de la firma del convenio de mediación es difícil para los sujetos anteriormente controvertidos asimilarlo totalmente, principalmente cuando se han herido susceptibilidades. Recordemos que los sujetos que llegaron a un avenimiento esperan vivir su propia realidad sin obstáculos del pasado. Deben practicar lo que con anterioridad sólo eran expectativas.

Algunas veces los participantes quieren apegarse al convenio escrito de manera exagerada. Otras sin embargo, ellos mismos se dan cuenta que lo

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

escrito no es sino el principio de una modificación en la práctica de mutuo acuerdo que no altere el contenido textual. En la práctica el contenido textual puede ser sutilmente alterado sin modificar su estructura literal.

En cualquier dificultad por mínima que esta sea, los mediadores deben estar atentos, prestos y dispuestos a colaborar con los anteriores sujetos en controversia, con la finalidad de reestructurar su aplicación, o bien de proporcionarle a los participantes la ayuda o asesoría técnica más adecuada y continua; principalmente si los problemas que surgen provienen de conflictos ocultos no resueltos.

Si la confianza obtenida por el mediador de sus participantes es grande y satisfactoria, seguramente en caso de presentarse un altercado acudirán a él para obtener propuestas y resolverlo de inmediato, esto claro está, antes de acudir a otras personas.

El mediador por ello, debe asegurarse de que los sujetos en controversia tengan por escrito la forma y lugares en donde puede localizarse en el evento de una emergencia.

La orientación hacia los participantes por parte del mediador en esta etapa tiende a ilustrarlos sobre las dificultades que pueden ir encontrando en el recorrido del cumplimiento del acuerdo, y la forma de ir solucionando

paulatinamente los tropiezos que en el procedimiento van apareciendo y deben irse resolviendo de inmediato.

El seguimiento es bueno bajo todo punto de vista. La retroalimentación que proporciona es digna de observarse, y sobre todo para el mediador porque le proporciona directamente la experiencia de su trabajo

Oswaldo A. Gozáini señala que conforme la metodología desarrollada en algunos centros de mediación de los Estados Unidos de América, ésta tiene 6 etapas: "1) contactos iniciales entre el mediador y las partes; 2) ingreso del mediador en el conflicto estableciendo las reglas que guiarán el proceso; 3) obtención de la información relativa a la disputa, identificando los temas a ser resueltos, y acordando una agenda; 4) creación de alternativas de solución; 5) evaluación de las posibilidades para arribar a un compromiso y su comparación con las alternativas de arreglo que tuvieron las partes; 6) conclusión de un acuerdo total o parcial sobre la sustancia del conflicto, junto con el establecimiento de un plan para la implementación del acuerdo y para el monitoreo de su cumplimiento."<sup>147</sup>

Hemos considerado más técnico desarrollar las etapas de la mediación que nos presentan Jay Folberg y Alison Taylor por ser precisamente estos los creadores de las mismas, aunque si analizamos detenidamente nos daremos

---

<sup>147</sup> Ob. Cit. Pág. 27.

cuenta que la variación es terminológica ya que el contenido de ellas es el mismo.

Finalmente, de acuerdo con Gulliver, citado por Elena Sparvieri, en la etapa final de negociación entre los sujetos en controversia, es probable que se presenten cuatro situaciones: "-se logró un acuerdo y quedan por discutir los detalles secundarios; -se logró un acuerdo pero quedan puntos importantes sin resolver; -se logró un acuerdo en ciertos aspectos pero persisten diferencias considerables que no se logran conciliar; -no se encontró una vía de negociación y quizá no exista."<sup>148</sup>

Creemos que no sólo esas expectativas existen al finalizar el procedimiento de mediación, porque lo óptimo que se puede obtener es un acuerdo sin ningún tipo de problemas pendientes, es decir que el conflicto efectivamente concluye.

### **8.) Métodos y técnicas para perfeccionar la actividad del mediador.**

Como hemos venido mencionando con anterioridad, el mediador debe tener ciertas habilidades, algunas naturales y otras que conforme su preparación técnica debe ir adquiriendo.

---

<sup>148</sup> Ob. Cit. Pág. 45.

Se ha proporcionado con referencia de varios autores el marco teórico del procedimiento que según los expertos en la materia debe respetarse y realizarse para alcanzar una mediación adecuada y efectiva. Algunas etapas del procedimiento pueden tener variaciones de concepto o de contenido, mínimas pero variaciones que no desmerecen el mecanismo alternativo.

Sin embargo, creemos útil mencionar que cuando el mediador actúa dentro del ámbito comercial es importante indicar la forma en que cada una de las personas pueden llegar a pensar, sentir y actuar en este procedimiento alternativo.

El mediador debe saber apreciar los procesos emocionales, estados anímicos comunes y especiales de todas las personas que intervienen directa o indirectamente en este mecanismo alternativo. Es bueno dar a conocer la variedad de habilidades que al mediador le servirán de herramientas para alcanzar su objetivo: evitar un proceso judicial colaborando con los sujetos en controversia a que ellos mismos resuelvan su conflicto de intereses económicos.

Para alcanzar su objetivo, el mediador debe utilizar métodos (modos razonados de obrar o hablar) y técnicas (habilidad para utilizar un conjunto de procedimientos idóneos en una materia) que le permitan realizar intercambios verbales o habilidades no verbales, que con el tiempo mientras más eficaces mayor será su capacidad para ayudar a resolver las controversias.

El desarrollo que alcance en la utilización de estas habilidades innatas o adquiridas y que intercambie con los sujetos en controversia le hará obtener mayor información esencial en cada conflicto en donde intervenga. Esa información que va adquiriendo no se refiere solamente a las conductas de los sujetos en controversia, sino también a su propia forma de actuar.

Como vaya recibéndola, organizándola, verificándola, evaluándola y aplicándola para la adquisición propia de experiencia y beneficio de sus clientes es cuestión de tiempo y de esfuerzo propio que le permitirá mejorarla día a día. Todas las habilidades mejorarán la conducta del mediador ante cualquier conflicto que se le presente. La madurez de su actividad aumentará el profesionalismo de su conducta.

El mediador **no debe intensificar la ansiedad de los sujetos en controversia** señalándoles horas o fechas inaccesibles para las reuniones, mucho menos hacerlos esperar. Debe ser cortés y acompañarlos hasta el lugar en donde deben sentarse en el lugar de reunión, Jamás referirse a ellos por sobrenombres, aunque sean sus amigos personales. Debe referirse a ellos por sus nombres lo cual ayudará a que éstos se sientan mejor.

Es muy útil tener a la mano bebidas no alcohólicas para ofrecerle a los sujetos en controversia y acompañantes, no precisamente en la mesa de sesiones pero si cerca de ella para que los mismos participantes se sirvan. El ejemplo de confianza debe darlo el mediador ofreciéndoles las bebidas, sirviéndolas él mismo

a los asistentes y para él. No es conveniente que haya una tercera persona exclusivamente para ello porque se pierde la intimidad y confidencialidad que debe tener la reunión.

Folberg y Taylor señalan que: "Algunos mediadores tienen la preferencia de dar instrucciones a sus recepcionistas, frente a los participantes, para que detengan cualquier llamada que se presente durante la sesión. Esto sirve para informar a los clientes que el mediador está considerablemente ocupado, que este período pertenece exclusivamente a los participantes, y que existe un límite para el tiempo que el mediador puede dedicarles." <sup>149</sup>

Durante las sesiones, el mediador sólo existe para las personas que atiende, para nadie más. En materia mercantil es conveniente que los mediadores hagan, al inicio de la primera sesión, una breve referencia de su experiencia en el mecanismo que se comienza a utilizar y que los sujetos en controversia han escogido.

Las frases de bienvenida son parte de la exteriorización del grado de cultura que posea el mediador, en todas ellas debe señalarse con claridad el tiempo durante el cual se realizará cada sesión. Algunos expertos proponen diversidad de frases alentadoras. Nosotros proponemos por ejemplo las siguientes:

***1) Es agradable tenerlos conmigo y que hayan decidido utilizar la mediación para resolver sus diferencias ya que juntos trabajaremos para***

---

<sup>149</sup> Ob. Cit. Pág. 110.



*evitar el enfrentamiento y desgaste de dinero, emociones y tiempo tan útiles en estos días. El día de hoy conversaremos por espacio de 3 horas para ponernos de acuerdo sobre el procedimiento que llevaremos a cabo, honorarios y firma del acuerdo si desean que continuemos. Por último abordaremos los puntos del conflicto entre ambos y sobre los cuales esperan que la mediación se desarrolle para solucionarlos.*

*2) No conozco la facilidad o dificultad de ustedes para estar aquí, pero reconozco la entereza y voluntad de estar presentes ya que con ello han realizado un adelanto muy considerable del que no se arrepentirán. Por 3 horas conversaremos sobre las actividades que conlleva la mediación, la actividad que desarrollaré con ustedes y el costo económico (honorarios) que significa la misma, firma del contrato de mis servicios y los puntos de controversia que debemos resolver.*

*3) Las actividades de mi persona, como mediador, tienden a ayudarles a aclarar el conflicto y que ustedes mismos alcancen un acuerdo equitativo sin dejar muestras de resentimientos, asperezas o rencores, sino con ecuanimidad. Mi deber es ayudarlos a que decidan cómo llegar a resolver la controversia buscando alternativas viables para ambos. Por 3 horas conversaremos sobre ello, además platicaremos sobre el monto de los honorarios que mi colaboración, firmaremos un contrato si deciden continuar y pondremos sobre la mesa los principales conflictos que existen.*

*4) Mi trabajo no consiste en resolverles el conflicto de intereses que tienen ambos, ni decirles la manera en que deben hacerlo. Creo que ambos son las personas más adecuadas para tomar las mejores decisiones con*

***respecto al conflicto que tienen entre sí. Yo simplemente les ayudaré a encontrar nuevas opciones para resolverlo, les ayudaré a seguir el sendero que no les permita herirse mutuamente y gastar innecesariamente su dinero. Por 3 horas hablaremos de ello y del costo de la ayuda que yo les proporcionaré, si desean continuar firmaremos un contrato y luego harán manifiesto cada uno de ustedes de los motivos del conflicto, según su punto de vista.***

Algunos autores creen que los preámbulos largos hacen aliviar ansiedades de los partícipes. Otros creen que es al contrario. Creemos que el mediador con la experiencia que va adquiriendo puede analizar las expresiones verbales y no verbales de cada participante con los indicios que presenta.

Recordemos que muchas personas no sólo desconocen los procesos judiciales, sino mucho menos conocen la mediación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de intereses económicos. Algunos participantes tratan desde la primera sesión de obtener la simpatía del mediador por su posición lo que puede dar lugar a exagerar los hechos y ocultar otros más importantes.

En las siguientes sesiones **las frases preliminares pueden ser más cortas y tendientes a recapitular el trabajo de la sesión anterior**, por ejemplo pueden utilizarse las siguientes frases: **1) Luego de recapitular nuestra actividad de la sesión anterior es conveniente que pasemos a otro tema; 2) en la sesión**

*anterior agotamos el tema referente a... pasemos ahora a desarrollar el tema...;3) Sugiero que ahora abordemos el tema... y pasemos a recibir la opinión de cada uno sobre el mismo; 4) Al revisar nuestro trabajo de la sesión anterior me di cuenta que no estamos coordinados con respecto a... en mi opinión lo que sucede al respecto es... pregunto si les parece que estoy en lo correcto o estoy equivocado?; 5) Después de la sesión anterior, creen ustedes que estoy equivocado si pienso que al referimos a... eso significa que... .*

Hay también otro tipo de frases mucho más cortas, tan cortas que su brevedad es deslumbrante. A estas frases se puede acudir cuando el mediador tiene la suficiente confianza con los sujetos en controversia y éstos a su vez tienen la capacidad para percibir las sin darse cuenta de que lo que persiguen es acelerar el procedimiento de mediación por ejemplo: **1)Usted considera tener el derecho de reclamar el pago del adeudo, me pregunto que pasaría si no poseyera el documento que ampara dicho reclamo?; 2)Están ustedes dispuestos a que sigamos perdiendo tiempo y esfuerzo en un punto que ya está resuelto?; 3)Creo que está suficientemente discutido el tema, pasemos a resolver el problema y el tiempo que necesitan para hacerlo.**

Muchas veces el mediador debe cuestionar al participante y recompensarlo por su interés en resolver el conflicto reorientándolo en la línea que desea seguir. Hay frases como **seamos objetivos y volvamos a..** que le permiten al mediador

ganar simpatía de los sujetos controvertidos, demostrar el control de la situación y ganarse la confianza de los participantes.

Realmente cada mediador utiliza las frases que considera necesarias y oportunas para cada caso. Encerrar las actividades en un patrón es inadecuado e innecesario.

**Las preguntas que el mediador dirige son importantes en todo momento**, ya que son las principales herramientas con que cuenta el mediador. Las preguntas no siempre deben buscar información, algunas veces tienden a limar asperezas entre los sujetos en controversia. La conversación es un intercambio de palabras y de ideas.

**Las preguntas abiertas** permiten que los sujetos en controversia respondan de cualquier manera por ejemplo: *¿qué ha hecho desde que se cerró el negocio?... ¿Puede decirme qué pensó el día que se inició el conflicto?*. **Las preguntas cerradas** por el contrario limitan el alcance de las respuestas y la flexibilidad que ellas impliquen por ejemplo: *¿Decidió ponerle fin al negocio? ¿Creyó que era broma el conflicto?*.

Lo que es adecuado es evitar formatos de preguntas preelaboradas. Recordemos con Folberg y Taylor que: " La forma de plantear una pregunta, ya sea por ingenuidad debida a falta de experiencia o como táctica deliberada, puede afectar la respuesta. Las preguntas que inducen a una respuesta, como la ley

comenzó a reconocerlo desde hace mucho tiempo, alientan el error por su tendencia sugestiva. En general, las preguntas que inducen a una respuesta deben evitarse en las primeras sesiones de mediación.<sup>150</sup>

**Las preguntas de formato SI/NO** ya están en desuso pues denotan la fatalidad de la ventajosa y espontánea conversación. Suprimen por completo la voluntad de continuar conversando no sólo de los sujetos en controversia sino del mediador.

Las habilidades de **reflexión, capacidad de resumen inmediato y esclarecimiento de los hechos** le permitirán al mediador tener herramientas invaluable para mantener el carisma para con los participantes y satisfacer las necesidades de ellos mismos.

La **reflexión** es un **vocablo** que se utiliza para que el mediador ofrezca el sentimiento no expresado detrás de las palabras de uno de los sujetos en controversia. El **resumen** es cuando el sujeto en controversia o el mismo mediador simplifican lo que ocurrió, lo cual contribuye a sintetizar los acontecimientos e ideas concentrado en unas pocas palabras. Las **reflexiones** son de utilidad para relajar a los participantes cuando están tensos.

El lenguaje del mediador debe ser claro, preciso, inconfundible. Si es necesario debe aclarar el contenido y alcances de un vocablo. El significado de los

---

<sup>150</sup> Ob. Cit. Pág. 118.

términos utilizados durante la mediación debe ser conocido por los sujetos controvertidos de igual manera para que no haya errores de percepción o interpretación que puedan afectar los alcances de la mediación. Algunas veces existen las llamadas *pequeñas mentiras blancas de cortesía o evasión* que impiden continuar con el diálogo franco y sincero que conviene para este mecanismo.

El *diálogo franco y sincero* es importante desde un principio porque le da confianza al procedimiento de mediación y sobre todo a los sujetos en controversia que desconocen el mismo y al mediador. El mediador debe medir las circunstancias que se estén viviendo durante el procedimiento para determinar el vocabulario adecuado a utilizar para poder transmitir adecuadamente el mensaje que desea.

El uso inmoderado de *frases para llamar la atención* es muy delicado ya que muchas veces están ya muy gastadas. El uso de las mismas es en algunos casos para ayudar a quien las menciona a evadir el tema real, o a distorsionar de una manera aceptable esa evasión. Estas frases pueden constituir para quien sabe escuchar detenidamente una llamada de alerta en el diálogo franco y sincero.

Nierenberg y Calero citados por Folberg y Taylor<sup>151</sup> dividen estas frases cortas en grupos según el propósito de que se trate. Al primer grupo las llaman

---

<sup>151</sup> Ob. Cit. Pág. 122.

**ENCUBRIMIENTO DEL HALO:** Se trata de frases destinadas a **disfrazar la arrogancia y la falsa modestia** dentro de las cuales podemos encontrar por ejemplo: ***en mi humilde opinión; con mi poca experiencia; en mi sencillo criterio; no tengo la experiencia que usted tiene; mi criterio no es tan bueno como el suyo pero...; no conozco mucho del asunto pero...; después de todo soy un simple comerciante;*** que encubren una verdadera intención que es la **AUTOEXALTACION.**

Otras denominadas **frases suavizadoras** que se utilizan para encubrir una declaración acerca de la cual se cree disgustar al sujeto controvertido como por ejemplo: ***mi intención no es hacer perder...; el amigo aquí presente; acaso no somos amigos; si no fuéramos amigos el negocio no se hubiera iniciado; yo no puedo negociar con cualquier persona por eso te escogí; si perdemos, yo pierdo más.***

Hay también otras denominadas **frases pronosticadoras** cuya finalidad es definir un intento de crear un efecto negativo en el otro sujeto controvertido que escucha, como por ejemplo: ***realmente no tiene la menor importancia; el negocio no me interesa mucho pero...; realmente no pasa ningún problema entre nosotros.***

Las llamadas **frases proseguidoras** que están destinadas a mantener a las personas asistentes (el otro sujeto controvertido o el mediador) hablando. Aquí

encontramos comentarios alentadores como ***perfecto, así es; eso me parece excelente; muy bien.***

Las ***frases interesadoras*** que tienen el propósito de que los que escuchan se interesen como por ejemplo ***adivinen el negocio que perdimos por este conflicto?; tal y como está el comercio estamos perdiendo; esta es la mejor época para el negocio.***

Hay también ***frases derrotadoras*** que persiguen crear en el ánimo de quienes escuchan o el mediador el reconocimiento de ser el que posee la razón y por tanto ganador del conflicto como por ejemplo ***demostrarle que no sabe comerciar lo puso en su lugar; es inexperto en este negocio; carece de conocimientos mínimos para este negocio.*** Estas frases también tienen la intención de lograr que la otra persona o personas asuman una posición defensiva o subordinada como por ejemplo ***no me hagas reír afirmando que eres comerciante; resulta ilógico afirmar que es comerciante si propició el fracaso del negocio; te alegra el conflicto?.***

Las ***frases persuasivas*** persiguen o tratan de convencer a quien las escucha para que se confíe y crea por ejemplo ***conforme lo conversado todos estamos de acuerdo en...; no hay otra posibilidad de resolver el asunto más que mi punto de vista; haciendo un consenso estamos de acuerdo con mi punto de vista.*** Tratan de persuadir hacia un consenso inexistente.



Las **frases acariciadoras** son intentos de usar las necesidades y los valores de la otra persona para manipular a su beneficio la situación. Cuando un sujeto en controversia declara **tu ganas**, al otro sujeto en controversia le significa implícitamente que se ha sostenido el juego ganador/perdedor, y que aquella persona a quien se le acusa de ganador comenzó el juego. Esta manifestación puede interpretarse como un halago, pero para los efectos de la mediación significa una carencia de conocimiento en cuanto a que en la mediación no hay enfoque de adversarios.

Las **frases intercesoras** representan una intención de manejar emociones que se consideran negativas, como la envidia y el autointerés, o bien la incompetencia y el fracaso. Muchas veces se inician con un sentido afirmativo-positivo seguida de un "pero" que lleva hacia una frase negativa o dudosa por ejemplo; **lo que comercialmente se escucha es... ; lo que comercialmente se quiere decir es...; todo lo que comercialmente se pueda hacer no es bastante; haremos el intento que podamos; me parece que es poco probable poder realizarlo**. Estas frases regularmente son de advertencia y útiles cuando se quiere evaluar afecciones y pueden cambiarse hacia la reflexión.

Ahora bien, no sólo con la capacidad de captación del vocabulario y las frases que se utilicen por los sujetos en controversia son suficientes para que el mediador aumente su conocimiento sobre ellos. Esa capacidad de asimilación es solamente una parte de su ardua tarea de conocimientos.

La otra tarea consiste en asimilar y descubrir la información afectiva para poder elaborar su estrategia de conducta a seguir. Todos los **Indicios, señales y manifestaciones corporales** son **conductas no verbales** que se utilizan también como una forma de comunicarse de las personas, que debe tomarse muy en cuenta.

Cada persona a su propia manera transmite manifestaciones no verbales. Para el mediador el conocimiento de estas manifestaciones no verbales es una herramienta en el procedimiento de mediación.

En cuanto mayor capacitación reciba el mediador para conocer las manifestaciones no verbales de las personas, mayor será su capacidad de captación y su posibilidad de interpretar el sentimiento de los sujetos en controversia, así como mejor la ayuda que les preste en su tarea.

Muchos mediadores que llegan a las sesiones han sido capacitados para escuchar más que para mirar, y si observan, difícilmente pueden interpretar el vocabulario no verbal porque la capacitación que han recibido es muy poca en materia de poder evaluar lo que ven.

Muchas veces la capacidad de asimilar las manifestaciones afectivas es muy limitada por parte de los sujetos en controversia, y posiblemente tocarle el hombro en afán de saludo por parte del mediador a uno de ellos sea interpretado por el otro como una manifestación no verbal de desviaciones sexuales o de interés en ayudarlo

en el conflicto. Por lo cual es aconsejable no hacer ninguna manifestación de complacencia similar.

Como señala Goffman citado por Folberg y Taylor: "a menos que un individuo pueda dejar de hablar, no puede detener la comunicación a través de indicios corporales; debe decir ya sea lo adecuado o lo que no es. No puede dejar de decir algo al hablar".<sup>152</sup>

Es tarea de los mediadores conocer la conducta verbal de los sujetos en controversia, y también saber leer la conducta no verbal de los mismos. Aquellos indicios, señales y manifestaciones corporales que envían mensajes afectivos y que revelan un mensaje oculto.

Según Folberg y Taylor, las señales y manifestaciones no verbales llamadas **indicios no verbales**: "pueden dividirse en varias categorías: **expresión facial, tono e inflexión de la voz, características somáticas, movimientos de las manos, posición y actitud corporal, velocidad del movimiento y el lenguaje, e indicios de las prendas de vestir**. Sin embargo, es conveniente tener cuidado para no dar un significado erróneo a un solo indicio."<sup>153</sup>

El conjunto de información que proporcionan las expresiones deben cotejarse con otros indicios existentes porque uno sólo de ellos pueden fácilmente conducir al

---

<sup>152</sup> Ob. Cit. Pág. 123.  
<sup>153</sup> Ob. Cit. Pág. 124.

mediador a una concepción falsa de lo que está observando. En la mayoría de conflictos los sujetos en controversia están siempre observando el lenguaje corporal del mediador pues consideran que ellos poseen una capacidad y habilidad única para interpretarlos.

La mirada, los ojos, la forma de vestirse, el estado de tensión o relajamiento que tenga el mediador y el otro participante, son aspectos que toman en cuenta los sujetos en controversia. Las expresiones faciales dicen mucho, y eso hay que investigarlo para saber interpretar su significado.

También los **accesorios faciales** como anteojos, maquillaje, recorte del bigote o la barba, aretes, peinados son manifestaciones de valores que la persona manifiesta superficialmente. El porte, la apariencia, el aspecto que presenten los sujetos en controversia y el mediador representan la creación inmediata de su forma de ser. La moda, las marcas de la ropa, son manifestaciones externas que denotan un afán de poder que no deben sobrevalorarse.

Las **características externas del rostro** (sudor, nerviosismo, confusión, rubor, náusea, incontinencia) son aspectos que deben conocerse por parte del mediador porque si alguno de los sujetos en controversia se encuentra en esta situación posiblemente esté escuchando 2 de 10 palabras que se digan por el grado de tensión en que se encuentra.

Las **expresiones de la máscara social**, o sea aquellas expresiones que por el peso que conlleva estar frente al otro sujeto en controversia y al mediador, **impiden manifestaciones verbales violentas** pero que reflejan con frecuencia la posición incómoda en que se encuentra. El ensanchamiento de las fosas nasales, el fruncimiento del ceño, el tono de la voz dicen algo, ese algo hay que saber interpretarlo.

Habrán unas expresiones fáciles de observar como **el movimiento de las manos** que en muchos casos se interpreta erróneamente. Las manos apretadas, los brazos cruzados denotan algunas veces un aferramiento a su posición. Tamborilear los dedos muchas veces significa un estado de aburrimiento. Las manos sobre el regazo reflejan una actitud de sumisión. Arreglarse las uñas mientras la otra persona habla es una señal de desdén que disfraza los verdaderos sentimientos de dolor. Morderse las uñas o removerse la piel son regresiones de infancia para controlar la ansiedad.

Tocarse la barbilla, el lóbulo de la oreja o el labio superior denotan aspectos para calmar la ansiedad. Ademanos equivalentes para calmar la ansiedad son en la mujer pasarse constantemente la mano sobre el cabello, para el hombre arreglarse la corbata. Para algunos especialistas en la materia el retorcer cabellos con su dedo manifiesta en la mujer una seducción sexual o intento de manipulación.

**La postura corporal y su actitud** indican frecuentemente lo que las personas sienten acerca de sí mismas y hacia los demás; aunque la cultura de cada lugar también tiene mucho que ver en este aspecto.

Los mediadores no deben olvidar que las manifestaciones no verbales representan más la sinceridad de la persona que sus propias palabras.

Las habilidades del mediador deben consistir en la tecnificación de la capacidad de interpretar el significado verdadero de las frases, el tono, las expresiones corporales que es necesario practicar.

#### **9.) El perfil del mediador comercial.**

La capacitación del mediador es muy importante. Algunos consideran que el mediador debe ser un profesional; otros por el contrario estiman que basta con que algunos profesionales que tengan una serie de habilidades deben capacitarse a través de una continua instrucción en los renglones de administración, negocios y leyes. Por último hay quienes consideran que no es necesaria una capacitación profesional sino simplemente una capacitación de personas con vínculos hacia el tema.

Escoger cualquiera de ellas es arriesgado, toda vez que encontraremos en el extenso camino del comercio personajes de todos y cada uno de ellos, tan buenos y tan malos para realizar la mediación. El éxito de la mediación depende en gran

parte del mediador, y bastará con ratificar lo que muchos autores señalan al respecto: **es necesario capacitar cada día a más personas para evitar conflictos judiciales.**

Para muchos basta con una capacitación de 36 ó 48 horas para lograr un mediador. Posiblemente en la mediación familiar sea efectivo, pero en la mediación patrimonial no es posible. **El mediador comercial** debe conocer el comercio en general y la actividad comercial específica del conflicto esencialmente. Debe conocer aspectos prácticos, legales, financieros, mercadológicos, publicitarios, bancarios, bursátiles y hasta costumbres personales de la actividad en donde va a mediar. No es tan simple su tarea, es especializada.

La necesidad de instruir o capacitar mediadores comerciales nada tiene que ver con los requisitos personales. Hay quienes son mediadores sin instrucción alguna, encontraremos algunos de ellos en los mercados de valores, de mercancías, de servicios, etc., sin haber tenido tan siquiera una hora de capacitación. Sus aptitudes son innatas de la comunicación y de la negociación.

Los talleres de capacitación para quienes tienen antecedentes profesionales tienen un papel importante para transmitir las habilidades y experiencias de quienes han tenido ya la oportunidad de mediar. Compartir sus reflexiones y dificultades sirven para orientar mejor a los que desean capacitarse.

La capacitación por parte de entidades públicas y privadas en el ámbito nacional e internacional son adecuadas y necesarias. Cada taller, cada seminario, cada conferencia, cada simple conversación sobre la mediación nos deja un aporte que incrementa nuestro acervo cultural sobre este mecanismo alternativo para la resolución de controversias en materia mercantil.

El interés sobre este mecanismo alternativo no sólo debe quedar en seminarios y simples talleres, debemos implementar en todas las carreras profesionales y de nivel medio cursos permanentes sobre mecanismos alternativos y darles seguimiento.

Folberg y Taylor indican con acierto que: "Se prevé que más escuelas de derecho y otros departamentos para graduados y estudiantes universitarios van a ofrecer cursos sobre los conceptos y las habilidades de la mediación. Esta tendencia puede desarrollarse de manera paralela a programas individuales de licenciatura o certificado en la resolución de conflictos. En otras palabras, veremos a algunos estudiantes incorporándose al desarrollo de una especialidad académica en la mediación, mientras que otros las estudian como parte integral de la administración pública, la psicología, el ramo empresarial, el derecho, la educación, o los campos de servicios humanos."<sup>154</sup>

Agregan los referidos autores: "A medida que esto ocurre, la mediación va a convertirse en un ramo con mayor credibilidad y más profesionales participarán en

---

<sup>154</sup> Ob. Cit. Pág. 231.



la oferta de servicios de mediación dentro de numerosos formatos y ambientes distintos. Este acontecimiento dará lugar a servicios de mediación mediante el incremento de los conocimientos interprofesionales, y referencias más eruditas, no sólo entre los prestadores de los servicios de mediación, sino también de otros profesionales.<sup>155</sup>

Para poder alcanzar una adecuada capacitación y obtener un mediador técnicamente preparado Folberg y Taylor señalan que por lo menos deben incluirse cinco temas: **el entendimiento del conflicto, el procedimiento y las suposiciones de mediación, las habilidades de mediación, un conocimiento significativo y la ética y las normas de la mediación.**

#### **9.1.) El entendimiento del conflicto.**

El que aspire a ser mediador mercantil debe saber que no es una autoridad externa que va a imponer su voluntad, sino que es la voluntad de los sujetos controvertidos la que gobernará la mediación. Debe conocer la naturaleza del conflicto mercantil, su origen, su dinámica, la forma en que se manifiestan las desavenencias particulares de intereses económicos contrapuestos y como pueden y deben manejarse y resolverse.

Mientras el mediador conozca más a profundidad la actividad mercantil en donde va a mediar, mejores serán sus logros. Conocer el conflicto

---

<sup>155</sup> Ob. Cit. Pág. 231.

equivale a tener mayores posibilidades de colaborar con los sujetos controvertidos para presentarles opciones adecuadas y coherentes de donde ellos puedan echar mano para resolver en definitiva el diferendo.

### **9.2.) El procedimiento y suposiciones de la mediación.**

Para algunos la mediación es un método, para otros una técnica de resolución de conflictos totalmente diferente al proceso judicial o jurisdiccional, es decir, sin formalismos ni retardos burocráticos. El mediador debe conocer aspectos básicos por medio del aprendizaje que según varios autores comprende: **el aspecto positivo de entender la función de la mediación y cuáles son las necesidades que se deben cubrir en cada etapa**, aspectos que conllevan elementos técnicos y tareas específicas; y **la disociación de hábitos y suposiciones**, que conllevan la separación de las costumbres, usos, prácticas y planteamientos que cada conflicto posee lo cual le orientará hacia la finalidad de su tarea.

### **9.3.) Las habilidades del mediador.**

La **habilidad corporal o manual** constituye la **DESTREZA**; la **habilidad intelectual** constituye el **INGENIO**; la **habilidad en el trato social** constituye el **TACTO**.

El que sabe hacer una cosa bien y con conocimiento de lo que hace, **tiene habilidad**; el que la hace materialmente bien y con facilidad, **tiene destreza**. La habilidad se refiere directamente al **saber**; la destreza se refiere directamente al **ejecutar**.

Un artífice tiene habilidad cuando sabe ejecutar bien la obra que le encargan, y destreza en el manejo material de los instrumentos de su profesión. Un mediador mercantil debe tener habilidad para realizar su tarea de conocer y orientar un conflicto de intereses y destreza para utilizar de la mejor manera y en beneficio de los sujetos en controversia de los instrumentos que este mecanismo alternativo le proporciona.

Las habilidades, destrezas e ingenio que va adquiriendo el mediador mercantil se van incrementando con la capacitación que adquiere, con la madurez que cada conflicto le deja y la responsabilidad con que ha participado en los conflictos en donde interviene.

Puede ser que el desarrollo de esas habilidades no sea idéntico, pero puede haber adquirido la suficiente capacidad para aislar los problemas y proponer opciones, aunque no domine todas las herramientas que le da la mediación.

El aumento de habilidades depende de la capacitación y supervisión de esa capacitación. La flexibilidad que le permite el desarrollo de esas

habilidades adquiridas crea una trayectoria de madurez y prestigio en este mecanismo alternativo.

Todas las habilidades que adquiere el mediador mercantil debe aplicarlas de manera distinta en cada caso para que sea exitosa su tarea. El mediador mercantil debe ser hábil para desarrollar afinidad y obtener la confianza de los sujetos controvertidos. Es una combinación de ideas nuevas con materiales antiguos y dominio de instrumentos adicionales no coercitivos.

Conforme lo expuesto, podemos afirmar que es recomendable que un **MEDIADOR MERCANTIL** posea **HABILIDADES** para:

- ~Hablar y escuchar
- ~Crear confianza, afinidad y empatía
- ~Evaluar intereses y necesidades contrapuestas
- ~De elección
- ~De dar atribuciones
- ~De planteamiento y formulación
- ~Desentrañar la realidad y ponerla a prueba
- ~Parafrasear
- ~De negociación
- ~Recabar y compartir información
- ~Permanecer neutral al conflicto
- ~Romper patrones y estereotipos
- ~Aceptar y compartir el sentido del humor

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

- ~Establecer objetivos
- ~Planeación y estrategias
- ~Diseño de planes temporales y definitivos
- ~Desentrañar conflictos
- ~Fomentar credibilidad
- ~Adquirir confianza de los participantes.

Así mismo el mediador mercantil debe conocer **TÉCNICAS** para:

- ~Tratar la ira
- ~Interrumpir un estancamiento
- ~Autoconciencia
- ~Incluir a otras partes
- ~De recompensa y afirmación
- ~Crear momentos de impulso
- ~Celebrar reuniones
- ~Equilibrar el poder
- ~Desarrollar normas de procedimiento
- ~Consultoría en casos de tristeza, dolor o pena
- ~Para referencia.

Como parte de la preparación del mediador mercantil, es necesario que aprenda:

- ~Etapas de la negociación

- ~Naturaleza y papel del poder (de los sujetos controvertidos y el mediador)
- ~Aceptación del fracaso y aceptación del éxito
- ~Parámetro de ética profesional
- ~Normas de la comunidad en cuanto a criterios razonables y orden privado
- ~Formulación de presupuestos
- ~Responsabilidad hacia partes no representadas
- ~Negociación con base en intereses versus con base en posiciones
- ~Momentos oportunos (disminución de la oportunidad)
- ~Influencia de los grupos de decisión sobre las partes en conflicto
- ~Duración mínima y máxima de los acuerdos
- ~Negociación de distribución versus de integración
- ~Proceso de postmediación y seguimiento
- ~Rituales de acuerdo
- ~Definición de una comunicación afectiva.

#### **9.4.) Conocimientos significativos.**

La especialización de los mediadores mercantiles son las desavenencias de comercio, comprendiendo dentro de ello las actividades, los sujetos, las organizaciones, intereses, experiencias y alcances.

Ahora bien, los conocimientos que haya adquirido el mediador mercantil deben ser claros, precisos y sobre todo ser practicantes en esta área, más allá de un comerciante tradicional, debe ser capaz de realizar trucos de comercio, que no significa precisamente conocer el comercio en sí.

El mediador mercantil debe saber utilizar los conocimientos adquiridos de manera directa y no-cruzada. Recordemos que la tarea primordial del mediador es ayudar a los sujetos en controversia a crear opciones para resolver el diferendo de intereses, y que los sujetos en controversia sepan en que momento deben acudir a un experto en determinada materia.

#### **9.5.) Ética de la mediación y normas de práctica.**

Las restricciones éticas y las normas mediante las cuales deben orientar en su práctica los mediadores mercantiles son indispensables en su formación.

La incipiente profesionalización de los mediadores mercantiles requiere que se incluya la ética en el curriculum de capacitación. La mediación mercantil requiere una conformación más actualizada hacia la justicia de la paz, hacia la justicia sin trámites burocráticos y de un comportamiento justo para con los sujetos en controversia, con equidad, ecuanimidad y sobre todo tendiente a que sean ellos quienes resuelvan su conflicto directamente.

La mediación mercantil no encaja directamente dentro de una profesión específica, la puede ejercer cualquier profesional, y no profesional. Pero al hacerlo deberá respetar ciertos patrones de conducta dentro del marco de la **justicia, ecuanimidad, normas de la práctica y limitaciones éticas, restricciones sobre los abogados, sigilo y responsabilidad.**

#### **9.5.1.) Justicia.**

Cuando los autores se refieren a la **JUSTICIA** como patrón de conducta del mediador, se refieren en cuanto a que si el procedimiento que éste utiliza puede ser una barrera para la imparcialidad que debe practicar. El mediador no sólo debe actuar imparcialmente, sino pensar imparcialmente. Su tarea es proponer opciones para resolver el conflicto, sin pensar en favorecer a uno de los sujetos controvertidos.

El procedimiento de mediación mercantil como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de carácter económico provee de los elementos necesarios para alcanzar la imparcialidad, con reglas elaboradas por diversidad de personas y perfeccionamiento mediante su aplicación.

Este procedimiento no requiere la intervención de un juez, antes, durante y peor aún después de que las partes han llegado a un entendimiento de mutuo acuerdo. La aprobación única que requieren es



la de los sujetos controvertidos, y nada más. La naturaleza eminentemente privada le impide a este mecanismo alternativo cualquier actuación en un órgano público.

La mediación es, sobre todo, un procedimiento consensual, en donde los mismos participantes procuran para su propio beneficio, resoluciones a su conflicto de intereses económicos que se originan de su propio libre albedrío. Las normas que rigen el mecanismo están orientadas hacia las personas, sin salirse del marco legal, pero con estricta aplicación hacia problemas únicos: el comercio.

Folberg y Taylor al respecto nos dicen: " Estas normas o principios personales, aunque no son legalmente válidos en el tribunal, pueden ser importantes para que los participantes alcancen un convenio justo, dentro del contexto de los problemas y las características de su desavenencia única."<sup>156</sup>

Para ilustrar mejor lo anterior los referidos autores proporcionan el siguiente ejemplo: "Supongamos que dos empresarios cristianos tienen una desavenencia respecto a las multas que deben pagar por un embarque de mercancía, no efectuado a tiempo. Está el cálculo de la multa excluyendo el día de descanso al considerar el número de días de retraso, de una manera injusta, debido a que un tribunal no haría el

---

<sup>156</sup> Ob. Cit. Pág. 240.

cálculo de la misma manera?. Incluir estos principios no legales constituye una de las propias ventajas del orden privado que puede hacer un convenio más aceptable y duradero para las partes en desavenencia.<sup>157</sup>

Para ponerse a comparar los resultados de un mecanismo alternativo judicial con uno extrajudicial es tarea especial porque tendríamos que establecer primeramente el enfoque que le vamos a dar (personal, económico, temporal, etc.), y sobre todo debemos tener en cuenta que el mediador es un colaborador para resolver el conflicto, él o decide, son los sujetos controvertidos quienes lo hacen. Tiene el mediador la responsabilidad de ser indiferente a las cuestiones personales de los sujetos controvertidos.

La mediación requiere de la cooperación de los interesados en resolver sus diferencias de una manera poco formalista y tediosa. Empresarios, consumidores y usuarios día a día buscan la manera de resolver sus diferencias disminuyendo sus costos, tiempo y esfuerzo personal.

---

<sup>157</sup> Ibid. Pág. 241.

### 9.5.2.) Ecuanimidad (*summa quisque aequitas*).

Para explicar el vocablo, principiaremos con decir conforme el Diccionario Enciclopédico Usual Larousse que **ECUANIMIDAD** significa: "Igualdad y constancia de ánimo. Imparcialidad".<sup>158</sup>

El Diccionario de la Lengua Española al respecto señala: "(Del lat. *Aequanimitas-átis*) Igualdad y constancia de ánimo. Imparcialidad de juicio".<sup>159</sup>

Si acudimos al origen latino del vocablo encontramos en el Diccionario Latino-Español, Español-Latino que **AEQUANIMITAS** significa: "Ecuanimidad, moderación, indulgencia."<sup>160</sup> Ahora bien, el mismo Diccionario se encuentra el significado de varios vocablos que nos permitirán desarrollar sus alcances.

Así **AEQUITAS** significa: "Igualdad, ecuanimidad, calma, equilibrio moral, imparcialidad, espíritu de moderación, desinterés, equidad, espíritu de justicia, defender prolijamente la equidad contra el derecho estricto."<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> "Diccionario Enciclopédico Usual Larousse". Pág. 209.

<sup>159</sup> "Diccionario de la Lengua Española." Pág. 787.

<sup>160</sup> Ob. Cit. Pág. 16.

<sup>161</sup> Ob. Cit. Pág. 17.

Ahora bien, el vocablo latino **QUISQUE** es un pronombre que significa "Cada, cada uno, dar a cada uno lo suyo, a cada uno le arrastra su afición."<sup>162</sup>

Y por último el vocablo **SUMMA** significa: "punto culminante de una cosa, parte esencial, lo esencial de las peticiones, los puntos principales de un asunto, suma, totalidad, conjunto, generalidad."<sup>163</sup>

En ese orden de ideas, la **ecuanimidad** proviene del vocablo **ecuánime** que conforme al Diccionario de Sinónimos y Antónimos se refiere a: "Serenos, juicioso, ponderado, imparcial."<sup>164</sup>

Con lo anterior podemos definir entonces la **ECUANIMIDAD** aplicable en el mecanismo alternativo de la mediación como *el equilibrio moral, espíritu de moderación e indulgencia, desinterés y de justicia que debe poseer el mediador para resolver en lo esencial las peticiones de los sujetos en conflicto de intereses comerciales.*

---

<sup>162</sup> Ob. Cit. Pág. 417.

<sup>163</sup> Ob. Cit. Pág. 488.

<sup>164</sup> Ob. Cit. Pág. 152.

### 9.5.3.) Normas de práctica y limitaciones éticas.

Para explicar las *normas de práctica y limitaciones éticas*, podemos afirmar su diferencia en cuanto a que las primeras regulan el procedimiento y protegen a las personas que solicitan el servicio del mediador en cuanto a la estructura del procedimiento y su integridad; y las segundas son códigos impuestos a los mediadores a través de la organización como condición para su licenciamiento.

Las normas de práctica ayudan a esclarecer las metas de un servicio, mejorar su calidad y reforzar la imagen pública de quien lo presta. La dificultad de establecer estas normas para una profesión como la mediación de reciente surgimiento es el papel social y económico que brindan al comercio y su influencia social.

Algunos autores al referirse a estas últimas dicen que es *lo que no se debe de hacer* impuesto por la comunidad la cual espera un comportamiento moral o socialmente aceptable. En materia comercial lo que se espera del mediador es un comportamiento moral, social y comercialmente adecuado.

Cuando el mediador es un profesional de cualesquiera de la infinidad de profesiones existentes, las interpretaciones oficiales de cada uno sirven como indicios para quienes medien siendo profesionales de otra índole. Realmente son los abogados quienes han

planteado más cuestiones éticas en cuanto a este mecanismo alternativo porque consideran que en materia mercantil el contenido legal es bastante influyente, y el técnico y emocional es secundario.

#### **9.5.4.) Restricciones sobre los abogados.**

Al referimos a las **restricciones sobre los abogados** diremos únicamente que en un alto porcentaje los colegios o asociaciones profesionales en el mundo entero prohíben a los abogados representar a ambas partes en intereses conflictivos ya que lo presupone como una forma de adversario. Algunos lo expresan como **doble representación**, otros como **patrocinio infiel**. Lo importante es que tanto sujetos en controversia como mediador tienen que estar conscientes del papel restrictivo del abogado como mediador y revisar los principios éticos que el colegio o asociación a la que pertenezca le imponga.

Aunque hay modelos dignos de tomar en cuenta como *las reglas de conducta profesional de la American Bar Association (Asociación del Colegio Estadounidense ABA)* que como innovadora distribuye la función del abogado como **intermediario, asesor o evaluador del uso de terceras personas**. Es **asesor** cuando atiende a una sola persona; **intermediario** cuando atiende consultas a múltiples clientes acerca de las decisiones a tomar y las consideraciones para tomarlas de tal manera que cada uno de los clientes pueda decidir sobre la base de la

información que se le proporciona adecuadamente. Y por último actúa como **evaluador de terceras personas** cuando sin ser mediador representa a las partes en controversia para evaluar a una tercera persona que intervendrá en el procedimiento de mediación mercantil.

#### 9.5.5.) Sigilo y responsabilidad.

Y finalmente al referimos al **sigilo y responsabilidad**, diremos que al hablar del **SIGILO (silencio o secreto)** que este surge de dos formas individuales que se deben considerar: **protección de los asuntos privados de la revelación pública** y el **privilegio del testimonio en tribunal**.

##### 9.5.5.1.) Protección de los asuntos privados de la revelación pública.

En cuanto a la **protección de los asuntos privados de la revelación pública**, el mediador mercantil está obligado a no divulgar ni discutir con otras personas lo que se conoce en la mediación, a menos que dichas revelaciones tengan la aceptación de los sujetos en controversia.

Para algunos autores inclusive, esta revelación si es posible por orden de un tribunal. Al respecto consideramos que ningún

tribunal puede obligar a una persona a revelar un secreto profesional porque estaría obligando a violar una norma ética. Recordemos el apotegma jurídico que en algunos países se ha convertido en un postulado constitucional de que ***nadie está obligado a hacer lo que la ley no le prohíbe.***

El respeto a los asuntos privados que se ventilan dentro de la mediación es la garantía para los sujetos en controversia de que lo que allí se trate no se divulgará ni por el otro sujeto en controversia, ni mucho menos por el mediador.

Esta garantía surge de la naturaleza misma de este mecanismo alternativo, de las limitaciones privadas del mediador, y más frecuentemente del contrato que se suscribe para iniciar la utilización de este mecanismo. De otra manera los sujetos controvertidos desconfiarían de este mecanismo alternativo sabidos que si fracasa se revelará en su contra o a su favor cualquier aspecto que dentro del mismo se divulgue.

Precisamente la garantía de ***confidencialidad*** es lo que hace del mecanismo alternativo de mediación el grado más alto de confiabilidad para los sujetos controvertidos y para el mediador, por el respeto que se merecen los asuntos privados comerciales.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

El privilegio de la confidencialidad abarca la no-publicidad de lo que se conoce y desconoce durante la mediación. De otro modo los sujetos en controversia desconfiarían del mecanismo por evidenciar aspectos que no desean que se hagan del conocimiento del público en general.

El éxito de la mediación depende de las expectativas del respeto a los asuntos privados y a los tratos confidenciales que se presentan durante la mediación.

Si los sujetos en controversia no confían en que todos los aspectos que se vean dentro de la mediación serán confidenciales o no divulgados por ellos mismos y el mediador, y que sus revelaciones no podrán ser utilizadas a su favor o en su contra, se comprometerían peticiones previas.

La falta de confianza sobre la reserva de la secretividad de los asuntos que allí se revelen puede provocar su fracaso antes de que se inicie. Precisamente la tarea del mediador es ganarse la confianza de los partícipes hacia él, y la de los partícipes entre ellos ayudándoles a abrir sus posiciones iniciales.

La carencia de esta confianza puede hacerles perder a los participantes su confianza, sinceridad, compromiso y deseo de

presentación de opciones por el temor de que se revelen en un futuro de fracasar este mecanismo alternativo. Aún y con todo lo anteriormente indicado, el secreto y la publicidad no son absolutos.

**9.5.5.2.) Privilegio de testimonio en tribunal.**

Para algunos autores es obligatorio el testimonio en un tribunal. Sin embargo consideramos que no porque entonces se perdería ese sigilo al que tanto sujetos en controversia como mediador le tienen a este mecanismo alternativo.

Si todo lo que dentro de la mediación fuere susceptible de conocerse o utilizarse en un tribunal, se perdiese no sólo la confidencialidad sino también la garantía de que cualquier cosa que se ventilara dentro del mismo pudiera ser utilizado por alguno de los sujetos en controversia en contra del otro en un proceso judicial. Y peor aún, que podrían forzar a un testimonio al mediador para que diga o no lo que se ventiló dentro del procedimiento de mediación.

Esto provocaría la pérdida de confianza en la mediación, en los mediadores y en las herramientas que se utilizan en el procedimiento. El privilegio del testimonio ante un tribunal es proteger a uno o a ambos sujetos controvertidos y al mediador de prestar testimonio sobre aspectos conocidos durante la mediación.

Dentro de los múltiples procedimientos de mediación que existen como mecanismos alternativos para resolver conflictos de carácter económico hay muchas coincidencias más que diferencias sustanciales. Vale la pena mencionar que en el procedimiento que aplica el **Centro de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)**<sup>165</sup> existen algunas pequeñas variantes dignas de ser analizadas.

En dicho centro de arbitraje rige el **Reglamento de mediación de la OMPI**,<sup>166</sup> y del mismo vale la pena mencionar que en su Artículo 1 hace referencia que, al igual que el arbitraje, la mediación puede ser adoptada en forma de una cláusula compromisoria de mediación, o la de un contrato separado.

En cuanto a la forma de iniciar la mediación, en su Artículo 3 señala que cuando una parte desee iniciar la mediación presenta un escrito ante el Centro y al mismo tiempo enviará un ejemplar a la otra parte. En el Artículo 6 señala el reglamento referido que el nombramiento del mediador, a menos que las partes lo acuerden, corresponde al Centro.

---

<sup>165</sup> La OMPI tiene su sede en Ginebra, Suiza  
<sup>166</sup> En vigor desde el 1 de octubre de 1994.

En cuanto al procedimiento de la mediación, en el Artículo 9 señala que si las partes no lo acuerdan, el mediador determinará la manera de realizarlo conforme el reglamento del Centro. El mediador fija fechas de reuniones y lugar, promoverá la solución a las partes del modo que considere apropiado, pero sin autoridad para imponer una solución (Artículos 12 y 13).

Vale la pena mencionar también lo preceptuado por el Artículo 26 de dicho reglamento, en cuanto a la renuncia de las partes y el mediador al aceptar su nombramiento, en cuanto a que ninguna declaración o comentario, oral o escrita, formulado o utilizado por ellos o por sus representantes durante los preparativos de la mediación o durante la misma, serán utilizados para fundar o mantener acciones por difamación oral o escrita u otro tipo de demanda similar.

Los honorarios de los mediadores algunas veces se convienen con las partes en controversia, aunque regularmente los mediadores se rigen por el arancel del Centro de Mediación al que pertenecen o aplican el arancel de un Centro específico. Basta señalar que los honorarios se calculan porcentualmente sobre la base del monto del conflicto en donde intervienen.

**10.) Cláusula compromisoria recomendada de mediación.**

Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato mercantil y de cualquier enmienda, adición, supresión, rescisión parcial, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o resolución, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a mediación de conformidad con el Reglamento de \_\_\_\_\_. La mediación tendrá lugar en \_\_\_\_\_. El idioma que se utilizará en la mediación será \_\_\_\_\_. El procedimiento será establecido por \_\_\_\_\_. Los honorarios del mediador serán cancelados por \_\_\_\_\_. Este mecanismo alternativo se deberá agotar previamente a que las partes acudan a un mecanismo jurisdiccional.

## CAPITULO V

### LA NEGOCIACIÓN MERCANTIL.

#### **1.) Consideraciones generales.**

Aunque parezca absurdo todos somos negociadores. La negociación es parte de nuestra propia vida. Tratar de remontarnos desde cuando existe la negociación sería un poco arriesgado toda vez que posiblemente dejemos acontecimientos importantes sin mencionar e indiquemos otros que son irrelevantes como punto de apoyo para ello.

Al referirse a los antecedentes más lejanos de la negociación, algunas personas consideran que quizá en el paraíso la entrega de la manzana de Eva a Adán pudo haber sido el resultado de una negociación preliminar entre ellos mismos, o inclusive entre seres supremos.

Lo cierto es que no acudimos a los antecedentes históricos porque sería demasiado extenso hacerlo. Basta con afirmar que en el mundo se negocia todos los días, a todas las horas y en todos los lugares. Lo mismo hacen los representantes de los Jefes de Estado de dos potencias en un hotel de lujo en un día domingo, como lo hacen los líderes un grupo de trabajadores con el representante de sus patronos en el lugar de trabajo en un día de asueto por la tarde, o una ama de casa con el vendedor de verdura en el mercado al medio día.

Las personas negocian sin darse cuenta a veces, aun cuando caen en cuenta que lo están haciendo, y continúan realizándolo porque la vida es producto de interrelaciones. Esas interrelaciones imponen conductas determinadas que conllevan a la convivencia humana y social. La tolerancia y la armonía deambulan permanentemente aspirando a ser el sostén de los valores del orden y la seguridad.

Así como la existencia se convierte sin sentirlo en una negociación permanente, en donde los millones de células se concilian e interactúan buscando equilibrios que no sacrifiquen nuestro desarrollo corporal y perjudiquen a otro. Así mismo el equilibrio social es producto de la cooperación del ser humano entre los derechos y las libertades que nos proporciona la sociedad.

Los llamados deseos de la vida (o bienes cotidianos) son mercancías de permanente intercambio, y no precisamente en el sentido comercial o productivo, sino en el sentido más amplio de la capacidad del ser humano para alcanzar sus objetivos y beneficios.

Tanto se negocia cuando se suscribe un tratado internacional con otro país, como cuando compramos una mercancía para nuestro consumo, o cuando contratamos un taxi para trasladarnos de un lugar a otro. La negociación supone una conversación entre las personas involucradas directa o indirectamente en el asunto en donde se pretende obtener un resultado o fin determinado.

La negociación se convierte sin que lo sintamos en un hábito de conducta humana. Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton nos dicen que: "la negociación es un medio básico para lograr lo que queremos de otros." <sup>167</sup>

Determinar si la **negociación es un arte o una ciencia** resultaría inadecuado porque el objetivo del presente trabajo no es delimitarlos, sino demostrar la funcionalidad de este mecanismo alternativo. De tal manera que conforme Howard Raiffa afirmamos que: "Existe un arte y una ciencia de la negociación." <sup>168</sup>

Para Howard Raiffa: "la **NEGOCIACION** considerada como un arte incluye habilidades interpersonales, la capacidad de convencer y ser convencido, la capacidad de emplear toda una canasta de argucias de regateo, y la sabiduría de saber cuándo y cómo usarlas. El arte de la negociación ha sido registrado en todas las épocas." <sup>169</sup>

Es decir que la negociación como un arte es algo que las personas traen innato y que conforme el tiempo va transcurriendo se acrecienta cultivándose de acuerdo al desarrollo de las habilidades personales propias tecnificadas y adquiridas.

---

<sup>167</sup> Fisher, Roger. Ury, William. Patton, Bruce. "Sí... ¡de acuerdo!. Cómo negociar sin ceder." Pág. XVII.

<sup>168</sup> Ob. Cit. Pág. 17.

<sup>169</sup> Ibidem.



Ahora bien, la **NEGOCIACION** considerada por algunos autores **como ciencia** es un análisis sistemático para resolver problemas. Y podríamos afirmar que su desarrollo técnico comercial es muy reciente, quizás de este siglo, aunque de todos es conocido que desde que tenemos uso de razón estamos negociando, algunas veces sin saberlo o quererlo. Sin embargo creemos que es realmente un método.

Sin embargo, cuando las posiciones son diferentes y se personalizan las pretensiones sin el reconocimiento a los sacrificios para la convivencia pacífica, la armonía se pierde y es necesario acudir a investigar el conflicto de intereses y las razones del mismo. Es aquí en donde las formas posibles de solucionarlo surgen con diversos matices porque se industrializa el conflicto de intereses.

Todos los sujetos involucrados directa o indirectamente en el conflicto de intereses desean participar en las decisiones que se tomen y que más tarde les afectarán; pero cada día menos personas están en total disposición de aceptar las decisiones tomadas por otras. Todas tienen sus diferencias (materiales o personales) y negocian.

Al respecto asegura Osvaldo Gozaíni que: "Las diferencias entre los hombres originadas por intereses encontrados se presenta como un estado patológico que vulnera la pacífica convivencia. Desde este punto de vista, el conflicto nace como

un desvío social que requiere descubrimientos en las causas que lo motivan para proyectar desde allí el tratamiento de corrección.”<sup>170</sup>

Fisher, Ury y Patton señalan que: “Aunque se negocia todos los días, no es fácil hacerlo bien. Las estrategias estandarizadas para negociar, con frecuencia dejan a las personas insatisfechas, cansadas, o alienadas - y a menudo las tres cosas a la vez.”<sup>171</sup>

Algunas veces se deja entrever un enfrentamiento entre sectores con motivos y resistencias: en donde ganadores y perdedores deben vislumbrarse indefectiblemente. La búsqueda del éxito en las posiciones explica muy claramente lo irreductible de las conductas; el éxito se estima y concilia con los resultados que se han trazado los sujetos más que con los beneficios alcanzados.

Realmente el ideal de ganancia de los sujetos en controversia no implica, en manera alguna, que quienes intervengan no puedan tener intereses comunes, además de otros intereses opuestos, y peor aún intereses ocultos, porque sólo en el conflicto puro los intereses de los sujetos en controversia son opuestos en su totalidad.

Cada uno de los sujetos en controversia se ubica en una posición que lo

---

<sup>170</sup> Ob. Cit. Pág. 24.

<sup>171</sup> Ob. Cit. Pág. XVIII.

identifica con sus necesidades y aspiraciones que suponen el diseño previo de un camino y la toma de sus decisiones con respecto a la **posición** adoptada.

Si la posición de cualesquiera de los sujetos en controversia es inflexible seguramente no habrán soluciones alternativas porque la dureza retarda cualquier intento de presentar opciones para resolver la diferencia de intereses porque el choque de las voluntades es inmediato y el **ego** se posesiona del éxito eliminando acercamientos y opciones con un sendero específico de la solución del diferendo a través de la sentencia judicial la cual dividirá seguramente los intereses y que posiblemente dejen dos voluntades insatisfechas.

Así pues, aunque se negocia todos los días, a todas las horas y en todos los lugares, es difícil hacerlo bien, regularmente las negociaciones dejan a las personas insatisfechas, cansadas o alienadas. Comúnmente hay **dos maneras de negociar: la negociación suave y la negociación dura.**

Cuando se **negocia suave** se tratan de evitar conflictos personales que dificultarían el resultado, y por eso se hacen concesiones con el objeto de llegar a un acuerdo. Sin embargo al llegar a esa solución amistosa lo que sucede es que los sujetos se sienten amargados, explotados y con intereses insatisfechos.

Cuando se **negocia duramente** se ven todas las posibilidades como un choque de voluntades, en donde cada parte asume una posición extrema y quien resista por más tiempo es quien gana. Aquí el negociador aspira a ganar. Sin

embargo al adoptar una posición infranqueable sus respuestas son igualmente duras que agotan sus recursos y lastima sus relaciones con la otra parte.

Fisher, Ury y Patton se inclinan por una tercera manera de negociar. Esta manera es el *método de negociación según principios desarrollados en el proyecto de negociación de Harvard*. Según los autores: "consiste en decidir los problemas según sus méritos, en lugar de decidirlos mediante un proceso de regateo centrado en lo que cada parte dice que va o no a hacer. Sugiere que se busquen ventajas mutuas siempre que sea posible, y que cuando haya conflicto de intereses debe insistirse en que el resultado se base en algún criterio justo, independiente de la voluntad de las partes."<sup>172</sup>

Agregan al respecto que: "La negociación según principios le muestra cómo obtener sus derechos y a la vez ser decente. Le permite ser justo y a la vez lo protege contra aquellos que estarían dispuestos a sacar ventaja de su justicia."<sup>173</sup>

Tomando en cuenta que todas las negociaciones son diferentes, pero los elementos básicos para llegar a ellas y alcanzar sus objetivos son esencialmente los mismos ya que se persigue transformar substancialmente la juridicidad de los conflictos haciendo a los sujetos en controversia olvidarse del éxito individual y solidarizar las soluciones.

---

<sup>172</sup> Ob. Cit. Pág. XIX.

<sup>173</sup> Ibidem.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Si el proceso jurisdiccional formalista, lento y oneroso es la intervención quirúrgica para la sanación del conflicto de intereses, acaso los mecanismos alternativos, y específicamente la negociación, resultan ser como otros tratamientos más viables y posibles.

Mario E. Chaumet, citado por Osvaldo Gozaíni señala que: "la exaltación de lo individual, de confianza en el poder de la razón y en la conciencia del hombre, en su autodeterminación, esa fe en el voluntarismo inicial de lo subjetivo frente a toda finalidad externa, suponiendo que los fines son con exclusividad el resultado de expresiones libremente adoptadas, está en crisis. En este sentido no asombra que así como en un momento se llegó a proclamar la muerte de Dios, en estos días se ha podido anunciar la muerte del hombre, suponiendo que es un mito la reivindicación del sujeto consciente." <sup>174</sup>

Frecuentemente los intereses se vinculan con las personas y ello conlleva que adoptan una posición frente al conflicto dejando por un lado los principios; negocian la base de los problemas y no intentan resolver sus intereses individuales y peor aún intereses comunes.

En este trabajo necesariamente adoptaremos el Proyecto de Negociación de Harvard, y las implicaciones que puede tener para alcanzar con adecuada solvencia una forma de aprender a negociar, negociando técnicamente bien,

---

<sup>174</sup> Ob. Cit. Pág. 28.

aunque intentando ampliar en materia mercantil, los aspectos teóricos que la ciencia del derecho impone.

## 2.) Definición.

Acudiendo a la etimología del vocablo **NEGOTIUM**, conforme el Diccionario latino-español, español-latino significa: "Ocupación, trabajo, negocio".<sup>175</sup> Proviene del verbo **NEGOCIAR**, que conforme al Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado significa: "Traficar, comerciar. Ajustar el traspaso de un efecto comercial. Tratar un asunto"<sup>176</sup> y éste del latín **NEGOTIATIO** (comercio, empresa comercial).<sup>177</sup>

En el Diccionario de sinónimos y antónimos al referirse al vocablo **NEGOCIAR** señala: "Comerciar, tratar, traficar."<sup>178</sup> En el mismo diccionario al referirse al vocablo **NEGOCIO** señala: "Comercio, tráfico. El comercio y el tráfico suponen compra y venta; no así el negocio, que puede consistir en agencias, descuentos, corretajes, acarreos, y otras clases de ocupaciones lucrativas. La significación de negocio se extiende a toda acción recíproca de hombre a hombre, o de nación a nación, en materia grave."<sup>179</sup>

---

<sup>175</sup> Ob. Cit. Pág. 321.

<sup>176</sup> Ob. Cit. Pág. 717.

<sup>177</sup> Ibidem.

<sup>178</sup> Ob. Cit. Pág. 261.

<sup>179</sup> Ibidem.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Al referirse al vocablo **NEGOCIO** el Diccionario de Derecho Privado indica: "Significa cualquier ocupación, empleo o trabajo, todo lo que es objeto de una ocupación lucrativa o de interés, que atañe al derecho o se ajusta a él."<sup>180</sup>

Para Osvaldo Gozaíni la **NEGOCIACIÓN** es: "un proceso que les ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo."<sup>181</sup>

Al hablar de **NEGOCIOS** Benjamin Franklin, citado por Howard Raiffa, nos ilustra "No habría negocios si no fueran ventajosos para las partes involucradas. Desde luego, lo mejor es lograr el trato más ventajoso que le permita a uno su posición de regateo. El peor resultado es cuando, como consecuencia de una voracidad excesiva, no se logra ningún trato, y no llega a realizarse una transacción que hubiera sido buena para las dos partes".<sup>182</sup>

Como referencia histórica se puede mencionar que la negociación no tiene un origen específico. Ya en el desarrollo de la humanidad siempre ha existido, de hecho siempre las personas han intercambiado mercancías y servicios, negociando, sin saber que lo hacían.

---

<sup>180</sup> Ob. Cit. Tomo II. Pág. 2.740.

<sup>181</sup> Ob. Cit. Pág. 29.

<sup>182</sup> Ob. Cit. Pág. 41.

Según algunos autores, la negociación se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción. Confucio: "hablaba de la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse. La autoayuda unilateral y la intervención de un adversario ponen fin a una relación armoniosa, y por lo tanto serían la antítesis de la paz y la comprensión, que constituyen la esencia del pensamiento".<sup>182</sup>

Repetimos en este apartado lo manifestado por Abraham Lincoln en 1850 "Convence a tus vecinos de que negocien, todas las veces que te sea posible. Hazles notar cuán a menudo el ganador nominal es perdedor, en honorarios, gastos y energías". Con lo anterior, lo que el presidente de los Estados Unidos de América explicaba es que el negociador debe tratar de convencer todas las veces que le sea posible que resuelvan su controversia directamente entre ellos o nombren a una persona idónea para hacerlo en su nombre, no una sino las veces que sea necesario; principalmente haciéndoles ver que perderán tiempo, esfuerzo, dinero y la oportunidad de continuar de buena armonía su propia relación personal si persisten en alimentar la contienda.

La negociación directa o por medio de terceras personas, como uno de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos ha demostrado en la experiencia acumulada, que los acuerdos a los que llegan las partes de manera voluntaria o por medio de sus representantes negociadores se cumplen en un

---

<sup>182</sup> Ob. Cit. Pág. 21.



porcentaje más alto que las órdenes judiciales, y que muchas veces hacen necesaria la ejecución de manera coercitiva y forzada.

Para Fisher, Ury y Patton la **NEGOCIACIÓN**: "es un medio básico para lograr lo que queremos de otros. Es una comunicación de doble vía para llegar a un acuerdo cuando usted y otra persona comparten algunos intereses en común, pero que también tienen algunos intereses opuestos".<sup>184</sup>

Sin embargo, para Gerard Y. Nierenberg, definirla no es tan sencillo, y nos ilustra: "Nada tan fácil ni, a la vez, tan complejo. Cualquier deseo a satisfacer cualquier necesidad a remediar, es, al menos potencialmente, una ocasión para iniciar el proceso negociador. Cada vez que las personas intercambian ideas con la intención de modificar sus relaciones, cada vez que llegan a un acuerdo, están negociando."<sup>185</sup>

Agrega Nierenberg que: "La negociación depende de la comunicación. Se lleva a cabo entre personas que se representan a sí mismas o a grupos organizados. Así pues, la negociación puede considerarse como un elemento de la conducta humana."<sup>186</sup>

---

<sup>184</sup> Ob. Cit. Pág. XVII.

<sup>185</sup> Nierenberg, Gerard Y. "El negociador completo." Pág. 16.

<sup>186</sup> Ibidem.

Como podemos apreciar, cualesquiera de las definiciones, siempre está presente la intención de la negociación de solucionar pacíficamente la controversia que tienen las partes involucradas con intereses contrapuestos.

Ahora bien, la **negociación** está inspirada en la razón, en la buena fe y cultura de quienes la realizan. Consideramos que la idea de su implementación fue anterior al proceso jurisdiccional, con elementos de evitar enfrentamiento entre los sujetos en desavenencia de intereses.

La finalidad de la **negociación** es que cada uno de los sujetos controvertidos expresen sus pretensiones directamente o por medio de sus negociadores para evitar un futuro proceso jurisdiccional, en cuanto a todos los puntos controvertidos, o al menos en algunos de ellos.

No podemos olvidar que para que se realice la negociación, indispensable resulta la participación de una o varias personas que como terceros participen con buena fe, conocimiento del asunto comercial y capacidad técnica adecuada llamado **NEGOCIADOR**.

Podemos con lo anterior definir la **negociación mercantil** como un mecanismo alternativo voluntario, participativo, flexible, confidencial, no adversarial, consistente en un conjunto ordenado de instrumentos y medios prácticos comerciales, establecidos de tal manera que funcionan coordinados que mediante la participación directa de los sujetos en

controversia de intereses o su representante conector de sus pretensiones (llamado negociador mercantil), separando las posiciones de los intereses y a las personas de los problemas, con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades para alcanzar con armonía y conformidad un convenio o avenencia mediante concesiones recíprocas que hacen inútil el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica.

### 3.) Naturaleza jurídica.

Los fenicios en sus intercambios de mercancías utilizaban medios de convencimiento que hacían a los sujetos participar directamente en la interrelación de intereses.

La negociación instruye a los participantes en cuanto a que las necesidades de ambos sean satisfechas adecuadamente mediante concesiones recíprocas y para evitar desavenencias futuras entre ellos también les permite nombrar a un representante (llamado negociador) con suficientes y amplias facultades para decidir en su nombre y para ejecutar lo decidido.

La negociación ayuda a que los participantes trabajen juntos durante el conflicto de intereses, aislando los problemas que requieren decisiones y darse cuenta de que con su participación y cooperación como contendientes pueden obtener beneficios.

Intrínsecamente la negociación ofrece muchas ventajas porque no está sujeta las reglas procesales del derecho formal sustantivo y adjetivo, ni a los principios que dominan el conflicto judicial. La autoridad máxima y final de la negociación es en suma la voluntad de los propios sujetos en controversia manifestada directamente o por medio del negociador nombrado.

Mediante la negociación son los propios sujetos quienes pueden realizar una solución adecuada a sus propios intereses controvertidos sin estar sujetos a formalismos ya que la forma de proceder se las proporciona la técnica negociadora que hayan aprendido libremente.

La naturaleza jurídica de la negociación mercantil es un procedimiento voluntario, cuyo plazo puede ser corto o prolongado dependiendo de la importancia y capacidad de los sujetos que estén negociando, quienes logran en forma práctica la satisfacción de sus necesidades mutuas.

La negociación incentiva la comunicación y beneficia en el futuro la aceptación de un acuerdo que sea acorde a las exigencias de ambos contendientes. Hace que se eliminen de manera sencilla y natural las posibilidades de que un juicio formal y legal futuro, inclusive más allá de otros mecanismos alternativos existentes.

Son variados los aspectos importantes que incluye la negociación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de intereses: la disminución

de las hostilidades mediante la comunicación, la participación directa de los contendientes o su representante plenamente facultado para decidir por él y ejecutar lo decidido, resolución emana directamente de los negociadores, reducción de costos, eliminación de formalismos innecesarios, fortalecimiento de autoestima y autoridad propia, independencia de decisión y debilitamiento de un futuro litigio jurisdiccional.

La negociación es ideal para las desavenencias mercantiles; constituye una búsqueda de equilibrio de poder en las formas no coercitivas, que conduce a la concesiones recíprocas por parte de los sujetos en controversia, de sus intereses hasta llegar a un acuerdo.

***La naturaleza jurídica de la negociación mercantil es eminentemente no controversial, sino de comunicación, unión y amistad para recuperar o mantener una armonía en el ejercicio del comercio.***

#### **4.) Características.**

Las características de la negociación mercantil son las siguientes:

**1o.)** Es un mecanismo alternativo mercantil eminentemente voluntario, establecido sin contravención de la ley. La voluntariedad se manifiesta en cuanto a que son las partes en conflicto de intereses o sus representantes (negociadores con facultades plenas de decisión y ejecución de lo decidido) resuelven sus diferencias;

2o.) Es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos no controversial, ya que para su funcionamiento posee un conjunto de instrumentos o medios prácticos comerciales al servicio de las partes que desean resolver sus diferencias mediante concesiones mutuas, sin llegar a juicio;

3o.) Es participativo porque funciona por medio de la intervención directa de los sujetos en controversia o de un tercero (llamado negociador mercantil), facultado plenamente para decidir y ejecutar lo decidido;

4o.) Es flexible y respetuosa de la voluntad de las partes.

5o.) El objetivo de la negociación es alcanzar una armonía, conformidad, acuerdo, convenio o avenencia entre las partes en controversia de intereses comerciales, mediante concesiones mutuas;

6o.) Es un mecanismo alternativo comercial confidencial, ya que mediante la comunicación detecta los intereses de las partes y cualquier otro escollo que exista para poder llegar a un acuerdo. Desarrolla razonamientos que permiten a las partes en controversia realizar concesiones recíprocas que hace inútil el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica;

7o.) Se puede realizar antes, durante y después de un proceso jurisdiccional;

8o.) La designación de participar directamente o mediante un negociador lo pueden hacer las partes sin que la ley lo prevea;

9o.) En caso de designación de un negociador, el poder del negociador es total, debe tener *imperium* para decidir y ejecutar lo resuelto. La legitimación de su presencia expresa la manifestación de voluntad de quien lo nombró;

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

10a.) El negociador separa las posiciones de los intereses y a las personas de los problemas con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a las necesidades de los sujetos de la controversia;

11a.) Su objetivo es alcanzar con armonía y conformidad un convenio o avenencia mediante concesiones recíprocas que hace inútil el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica;

12a.) Deja abiertas las posibilidades que los contendientes continúen con la relación comercial erosionada o reanuden la que creó el conflicto.

**5.) Requisitos.**

Los requisitos mínimos para optar por una negociación mercantil son:

1a.) Que exista una controversia de intereses comerciales entre sujetos de comercio (individuales o sociales);

2a.) Que los sujetos en controversia tengan interés en utilizar la negociación en lugar de acudir a los mecanismos jurisdiccionales;

3a.) Permitir que se les instruya sobre el contenido y alcances de la negociación, previamente a su aplicación;

4a.) Que decidan participar directamente o nombren a un negociador mercantil como sujeto tercero conocedor del asunto, idóneo, confiable, y responsable, quien actuará con plenos poderes de decisión y ejecución de lo decidido;

5o.) En especial tener la convicción de que la negociación es el mecanismo alternativo funcional para el caso concreto;

6o.) Que los sujetos en controversia estén dispuestos expresar los puntos de contradicción en forma clara e indubitable al negociador, estableciendo parámetros de los posibles resultados;

7o.) Que los sujetos en controversia expresen claramente sus pretensiones;

8o.) Que los sujetos o sus negociadores estén dispuestos a comunicarse;

9o.) Respetar el plazo que la negociación requiere para darse por agotada;

10o.) Estar los sujetos en conflicto o sus negociadores, ha hacerse mutuas concesiones;

11o.) Estar dispuestos los sujetos en controversia a cumplir y respetar lo acordado;

12o.) Estar dispuestos los sujetos en controversia a respetar lo manifestado en las sesiones de negociación y mantener el deber de secretividad de las conversaciones y acuerdos.

## 6.) Objetivos.

En la negociación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil no existe ni debe existir antagonismo litigioso como sucede en el mecanismo jurisdiccional (proceso formal), en donde los litigantes (abogados y clientes) ven a sus oponentes como rivales o enemigos.



Es evidente tal afirmación, toda vez que la **justicia participativa** involucra directamente a los sujetos en conflicto, y por voluntad de ellos mismos ingresa una tercera persona (negociador) a ocupar su lugar con plenas facultades para decidir y ejecutar lo resuelto.

El negociador debe tener como objetivo comunicarse constantemente delimitando los intereses, contradicciones y aspiraciones hasta llegar a un acuerdo.

#### 7.) La teoría de la actividad negocial.

Thomas R. Colosi y Arthur Eliot Berkeley, citados por Osvaldo Gozáini señalan que "La negociación es un proceso que les ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo".<sup>187</sup>

Consideramos que la negociación no es un proceso, sino un procedimiento informal y voluntario (*animus negotiandi*) cuyo punto de partida son los intereses contrapuestos.

Para negociar se requiere de **PARTES EN CONTROVERSIA** (individuales o colectivas), también se requiere de **INTERESES CONTRAPUESTOS**.

---

<sup>187</sup> Ob. Cit. Pág. 29.

La comunicación entre las personas es muy importante ya que define las pretensiones de cada uno de los sujetos controvertidos. No debemos olvidar que cuando surge un conflicto de intereses comerciales cada sujeto se posesiona defendiendo sus intereses.

Los intereses económicos de los sujetos es básicamente el problema que se debe resolver. Estos pueden ser diversos o específicos, aislados o complementarios, principales o accesorios.

#### 8.) La técnica negocial.

Por principio, el ánimo de comunicarse y voluntad para llegar a un acuerdo es, simplemente indispensable para negociar.

Cuando se acude a negociar no existen *las partes en conflicto, oponentes, adversarios, rivales o enemigos, simplemente existen personas que consideran un problema y acuden aislándose de sus posiciones flexiblemente anulando sentimientos polarizados y con el animo de hacer concesiones reciprocas sacrificando derechos o renunciando a beneficios eventuales y discutiendo amistosamente sobre definidos y permeables para una conveniencia mutua y convivencia económica de armonía.*

Nierenberg al ilustrarnos, presenta un extracto de un estudio del Comité de Justicia del Senado de los Estados Unidos de América que indica: "Para un

americano, la negociación es el método más sencillo de evitar una disputa. Puede tratarse de una negociación exploratoria que sirva para formular puntos de vista y buscar formas de ponerse de acuerdo. El éxito de la negociación depende: a) de que el asunto sea negociable; b) de que los negociadores estén dispuestos no sólo a obtener sino también a conceder, puedan cambiar una cosa valiosa por otra y deseen comprometerse y c) de que cada parte negociadora coopere en cierto modo con la otra parte. Si no fuera así, un montón de prejuicios haría invariable el acuerdo.”<sup>188</sup>

#### **8.1.) Negociabilidad del asunto (objeto de la negociación).**

Al decir negociabilidad significa que el asunto (ó materia de la negociación), siendo el objeto particular del conflicto de intereses económicos, debe ser posible, o admitir la posibilidad de ser negociado. Un negociador mercantil puede vender mercancías o servicios, pero no puede negociar personas.

A este respecto vale la pena señalar lo que nuestro Código Civil establece en cuanto a que el objeto del negocio jurídico debe ser lícito. En materia mercantil debe ser de lícito comercio.

---

<sup>188</sup> Ob. Cit. Pág. 17.

### **8.2.) Disponibilidad de hacer concesiones.**

El ánimo de los negociadores debe ser de reciprocidad. Es decir, debe hacer concesiones y estar dispuesto a comprometerse en beneficio de resolver la controversia, con la perspectiva de cumplir los acuerdos a que hubiere llegado con la otra persona en controversia.

Si carece de esta disponibilidad, simplemente no habrá negociación. Debe despojarse de la vestimenta de vencedor. Esto no significa en manera alguna tener que ponerse la vestimenta de vencido.

En la negociación no hay victorias ni derrotas. Se alcanza un éxito mutuo de amistad, satisfacción de intereses y resolución del problema sin herir susceptibilidades. El resultado debe ser previsto por los negociadores.

### **8.3.) Cooperación mutua.**

No puede haber negociación si quienes negocian no tienen el ánimo de cooperar entre sí para lograr un acuerdo que refleje la satisfacción de sus mutuos intereses.

Aunque para algunos autores es difícil y hasta imposible alcanzar estas técnicas, en un porcentaje muy considerable los negociadores poseen bastantes aspectos que encajan en ellas.

### 9.) Procedimiento de negociación.

La negociación como mecanismo alternativo para resolver las controversias en materia mercantil persigue esencialmente que las partes resuelvan sus diferencias.

El negociador debe tomar muy en cuenta que es muy diferente negociar individualmente que colectivamente, ya que la ambivalencia de quien las presente es evidente.

Recordemos que si **LA NEGOCIACIÓN ES SUAVE:**

- -Se fomenta la amistad entre los sujetos que participan,
- -Alcanzar un acuerdo es la tarea,
- -Satisfacer los intereses mutuos es el objetivo,
- -Se hacen concesiones para mantener la relación económica,
- -Hay confianza mutua,
- -Hay diversidad de ofertas, ninguna es la primera ni la última,
- -Si existen posiciones se evidencian para trabajar por eliminarlas,
- -Hay pérdidas unilaterales para alcanzar beneficios mutuos,
- -La solución que se busca es única para satisfacción de interese mutuos,
- -Hay insistencia en llegar a un acuerdo, no se abandona fácilmente,
- -Se evita el enfrentamiento de voluntades,
- -No existe presión para ceder, y cuando hay se cede para no caer en controversia.

Ahora bien, si **LA NEGOCIACIÓN ES DURA**:

- -Los participantes son adversarios, oponentes y luchan entre sí,
- -El objetivo es vencer,
- -Las concesiones se exigen para condicionar la relación,
- -Se desconfía de los demás,
- -Los participantes adoptan una posición firme,
- -No se ofertan opciones, sino se amenaza en caso de persistir el desacuerdo,
- -Hay intenciones ocultas, intereses ocultos,
- -El interés particular se busca como respuesta a cualquier opción,
- -En el enfrentamiento de voluntades se persigue ganar,
- -Hay presión constante.

Fisher, Ury y Patton, citados por Gozaini señalan que "el procedimiento inmediato determina: a) un análisis del caso; b) planificación; c) discusión y abordaje." <sup>189</sup>

El **análisis del caso** se logra cuando se tienen todos los elementos materiales, intelectuales, personales y comerciales que conforman la controversia. También se deben de conocer los intereses de las personas en conflicto, sus perspectivas mínimas y máximas. Sin estos aspectos el análisis del caso sería muy superficial y el negociador arriesgaría su participación efectiva en el conflicto.

---

<sup>189</sup> Ob. Cit. Pág. 32.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Para la **planificación** son necesarias inseparablemente: a) las partes en controversia, b) los intereses definidos evidentes y ocultos, c) las opciones favorables y adversas y d) la flexibilidad de los criterios.

En la **discusión y abordaje** el negociador pone en práctica todos sus conocimientos, experiencia, capacidad y audacia para resolver el problema planteado. Debe carecer de hostilidades para poder sentarse a discutir amistosamente sobre los intereses mutuos y el éxito lo habrá logrado si concerta un acuerdo en donde ninguna de los participantes sienta que ha renunciado a sus beneficios, sino que ha cedido para resolver la diferencia y alcanzar la mutua conveniencia.

Aunque realmente es difícil establecer un procedimiento para la negociación, ya que algunas veces se negocia de etiqueta en un hotel de lujo y mañana en traje de diario en una plaza, en el presente apartado haremos referencia de algunos aspectos de procedimiento que pueden tomarse en cuenta para llegar a una adecuada negociación.

Sin embargo, debemos aclarar que nos referiremos específicamente a la negociación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil.

**No importa el tiempo, el lugar ni la forma como la negociación se vaya a realizar, es impredecible muchas veces cuando vamos a negociar. Algunas**

veces hay negociaciones programadas y otras son improvisadas. El negociador debe mantener vivo el ánimo de resolver problemas con o sin previo aviso. La preparación técnica, la experiencia y no cometer errores de casos anteriores le harán desenvolverse mejor, en cualquier momento.

La tercera manera de negociar que no es suave ni dura es el llamado método de negociación según principios desarrollados en el **Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard** que desarrollaremos más adelante.

#### **9.1.) Nombramiento de negociadores y fijación de reglas.**

El nombramiento de negociadores es voluntad de los sujetos en controversia. No existe plazo para hacerlo, aunque es pertinente anunciar la fecha de inicio de la negociación y su conclusión en un plazo prudencial.

Se aconseja es que los sujetos en controversia escojan libremente al conciliador o se preparen para negociar si deciden hacerlo ellos mismos. Para ello es importante que tomen en cuenta la experiencia, la especialidad, la honorabilidad, la capacidad y seriedad de la persona a designar. Para contactar a la persona ideal existen muchas instituciones comerciales (como las cámaras de comercio, gremiales empresariales, entidades privadas y asociaciones comerciales) que tienen un staff de personas altamente capacitadas para cada actividad mercantil, que hace posible acudir a ellas sin ningún obstáculo.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Una vez hecho el nombramiento, es conveniente **fijar las reglas o bases** sobre las cuales se llevará a cabo la negociación. Básicamente se deben tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- 1o.) Fijación de los honorarios del negociador, y forma de pago;
- 2o.) Fijación de plazo para la realización del inicio de la negociación;
- 3o.) Fijación de plazo para la conclusión de la negociación;
- 4o.) Indicación del lugar en donde se realizará la negociación;

5o.) Establecimiento de las personas que pueden acompañar al negociador y el objeto de esa comparecencia. Es aconsejable que las partes acudan acompañados de personas que conozcan la materia sobre la cual se va a negociar. No necesariamente deben ser abogados. Muchas veces los abogados entorpecen la negociación, principalmente si desconocen el asunto comercial a tratar y llevan el ánimo de contienda. Hay que mantener la idea de restauración del problema, no de ampliación del mismo;

6o.) Establecimiento claro, preciso y delimitado de los intereses por cada una de las partes en controversia, con señalamiento de los alcances que cada una persigue de su pretensión, e indicación de la máxima y mínima aspiración que tiene previsto alcanzar;

7o.) Indicación por cada negociador, de los aspectos o elementos de convicción que fortalecen su posición frente a la otra persona. Si es posible individualizando los aspectos que le favorecen y a la vez le podrían perjudicar;

8o.) Establecimiento de los objetivos que se persiguen con la aplicación de este mecanismo alternativo;

9o.) En caso de que la conciliación sea efectiva, la formalización del acuerdo mediante un compromiso escrito y legal;

11o.) En caso de que la negociación no sea efectiva el negociador dejará establecido por escrito las bases de entendimiento para la búsqueda de otro mecanismo alternativo más efectivo o reanudación de la negociación con el mismo u otro negociador.

### 9.2.) Audiencia preliminar.

Para que la negociación principal se lleve a cabo adecuadamente, es adecuado realizar una *audiencia preliminar* como una actitud prudente de orientación y acercamiento de las partes en conflicto. El motivo principal de esta audiencia preliminar es quizás propiciar que las partes tengan un primer contacto libre de presiones que los intereses encontrados afloran.

La idea de esta audiencia preliminar, no es para discutir nada del conflicto, es simplemente para que ambas partes tengan la plena seguridad de que el negociador realizará su gestión apegado a la objetividad que ellas mismas le presenten. Para presentación personal del negociador, sus antecedentes, experiencia, etc. Puede también aprovecharse para que las partes se presenten un bosquejo de su reclamación para que cada uno tenga una base sucinta de ello.

Esta audiencia preliminar es mejor si la realiza el negociador con una pequeña agenda del futuro trabajo conjunto.

### **9.3.) Planteamiento del conflicto.**

Cuando las partes están en controversia, cada una de ellas tiene sus propios puntos de vista, sus propios razonamientos y los objetivos particulares de conveniencia. Como en materia mercantil se trata de resolver controversias que poseen aspectos económicos primordialmente, los intereses contrapuestos necesariamente versarán sobre cuestiones de comercio con un profundo matiz económico.

El buen negociador debe permitir que otra parte haga sus planteamientos completos, desde los más ínfimos, innecesarios e insignificantes hasta los máximos, indispensables y significativos porque todos en conjunto y cada uno de ellos en particular le permitan tener un panorama completo del asunto que pretende negociar. No son adecuadas las sujeciones ni las prisas.

La base real del conciliador será precisamente la comprobación de todos y cada uno de los elementos proporcionados por la otra persona, para buscar y encontrar los puntos en donde hay asperezas entre ellas y disuadirlos a que vayan desapareciendo poco a poco por medio del razonamiento y el diálogo directo.

Es preciso que el negociador no espere resultados distintos a los que por medio de este mecanismo alternativo puede alcanzar.

En el planteamiento del conflicto deben prevalecer por parte de los sujetos en controversia: **espontaneidad, veracidad, claridad de pretensiones mínimas y máximas e intención de resolver la controversia pacíficamente.**

#### **9.4.) Comunicación y proposición.**

La comunicación es indispensable en la negociación. Sin ella no existe negociación. Es conveniente que se realice desde el primer encuentro verbalmente o por escrito.

Nadie mejor que los propios sujetos de la controversia para conocer y exponer escrita y verbalmente sus puntos de vista respecto a la controversia planteada.

Algunos autores se inclinan porque la comunicación que lleven a cabo las partes en una controversia mercantil sea eminentemente escrita; otros por el contrario señalan que en materia comercial es innecesario lo escrito y basta con las manifestaciones verbales que hagan los interesados y la participación activa del negociador para que se dé esa comunicación.

Creemos que es bueno que las partes presenten sus propuestas por escrito en forma clara, precisa y sencilla, sin formalismos de ninguna naturaleza, previamente a la audiencia preliminar o al realizarse esta. Si se realiza previamente le permitirá al negociador tener el día de la negociación mayores elementos de juicio para presentar opciones de resolución.

Para alcanzar la negociación no existe un tiempo.

En la comunicación deben prevalecer las buenas costumbres, respeto mutuo y deferencias que el propio negociador haya descubierto en la otra persona.

El buen negociador debe tener buenas costumbres y mucha cortesía.

#### **9.5.) Propuesta negociadora.**

Las personas tienen la oportunidad de presentarle al negociador su pretensión y demostrar las respectivas cuestiones de hecho que la respaldan y poder tener un mejor acercamiento para trabajar juntos las opciones a negociar y obtener una avenencia satisfactoria.

La experiencia, el conocimiento, las buenas costumbres y la sutilidad del negociador para alcanzar la resolución del conflicto son la respuesta adecuada para que funcione.

La forma como se llegue resolver el conflicto, las concesiones, las renunciaciones que se hagan las partes controversiales, es responsabilidad estricta del negociador.

El procedimiento que se utiliza en este mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en materia mercantil es el menos formalista que existe y el más rápido. A veces no requiere ni siquiera de un solo documento, todo es verbal.

La eficacia de la negociación no se mide tomando como base el que se haya terminado el conflicto de intereses existente. Los resultados de la actuación del negociador se califican tomando en cuenta principalmente el hecho de que se hayan resuelto razonablemente las diferencias de intereses.

La suscripción de un documento que contenga cualesquiera de las dos cosas indicadas por el referido autor, por parte de los sujetos en conflicto: avenirse o tener conciencia de que se dialogó sin alcanzar un acuerdo conciliatorio pueden tenerse como resultados satisfactorios para este mecanismo alternativo en materia comercial.

#### **9.6.) Efectos de la negociación.**

Conforme a los resultados que se hayan obtenido con la práctica de la negociación como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

materia mercantil, es posible que podamos establecer los efectos que produce este mecanismo alternativo, ya sea cuando **no se alcanza el objetivo trazado**, así como cuando **se obtiene una avenencia**.

En el primer caso, o sea **cuando no se alcanza el objetivo tentado o provocado**, por lo menos habremos obtenido una concretización y delimitación de las partes en cuanto a las pretensiones que tiene cada una y los alcances que persiguen con las mismas.

Además, las partes en controversia realizaron la delimitación de las concesiones que estén dispuestos a dar y los puntos sobre los cuales no hay cambio alguno. Pero sobre todo, el hecho de que razonablemente dialoguen y conozcan mutuamente las probables alternativas de resolución previamente a llegar a un proceso jurisdiccional durante el cual, inclusive, la negociación puede llevarse a cabo.

Aquí podemos mencionar que la negociación puede fijar de mejor forma los intereses en discusión, agregar a la controversia otros elementos que no fueron analizados y atendidos al momento de plantear la negociación con mayor claridad y persuasión.

Ahora bien, en el segundo caso, **cuando se obtiene una avenencia**, si la consecuencia de la negociación, y los efectos que produce este mecanismo alternativo es la avenencia entre las partes en controversia, bastará con la

elaboración de un documento que plasme la voluntad de los sujetos encuadrado de manera indubitable y lícita dando por concluido el diferendo de intereses.

#### 9.7.) Formalización del acuerdo o negocio final.

Al llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio basta con que conste por escrito en forma indubitable, no necesariamente con un respaldo notarial para que sea efectivo y valedero entre las partes que intervinieron.

Por eso es que la negociación es una búsqueda de ventajas comunes mediante la utilización de las diferencias y de los procedimientos que las partes puedan imaginarse para lograr acuerdos en situaciones difíciles evitando un proceso judicial futuro, y permitiendo que las partes continúen con sus relaciones comerciales mutuas.

#### 10.) Métodos de negociación.

Conforme el Pequeño Larousse Ilustrado *método* significa "*methodos*, de *meta*, con y *odos*, *vía*. Modo razonado de obrar o hablar. Procedimiento, técnica, teoría, tratamiento, sistema. Enseñanza y ordenación. Modo de obrar habitual"<sup>190</sup>.

Entonces podemos aseverar que es un procedimiento o sistema ordenado

---

<sup>190</sup> Ob. Cit. Pág. 679.



aplicable a la manera de hacer algo, especialmente cuando comprende más de una operación. En este apartado trataremos de ilustrar los principales modos de obrar o realizar el procedimiento para negociar.

#### 10.1.) El método Harvard para la negociación.

Con anterioridad indicamos que existían dos maneras de negociar, *una suave y otra dura*; sin embargo, también admitimos que *una tercera forma era el método de la negociación según los principios desarrollados en el proyecto de negociación de la Universidad de Harvard.*

Este método según Fisher, Ury y Patton: "consiste en decidir los problemas según sus méritos; en lugar de decidirlos mediante un proceso de regateo centrado en lo que cada parte dice que va o no va a hacer. Sugiere que se busquen ventajas mutuas siempre que sea posible, y que cuando haya conflicto de intereses debe insistirse en que el resultado se base en algún criterio justo, independiente de la voluntad de las partes."<sup>191</sup>

Este método desarrollado en la Universidad de Harvard ubicada en el Estado de Massachusetts, Estados Unidos de América posee una dureza en cuanto a los argumentos y suavidad en cuanto al trato con las personas. Enseña a quien lo utiliza a obtener lo que se desea de una manera decente

---

<sup>191</sup> Ob. Cit. Págs. XVII y XIX.

y no forzada, amigable y no controversial; sin sacar ventaja de la justicia que cada uno pretende aplicar para su propio beneficio.

Estando claros que cada negociación es distinta, los elementos fundamentales de todas las negociaciones son los mismos. Este método puede aplicarlo tanto un negociador experto como un principiante, un duro y un amistoso.

Regularmente cuando nos encontramos frente a un conflicto de intereses comerciales nos damos cuenta que cada uno de los sujetos controvertidos asume una posición con argumentos a su favor, haciendo concesiones, en algunos casos, para poder llegar a un compromiso futuro. A esas concesiones se llega mediante regateos (debates).

Para Fisher, Ury y Patton: "Cualquier método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios: debe conducir a un acuerdo sensato, si el acuerdo es posible. Debe ser eficiente. Y debe mejorar, o por lo menos no deteriorar la relación entre las partes."<sup>192</sup>

Al señalar los autores que ***debe ser un acuerdo sensato*** significa que debe satisfacer los intereses legítimos de ambas partes con prudencia, posibilidades de cumplimiento y tomando en cuenta una relación duradera entre las partes.

---

<sup>192</sup> Ob. Cit. Pág. 4.

La **eficiencia** es la virtud de este método para alcanzar los objetivos de resolver conflictos de intereses económicos entre las partes. Y al referirse los autores *que debe mejorar, o por lo menos no deteriorar la relación entre las partes* se refiere a que, mediante este método, la relación comercial entre los sujetos en controversia debe ser mejor a la relación existente antes de que el conflicto de intereses surgiera; o por lo menos no deteriorarla más luego del conflicto.

El método no sugiere la presión cuando se va a regatear con la otra parte. Evita realizar actividades del negociador sobre la base de las posiciones que adoptan las personas. Mientras el negociador defiende más su posición, no la aclara y menos se dedica a satisfacer los intereses y preocupaciones que las partes subyacentemente poseen. El acuerdo se hace más difícil.

La discusión sobre las posiciones es ineficiente y retarda los acuerdos futuros. Cuando se negocia sobre la base de posiciones el negociador trata de mejorar las posibilidades de llegar a un acuerdo que le sea favorable principiando con posiciones extremas, tercas y engañosas, regularmente tratando de sorprender a la otra parte en cuanto a su verdadero punto de vista, haciendo pequeñas concesiones solamente cuando desea continuar con la negociación.

Cuando se negocia con posiciones, cada cesión no significa ceder sino presionar más. Son usuales tácticas como las demoras, amenazas de rompimiento, inmovilidad, son comunes. Las negociaciones basadas en posiciones regularmente se convierten en un enfrentamiento de voluntades imposible de realizarse porque frecuentemente es la ira y el resentimiento los que obligan a ceder ante la rígida voluntad de la otra parte, dejando por un lado sus intereses propios. No debemos olvidar que algunos resentimientos duran toda la vida

Ahora bien, si cuando se negocia sobre la base de posiciones entre dos personas es difícil; cuando son varias las partes se dificulta aún más. Mientras más personas se involucren en las negociaciones basadas en posiciones, más graves serán las dificultades para llegar a acuerdos. La reciprocidad de concesiones basadas en posiciones es difícil.

Frecuentemente lo que sucede es que cuando la negociación se basa en posiciones, y son varias las partes cuyos intereses son comunes, las coaliciones son simbólicas y no profundas y sólidas.

Como afirman Fisher, Ury y Patton, conforme al Método Harvard para la Negociación: "El juego de la negociación se da en **dos niveles**. En el **primero, la negociación trata lo esencial; en el segundo, se concentra -**

por lo general en forma implícita- en el procedimiento para tratar lo esencial.”<sup>193</sup>

Este método está diseñado para producir resultados previstos pero con moderación y sabiduría, en forma eficiente y cordial. Este método se puede resumir en cuatro puntos básicos que adelante estudiaremos detenidamente y que son los siguientes:

- a) **Las personas:** Separe a las personas del problema.
- b) **Los intereses:** Concéntrese en los intereses, no en las posiciones
- c) **Opciones:** Genere una variedad de posibilidades antes de decidirse a actuar.
- d) **Criterios:** Insista en que el resultado se base en algún criterio objetivo.”<sup>194</sup>

El primer punto (**las personas**) se refiere específicamente a los participantes en la negociación, a sus aspiraciones, sus defectos, sus egos y a la forma como realizan la actividad negocial.

El segundo punto (**los intereses**) sugiere como sobrepasar los inconvenientes que conlleva concentrarse en las posiciones de las personas, cuando realmente el objeto de la actividad negocial es satisfacer sus

---

<sup>193</sup> Ob. Cit. Pág. 11.

<sup>194</sup> Ob. Cit. Pág. 12.

intereses subyacentes. A veces adoptar posiciones oscurece lo que realmente quieren las partes.

El tercer punto (**Opciones**) es una respuesta a la dificultad de elaborar soluciones adecuadas cuando se trabaja bajo presión. La creatividad del negociador en cuanto proporcionarle a la otra parte diversidad de alternativas de mutuo beneficio.

Y por último el cuarto punto (**Criterios**) responde a que el negociador deber buscar la solución del diferendo con un acuerdo que refleje un criterio justo, independiente de la voluntad de cada una de las partes en controversia. Con criterio objetivo, las partes pueden escoger una solución justa y de mutuo beneficio.

Todos los puntos son muy importantes para la negociación según principios **desde que se piensa negociar, hasta que decide llegar a un acuerdo o desistir de la negociación**. Según éste método, este período puede dividirse en tres etapas: **ANÁLISIS, PLANEACIÓN, y DISCUSIÓN**.

Durante el **ANÁLISIS** el negociador debe realizar un diagnóstico de la situación, debe recopilar toda la información posible del conflicto, los sujetos y el objeto, organizándola y reflexionando sobre lo que se obtuvo y dejó de obtenerse. Debe identificar claramente las relaciones humanas, los intereses

de cada parte, y sobre todo las opciones y criterios ya sugeridos por ambas partes.

En la **PLANEACIÓN** el negociador debe ocuparse de generar ideas y decidir sobre lo que debe hacerse. Debe cuestionarse la forma de manejo del problema en cuanto a las personas, delimitar los intereses y establecer no solo la importancia sino descubrir aquellos que se encuentran ocultos, establecer objetivos realistas y susceptibles de cumplirse, así como generar criterios adicionales para seleccionarlos en el momento preciso. Los cuatro elementos se revisan nuevamente en esta etapa.

Mediante la **DISCUSIÓN**, es decir, cuando las partes se comunican y buscan un acuerdo, es cuando los cuatro elementos se evidencian pues salen a la mesa de negociación. Aquí se debe manejar el método para alcanzar la empatía de la otra parte y alcanzar un acuerdo amistoso y de mutua conveniencia.

#### **10.1.1.) Separar las personas del problema.**

Es bastante difícil hacerle frente a un problema sin que haya discrepancia entre las personas que están involucradas en el mismo. Los disgustos personales hacen que se pierda la sensatez y ecuanimidad.

El negociador mercantil jamás debe olvidar que cuando negocia lo hace con representantes de corporaciones comerciales que no son abstractos sino tan seres humanos como él. Son emocionales, con valores intrínsecos, principios propios y con personales puntos de vista igual que él.

En la relación interpersonal entre el negociador mercantil y la otra parte debe estar cargada de confianza, comprensión, respeto y amistad. Si logra hacerlo llegará a obtener resultados mutuamente satisfactorios y facilitará las futuras negociaciones entre ambos.

Fisher, Ury y Patton dicen al respecto que: "las personas se enojan, se deprimen, sufren temores, son hostiles, se frustran y se ofenden. Tienen egos que fácilmente se sienten amenazados. Observan el mundo desde su punto de vista personal, y a menudo confunden sus percepciones con la realidad. Ordinariamente no interpretan lo que usted dice en la forma como usted quiere y no quieren decir lo que usted entiende." <sup>195</sup>

Si hay un malentendido entre el negociador y la otra parte, la negociación simplemente se hace imposible y se encamina al fracaso. El negociador debe aprender a tratar a las demás personas con sensibilidad, desde el inicio hasta el final.

---

<sup>195</sup> Ob. Cit. Pág. 23.



No debemos olvidar *que todo negociador tiene dos intereses: en la sustancia y en la relación.* El primer *interés sustancial* es lograr un acuerdo que satisfaga sus expectativas de solución (para ello lo contrataron). El *interés en la relación* es alcanzar un grado de amistad con la otra parte, de tal manera que sea una relación de trabajo que haga susceptible alcanzar un acuerdo que sea satisfactoria de ambos intereses y ayude a mejorar las relaciones comerciales futuras. Verbigracia: un vendedor desea obtener una ganancia con su mercancía, y a la vez tener un cliente permanente.

En algunas oportunidades la continuación de la relación es tan importante que relega a un segundo plano el resultado de cualquier negociación comercial particular.

**La confusión de la relación con el problema** es frecuente, tiende a interrelacionarse y a confundir a la persona con el problema y los tratan por igual. Algunas veces por identificar el problema se percibe un ataque personal.

**Las negociaciones basadas en posiciones ponen la relación y la sustancia en conflicto.** Si enfocamos la negociación como una intestinal lucha de voluntades, el procedimiento de negociación se agudiza, pone a uno contra el otro y el acuerdo se torna imposible. Si al

negociador le interesa más una solución a su favor que el aprecio y respeto a la otra parte, entonces, cambia la relación por lo sustancial.

Si durante la negociación surgen malentendidos, hay que mejorar la comunicación de inmediato. Debemos recordar que los malentendidos surgen por **percepción, emoción y comunicación**, no sólo del negociador comercial sino de las partes y que ambos deben tomarse en cuenta.

#### **10.1.1.1.) Percepción.**

Para el negociador comercial la **PERCEPCIÓN** no es sino la capacidad de comprender como piensa la otra parte para ayudar a solucionar su propio problema. Algunas veces los temores infundados son reales y deben considerarse. Las esperanzas, aunque sean infundadas, pueden crear una guerra. Los hechos aunque se verifiquen no contribuyen en nada a resolver el conflicto.

Cuando el negociador **se pone en el lugar del otro**, le permite ver los méritos de su caso y los defectos de la otra parte, porque comprender el punto de vista ajeno no es lo mismo que estar de acuerdo con él. Hacerlo le permitirá al negociador mercantil defender sus propios intereses en una forma más segura.

El negociador **no debe deducir sus intenciones con base a sus temores**, porque si lo hace interpretará inadecuadamente lo que la otra parte dice o hace. Tampoco debe **culparlos por su problema**, si lo hace puede resultar contraproducente.

**Comentar las mutuas percepciones** es saludable porque permite una mejor comunicación al explicitarlas a la otra parte, principalmente cuando son diferentes. La comunicación diáfana y convincente, en cuanto a lo que el negociador quiere decir y la otra parte quiere oír es una de las mejores inversiones del negociador comercial.

**Hacer que se interesen en el resultado, dándoles participación en el procedimiento** permite la futura aprobación del resultado de la negociación. Si el negociador pretende que la otra parte acepte, inclusive un acuerdo desagradable, lo importante es involucrarlo en el procedimiento mediante el cual se llegó a esa decisión. Las partes en controversia regularmente dejan de último lo más difícil de resolver.

El negociador mercantil debe recordar que muchas partes en controversia rechazan inclusive términos favorables del acuerdo simplemente porque no fueron tomados en cuenta. Los acuerdos son más aceptables y posibles de cumplirse si las partes han

participado en las ideas que conllevan. Más aún cuando el acuerdo contiene suficientes sugerencias de cada parte. Mientras más temprano involucre a las partes más fortalecido estará el procedimiento de negociación.

El pedir el parecer, ideas u opiniones de la otra parte, con tolerancia y cortesía, le permitirá al negociador mercantil sembrar confianza para cosechar buenos frutos pues el sentimiento de participación une a las personas, más aún si se le da crédito a las sugerencias.

El **quedar bien haciendo que las propuestas compaginen con sus valores** refleja en el negociador mercantil una buena imagen y evidencia sus valores intrínsecos. Es frecuente que en las negociaciones comerciales las personas se resistan ya que temen dar la apariencia que están cediendo a la otra parte.

#### **10.1.1.2.) Emoción.**

Cuando en las negociaciones se dan los desacuerdos por sentimientos profundos de rivalidad, egoísmo o roces verbales, estos se vuelven más importantes que sentarse a dialogar para alcanzar un solución conjunta a un problema que es común a las

partes. Las emociones regularmente conducen a que las negociaciones se detengan o desaparezcan inmediatamente.

**Conocer y comprender las emociones propias y ajenas** es importante. El negociador que pretende que lo escuchen debe aprender a escuchar tratando de percibir lo que la otra parte siente (temores, preocupaciones, enojos, etc.) respecto a la otra parte o a personas ajenas a la negociación. No se debe olvidar que la otra parte al igual que el negociador tiene sentimientos, responsabilidades, esperanzas y aspiraciones. Hay que indagar los motivos de las emociones.

Es adecuado conocer las emociones adversas y favorables, inclusive nuestras propias manifestaciones. Muchas veces cuando se está negociando el ser humano expresa su estado emocional sin hablar (frunciendo el ceño, sonriendo, moviendo las manos o los pies, etc.). Hay que saber el alcance de los ademanes pues reflejan el estado de ánimo de las personas. Comprender las emociones y ayudar a consolidar o cambiar las actitudes frente a ellas es una tarea del negociador que influirá en toda la negociación.

**Procurar que las emociones se hagan explícitas y reconocerlas como legítimas** es parte del recorrido de la

negociación. El negociador mercantil debe evidenciar sus propias emociones y enfocar las de la otra parte, esto va a resaltar la seriedad del problema y a resolver más activamente la actitud de las personas para trabajar en beneficio de resolverlo y llegar a un acuerdo.

**El permitir que la otra parte se desahogue** es una forma adecuada de eliminar la ira, la frustración y los sentimientos negativos. Cuando el negociador escucha en silencio sin responder a los ataques emotivos de la otra parte permite que el orador se desahogue y minimiza los efectos explosivos del discurso.

El negociador mercantil **no debe reaccionar ante un estallido emocional** de la otra parte, aunque las reacciones sean desmedidas y turben el ánimo ya que si no controla el desbordamiento sentimental puede convertirse fácilmente en riña la negociación.

También ayuda el **uso de gestos simbólicos por parte del negociador**. Muchas veces los ánimos se suavizan con el simple hecho de disculparse en tiempo, ya que esto permite a las partes admitir la carencia de intención de hacerle daño a la otra persona.

### 10.1.1.3.) Comunicación.

Si no hubiere comunicación entre las partes en controversia, es imposible la negociación como mecanismo alternativo ya que la negociación es un proceso de intercambio de información mediante el cual se busca consolidar la obtención de una decisión conjunta.

Si bien es cierto la comunicación no es fácil pues requiere armonía entre sujeto emisor y sujeto receptor. No importa si los sujetos tienen méritos, valores o experiencias distintas o comunes, comunicarse es la llave del éxito de un acuerdo de beneficio mutuo.

En la comunicación negocial o negociadora se pueden presentar tres problemas a saber: **a) que el negociador no se dirija a la otra parte**, sino que lo ignore dirigiéndose a otras personas asistentes o hablando con hostilidad; **b) que aunque el negociador le hable a la otra parte en forma directa, ella no lo escuche**, ya sea porque no esté prestando atención o porque esté ocupado anteponiéndose a la próxima argumentación que va a exteriorizar; **c) que hayan malentendidos**, ya sea por mala

interpretación de la otra persona o por desconocimiento del alcance del vocablo que se utiliza. Los malos entendidos se multiplican por diferentes razones: el idioma, las costumbres, el estado de ánimo, e inclusive por los alcances de los ademanes.

Un buen negociador mercantil debe utilizar un vocabulario adecuado y de significado común para la otra parte con quien está negociando, preferiblemente debe ponerse de acuerdo con respecto a los alcances de cada vocablo que se va a utilizar.

Cuando la negociación se realiza con idiomas distintos, resulta oportuno establecer un manual o vocabulario básico para que las partes conozcan el significado de determinados vocablos que se vayan a utilizar.

El hecho de **escuchar atentamente y reconocer lo que se dice** conlleva evidentemente la comprensión de las percepciones, emociones y hasta permite desentrañar lo que las partes tratan de decir. Es adecuado escuchar con atención y sin interrumpir porque mejora lo que se oye y lo se dice. No hay mejor logro de un negociador mercantil que tener la satisfacción de saberse escuchado y saber escuchar.



Fisher, Ury y Patton señalan que: "Las técnicas acostumbradas de saber escuchar consisten en prestar atención a lo que se está diciendo, pedir a la otra parte que diga detalladamente en forma cuidadosa y clara exactamente lo que quiere decir, y solicitar que se repitan las ideas si hay alguna ambigüedad o incertidumbre."<sup>196</sup>

Un buen negociador mercantil admite la legitimidad de los puntos de vista de la otra parte y le presta atención porque llegar a comprender a la otra parte no significa estar de acuerdo con ella. La clave de comprender a la otra parte está en que posteriormente a la exposición el negociador mercantil exponga los problemas que desentraña de la propuesta hecha por la otra parte.

El negociador mercantil **debe hablar para ser entendido** no para convencer a la otra parte sino para que participe activamente con el negociador en resolver el problema. Algunas veces esto se logra únicamente mediante la conversación privada y confidencial entre las partes. Hay que olvidarse de los debates forenses.

La conversación **sobre las propias experiencias y no sobre las experiencias ajenas** tiene mayor impacto en la negociación. Es más persuasivo exteriorizar las propias experiencias que las

---

<sup>196</sup> Ob. Cit. Pág. 41.

experiencias de otros ya que las ajenas se pueden objetar, las propias no.

El propósito de la conversación **debe tener un objetivo específico** cual es el de comunicar algo o bien averiguar algo. Ambas cosas no pueden lograrse con la conversación. El negociador establece con la otra parte una relación de trabajo cuyo objetivo es encontrar juntos la solución a un problema que satisfaga ambos intereses.

Nada mejor que establecer en toda negociación una buena relación de mutua confianza que abreviará el alcance de la solución al problema según sus méritos y el mantenimiento de tratar con seres humanos con quienes deseamos mantener una relación de convivencia comercial duradera.

#### **10.1.2.) Concentrarse en los intereses, no en las posiciones.**

Es más fácil resolver un conflicto de intereses si las partes se concentran en conciliarlos antes de tratar de conciliar las posiciones. Existen los **intereses subyacentes** que muchas veces las partes no evidencian y son fundamentales para alcanzar un acuerdo adecuado.

Fisher, Ury y Patton dicen que: "El problema básico en una negociación no es el conflicto entre posiciones, sino el conflicto entre las necesidades, deseos, preocupaciones y temores de las partes. Estos deseos y preocupaciones **son intereses**. Los intereses motivan a las personas; son el resorte silencioso detrás de todo el ruido de las posiciones. Su posición es algo que usted decidió. Lo que lo impulsó a decidir son sus intereses."<sup>197</sup>

La actividad del negociador mercantil es conciliar los intereses contrapuestos porque generalmente hay varias posiciones que tienden a satisfacer un mismo interés. El buen negociador mercantil **no debe olvidar que detrás de las posiciones opuestas hay intereses compartidos y compatibles carentes de conflicto.**

Si a una de las partes le interesa defenderse y a la otra le interesa atacar es mejor analizar los **intereses subyacentes** que evidenciará la existencia de intereses comunes y compatibles que intereses opuestos porque es más probable que los intereses compartidos sean las bases para un acuerdo aceptable.

#### **10.1.2.1.) La identificación de los intereses.**

Una vez encontrados los intereses evidenciados y los intereses subyacentes u ocultos la negociación se vuelve más

---

<sup>197</sup> Ob. Cit. Pág. 48.

funcional. Sin embargo, lo esencial es cómo identificar cada uno de ellos?. La manera de llegar a ello se logra a través de encontrar cual es la decisión básica, y para ello debe preguntarse el negociador mercantil **¿por qué?, ¿por qué no?, ¿qué intereses impide hacerlo?, ¿quién toma la decisión?**.

**Darse cuenta de la multiplicidad de intereses de cada parte** es aconsejable porque la mayoría suponen que las personas tienen los mismos intereses en un problema. No debe olvidar el negociador mercantil que en un problema comercial intervienen varias personas con distintas influencias, y todas ellas deben tenerse en cuenta.

Regularmente **los intereses más poderosos son necesidades humanas básicas**, y el trabajo del negociador mercantil es encontrar aquellas preocupaciones que motivan a las personas para actuar de una u otra manera. Ninguna negociación, por simple que sea puede avanzar hacia un acuerdo mientras una de las partes crea que se le está amenazando la satisfacción de sus necesidades básicas. Si puede hacerse un listado de los intereses, entonces luego se procede a clasificarlos por el orden de su importancia.

**10.1.2.2.) La discusión sobre los intereses.**

Fisher, Ury y Patton señalan que: "El objeto de la negociación es favorecer sus intereses. La posibilidad de que esto ocurra aumenta cuando usted los comunica. Puede ser que la otra parte no sepa cuáles son los intereses de usted y que usted no conozca los de ella."<sup>196</sup>

Lo mejor que puede hacer el buen negociador mercantil es explicarle a la otra parte sus intereses para que los tome en cuenta, y pedir explicación de los intereses ajenos para tomarlos en cuenta. La comprensión y legitimidad de los intereses es el muy importante en el trabajo de un negociador mercantil.

La **especificidad de los intereses** hace que los planteamientos tengan credibilidad. No deben plantearse los intereses de manera general sino en forma clara, precisa y comprensible para la otra parte. Esa especificidad es indispensable no-sólo para los propios intereses sino también para los ajenos porque también son parte del conflicto.

La negociación mercantil debe encaminarse hacia el futuro y no hacia el pasado. No debe ir en busca de la causa sino en búsqueda de un objetivo como lo es un acuerdo, pero en forma

---

<sup>196</sup> Ob. Cit. Pág. 58.

flexible e ilustrada. Si para resolver un conflicto de intereses mercantiles el negociador se detiene en el origen del problema, caerá en las redes de las posiciones y jamás podrá llegar a un acuerdo aceptable.

**El compromiso del negociador es con los intereses** y en este apartado debe ser empleada toda la energía. La dureza con el problema demuestra una voluntad de estimular la mutua creatividad para buscar la solución más ventajosa para las partes.

Mientras un negociador trabaje para resolver los problemas substanciales aumentará la presión para alcanzar una solución más efectiva. La firmeza y apertura que posea el negociador mercantil le permitirá tener más seguridad y credibilidad en su labor.

**10.1.3.) Habilidad para inventar opciones de mutuo beneficio antes de actuar.**

La capacidad de un negociador mercantil para inventar opciones que solucionen el conflicto y que ésta tenga ventajas tanto para su cliente como para la otra parte constituye el éxito de su trabajo.

Esa habilidad se adquiere con la experiencia que dan los años de trabajo y la constante preparación técnica de manejar de mejor manera

los recursos con los que cuenta para cada caso. Para ello el negociador debe **diagnosticar el conflicto de intereses y encontrar el remedio para crear opciones de mutuo beneficio.**

#### **10.1.3.1.) Diagnóstico del conflicto.**

En muchas negociaciones comerciales las personas que intervienen raramente se dan cuenta de que es necesario tener varias opciones, y sobre todo mantienen la convicción de que su punto de vista es el que debe prevalecer.

El negociador debe determinar los puntos primordiales del conflicto de intereses en donde interviene, y sobre todo, sobreponerse a cualesquiera de los obstáculos que pueden impedir la invención de un mayor número de opciones. Los obstáculos comunes como **juicios prematuros, búsqueda de una sola respuesta, fijación del tamaño del problema y la creencia de que la solución es solo de ellos** deben superarse con estrategias de comunicación y cooperación en alcanzar un acuerdo de mutuo beneficio.

#### **10.1.3.2.) Remedios para crear opciones.**

Fisher, Ury y Patton señalan que para crear opciones creativas se necesita: "1) Separar el acto de inventar opciones, del acto de juzgarlas; 2) ampliar las opciones en discusión en vez de buscar una única respuesta; 3) buscar beneficios mutuos; y 4) Inventar maneras de facilitarles a los otros su decisión."<sup>199</sup>

Cuando los referidos autores se refieren a **separar la invención de la decisión** se refieren a que el buen negociador debe primeramente inventar opciones y luego decidirse por cuales de ellas se inclinan sus intereses. La crítica a las opciones no debe anteponerse a su evaluación.

Cuando el negociador **amplía sus opciones** lo que hace es tomar en cuenta las propias ideas y las de la otra parte, y luego ambos se ponen a seleccionar cuales pueden ser efectivas y de mutua conveniencia. La reunión de ideas que surgen de las necesidades de satisfacer sus propios intereses entre dos partes en controversia produce necesariamente pensamientos creativos que se deben aprovechar.

Para ampliar sus opciones también es adecuado acudir a expertos en la materia del conflicto, que con seriedad analicen el problema y no las posiciones de los sujetos y propongan otras

---

<sup>199</sup> Ob. Cit. Pág. 71.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

opciones para solucionarlo o bien simplemente para establecer aspectos técnicos que las partes desconocen.

Cuando **se busca el beneficio mutuo**, las ganancias conjuntas se logran con una solución creativa que identifica los intereses comunes sin dañar la relación entre las partes y mucho menos la actividad comercial que realizan. Los intereses comunes se encuentran en cualquier negociación, comercial o no, y no son más que oportunidades orientadas hacia el futuro que harán la negociación fácil y amistosa.

Para el negociador mercantil **hacer más fácil la decisión** significa tratar de generar opciones que cambien la elección de la otra parte, de tal forma que sean satisfactorias para los intereses que tutela. La mejor forma de hacerlo es presentarles opciones fáciles y no difíciles, pero con legitimidad.

El buen negociador mercantil no amenaza sino ofrece cosas objetivas y posibles de cumplirse, atractivas para la otra parte y de bajo costo para su cliente.

**10.1.4.) Insistir en que el resultado se base en un criterio objetivo.**

Acertadamente Fisher, Ury y Patton señalan que: "Por bien que usted entienda los intereses de la otra parte, por mucho ingenio que demuestre en inventar maneras para conciliar los intereses, por más que valore una relación existente, casi siempre tendrá que enfrentarse con el hecho de que los intereses están en conflicto."<sup>200</sup>

Difícilmente la negociación es eficiente si el negociador mercantil desea contraponer su voluntad a la de la otra parte, porque intenta una solución basada en posiciones. El respaldo objetivo que tengan las opciones hará posible un acuerdo final prudente y ecuánime.

Es más fácil negociar discutiendo criterios objetivos que posiciones incómodas porque no se obliga a la otra parte a retroceder sino se conviene en utilizar el tiempo para encontrar el mayor número de soluciones.

**10.1.4.1.) Identificación de criterios objetivos.**

No importa el método que vaya a utilizarse para negociar, siempre es bueno prepararlo anticipadamente. No debemos olvidar que el **análisis, la planeación y la discusión** que aconseja el

---

<sup>200</sup> Ob. Cit. Pág. 94.

método Harvard para la negociación puede intentarse en cualquier otro método.

Con frecuencia los criterios objetivos son independientes a la voluntad de las partes en controversia de intereses económicos. La legitimidad y practicidad de los criterios son esenciales para que sean funcionales y aplicables a ambas partes y el procedimiento para llegar a ellos debe ser equitativo.

El **procedimiento es equitativo** en la actividad comercial cuando se logra por medio de recorrido independiente de la voluntad de las partes que resuelve el diferendo y al cual se someten los sujetos controvertidos sin presiones. Y el **acuerdo es equitativo** cuando las partes han previsto antes de decidirse a firmarlo, que resuelve un mutuo interés y que objetivamente es susceptible de cumplirse por ambas partes.

#### 10.1.4.2.) La negociación con criterios objetivos.

Sentarse a negociar objetivamente no es fácil, principalmente cuando se inicia la discusión. Por principio deben formularse los aspectos que crearon el conflicto de intereses con una búsqueda común de criterios objetivos, en forma razonable y escuchando

razones, sin ceder ante presiones, firmemente pero con flexibilidad.

Cuando el negociador mercantil **formula criterios** deben estar basados en hechos y circunstancias reales no supuestos. Además ser **razonable** significa tener la mente abierta para escuchar. Y estar dispuesto a **no ceder ante presiones** como: sobornos, amenazas, manipulaciones, pidiendo explicación de las razones para que dichas actitudes afiancen la posición contraria porque de lo contrario la negociación termina.

#### 10.2.) Las 36 estrategias chinas para negociar.

Cuando hablamos de métodos de negociación, estamos refiriéndonos a sistemas ordenados de razonar o de obrar habitual. Y cuando nos referimos al principio de este trabajo a los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia comercial, afirmamos que fueron los países orientales quienes desde los orígenes de la humanidad han venido practicándolos como un arte y tecnicizándolos como ciencia facilitadora de resolver problemas.

En ese orden de ideas podemos afirmar que lo pregonado por los Estados Unidos de América como el **sueño americano**, en donde cualquier persona puede construirse una vida y una carrera llena de éxitos mediante el trabajo duro y la austeridad es una aspiración que ya no es funcional en una sociedad comercial agresiva y sin escrúpulos.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Los mismos países occidentales actualmente desarrollan proyectos de actualización, reforma y penetración de la sabiduría oriental en busca de mayores elementos que les permitan afrontar los desafíos y las tensiones que proporcionan la vida moderna, tecnología y el tráfico mercantil intenso, masificado y técnicamente más peligroso.

Gao Yuan dice que: "Algunos se han inspirado en la filosofía tolerante y materialista del budismo zen. Otros intentan prevenir los futuros giros y cambios de su vida echando las monedas para estudiar las interpretaciones de los hexagramas del clásico chino *el libro de las Mutaciones (I Ching)*. Algunos buscan las claves para dirigir acontecimientos en los vínculos entre las leyes de la naturaleza y las leyes del comportamiento humano expuestas por el filósofo chino Lao Tse en *El libro del camino receto (Tao Te King)*, el texto clásico del taoísmo. Otros han escogido librar la batalla siguiendo el Consejo del estratega militar de la antigua China Sun Zi, autor de *El arte de la guerra (Sun Zi Bigfa)*."<sup>201</sup>

Como ilustración preliminar diremos que el vocablo **ESTRATEGIA**, conforme al Diccionario Pequeño Larrouse Ilustrado: "Proviene de *strategos*, general. Arte de dirigir las operaciones militares. Táctica, maniobra.

---

<sup>201</sup> Yuan, Gao. "Las 36 estrategias chinas. Una antigua sabiduría para el mundo de hoy." Pág. 11.

Habilidad para dirigir un asunto. Destreza. Estratagema: usar muchas estrategias<sup>202</sup>.

Los occidentales le llaman **ESTRATAGEMAS (STRATAGEMS)** y han tecnificado de tal manera su contenido y alcances que podemos afirmar que aunque se les cambie de nombre, la originalidad, profundidad y esencia de cada una es eminentemente oriental y sus raíces y contenidos no han variado en nada.

Las **estrategias** orientales que desarrollaremos en el presente trabajo, aplicables en materia mercantil, no son producto de un sólo autor o genio, sino por una indeterminada cantidad de genios, líderes, expertos, políticos, comerciantes, filósofos, escritores, e inclusive por personas comunes y sin trascendencia intelectual alguna.

Estas estrategias no fueron originarias y aplicables a un determinado lugar, sino que han sido elaboradas, enriquecidas y perfeccionadas en forma gradual a lo largo de más de cinco milenios de guerras, intrigas, innovaciones, competencia comercial en China y los países orientales.

No pretendemos con incluir las 36 estrategias chinas como un método de negociación, darle la influencia negativa de aplicación, sino por el contrario, demostrar la relevancia positiva que deja su análisis desde el

---

<sup>202</sup> Ob. Cit. Pág. 441.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

punto de vista comercial, ya que pueden ser utilizadas en nuestra contra o a nuestro favor y es importante conocerlas, descubrirlas y establecer los alcances de cada una de ellas.

Estas 36 estrategias chinas pueden ser utilizadas en la práctica por cualquier comerciante o no comerciante que se interese por comprender la dinámica de ellas en los negocios y las relaciones humanas, y así progresar en su profesión o actividad económica.

Si les consideramos aisladamente encontraremos que proporcionan explicaciones a fenómenos tan variados como el **espionaje comercial**, la **absorción de empresas etc.** También estas estrategias nos proporcionan consejos prácticos que pueden aplicarse en cualquier situación comercial, desde las técnicas de ventas, la tecnología, la enseñanza y la fabricación de cualquier producto o la prestación de cualquier servicio.

Afirma Gao Yuan al respecto que: "Tanto si está usted emprendiendo una nueva aventura como si está mejorando la actual, tanto si se encuentra en territorio familiar como en territorio desconocido, si ocupa una posición inferior o de igualdad, como si está en una posición de mando, con toda certeza las Treinta y seis Estrategias contienen algo que tiene relevancia inmediata para su situación actual."<sup>203</sup>

---

<sup>203</sup> Ob. Cit. Pág. 12.

Si por el contrario, analizamos en conjunto las 36 estrategias chinas aplicables a la negociacion mercantil, nos daremos cuenta que nos enseñan a pensar. Nos permiten adquirir los medios para llegar comprender el comportamiento de otras personas con las que estemos negociando.

El negociador mercantil que conozca las 36 estrategias chinas al analizar el comportamiento de las personas con las que negocia (la otra parte), incluyendo las acciones deliberadas como las involuntarias; y mejor aún si han sido planificadas con anterioridad o han surgido de súbito durante la negociación, podrá realizar el análisis, planificación y discusión para aplicarlas.

Los orientales dicen con certeza que las personas que dominan las 36 estrategias están preparadas para encontrar soluciones a toda clase de problemas y para adaptarse a toda clase de eventualidades. En el presente apartado, expondremos las 36 estrategias chinas aplicables a la negociación comercial.

Aunque para algunos negociadores parezcan irrisorias, la realidad nos ha demostrado que no lo son, que son aplicables y efectivas, que personajes y grandes políticos como Mao Tse Tung, Richard Nixon, Mijail Gorbachov, Ronald Reagan y George Bush las utilizaron en forma efectiva. Y que grandes industriales y comerciantes mundiales como Charles Wang las han utilizado con éxito en el comercio.



Como referencia recordemos como en 1983, todo el mundo se rió de Charles Wang, director de una anónima sucursal de una empresa electrónica suiza, cuando habló de convertirse en el mayor productor del mundo de tecnología informática. La empresa empezó a absorber a sus competidores y acabó adquiriendo su principal empresa rival. Hoy en día Computer Associates International hace que parezcan enanas empresas de la envergadura de Microsoft Corporation y Lotus Development Corporation.

Otro ejemplo digno de mencionar es en materia de bebidas no alcohólicas consumidas en Estados Unidos, los industriales y comerciantes sabidos de que dos tercios de ellas consumidas son refrescos de cola, los funcionarios de Seven-Up encuentran una fórmula para hacerla triunfar como un refresco sin cola.

En ambos casos, han habido estrategias chinas aplicables a las negociaciones comerciales. Lo que sucede es que las estrategias se han asociado al campo de batalla durante mucho tiempo, pero como firmemente lo dicen sus creadores, citado por Gao Yuan: ***“la cumbre del logro estrategico es ganar sin recurrir a las armas. Como dice Sun Zi: Rendir al enemigo sin luchar es la cima de la perfección.”***<sup>204</sup>

Las estrategias pueden ser vitales en situaciones de desventaja comercial, si se sabe descubrirlas y bloquearlas; y son fundamentales en

---

<sup>204</sup> Ob. Cit. Pág. 16.

posiciones de ventaja, si se conoce su contenido y alcances y se aplican con cautela y sin arrebatos.

Gao Yuan nos ilustra al respecto de ellas al decir: **“Las Treinta y seis Estrategias están divididas en seis series: las tres primeras están diseñadas para ser utilizadas en situaciones de fuerza, y las tres siguientes en situaciones de debilidad. Concretamente, las seis categorías son: 1) estrategias para ser utilizadas cuando se domina la superioridad; 2) estrategias de confrontación; 3) estrategias de ataque; 4) estrategias para situaciones de confusión; 5) estrategias para ganar terreno; 6) estrategias para situaciones desesperadas”**.<sup>205</sup>

Un filósofo taoísta, Lao Tse, al explicar que el principio más elevado de todos era la flexibilidad, al compararla con el agua, observaba que era el agua el elemento que más se somete y, al mismo tiempo, la fuerza de erosión más poderosa que existe.

Así, decía Lao Tse, los buenos estrategas se adaptan al terreno para poder rodear el obstáculo más firme. No se limitan a estrategias que se acoplan obviamente a sus circunstancias, sino que mezclan unas con otras y las ponen a prueba según la circunstancia de cada momento. Mezclan estrategias de categorías distintas, de distinta o igual serie. Es decir no siguen ninguna regla específica.

---

<sup>205</sup> Ob. Cit. Pág. 17.

Procederemos ahora a conocer las 36 estrategias chinas aplicables a la negociación mercantil.

**10.2.1.) Estrategias para ser utilizadas cuando se domina la superioridad.**

Estas estrategias son directas, por lo tanto fácilmente pueden descubrirse. Para valerse de ellas con éxito, el negociador mercantil necesita estar al principio en una posición cómoda de mayor fuerza ya que se basan en la presunción de superioridad.

El tiempo y los medios empleados por el negociador mercantil para esperar mientras se espera que la otra parte actúe, y la capacidad para disimular que está atacando en una dirección cuando en realidad se está atacando en otra.

**10.2.1.1.) Estrategia 1. Cruzar el mar confundiendo al cielo.**

Un viejo proverbio chino dice que *algo que es familiar no provoca la atención*, y esto es frecuente en cuanto a que los secretos se esconden mejor en espacios abiertos, porque mientras más obvia parece ser la situación, mayores secretos pueden haber

porque las personas regularmente tienden a pasar desapercibido lo que les es familiar.

En materia de negociación mercantil, ésta estrategia puede surgir en los negocios cuando las empresas o sus ejecutivos logran algo haciendo asumir a las personas (consumidores) que van a actuar de una manera previsible, y luego hacen algo inusual.

Gao Yuan lo ilustra en materia mercantil al afirmar que puede observarse en las modificaciones de los productos que los consumidores leales nunca podrían sospechar. Así, por ejemplo cuando el glutamato de sodio japonés no se estaba vendiendo bien, los fabricantes ampliaron el diámetro de la pequeña boca del frasco de un milímetro a un milímetro y medio. Los consumidores ponen sin saberlo más glutamato en su comida, haciendo aumentar las ventas en un 50%.

Otro ejemplo nos lo proporcionan las bebidas gaseosas no alcohólicas de cola (Coca Cola y Pepsi específicamente) cuando en la década de los 80's redujeron el tamaño del embase milimétricamente, de tal manera que el consumidor pagaba por menos producto. Los que diariamente las tomaban incrementaron el consumo considerablemente para mitigar la sed.

Esta estrategia le sugiere al negociador mercantil que algunas veces sirve de poco la lluvia de ideas, basta con acciones bien escogidas, opciones viables y realizadas con tiempo para tener un mayor impacto y éxito. Algunas veces proponer una opción inesperada y común resulta funcional para resolver un diferendo.

**10.2.1.2.) Estrategia 2. Sitiar el reino de Wei para salvar el reino de Zhao.**

El negociador mercantil que tiene conocimiento de las maniobras para convencer a la otra parte, directa o indirectamente, sin que ésta se dé cuenta, tiene éxito en la negociación.

Como ejemplos podemos señalar: hace algunos años hubiese sido suicida pretender competir con IBM en el mercado de los ordenadores personales. Sin embargo Apple Computer estableció su cabeza de puente en el área descuidada de las aplicaciones educativas antes de pasar a competir con IBM por la clientela empresarial.

Cuando los fabricantes de neumáticos Michelin se introdujeron en el mercado de los Estados Unidos en los años 70's, la empresa americana Good Year respondió inmediatamente con innovaciones tecnológicas y también dirigió su ataque en el mercado europeo. Michelin de entonces rebajó sus precios en un 5% en Europa

y Good Year rebajó sus precios en un 15% en Estados Unidos y mantuvo la supremacía local.

Una última ilustración la proporciona Macdonald's y muchas otras empresas de comida rápida que atraen a los padres a través de sus hijos, ofreciéndoles a éstos comidas infantiles junto con juguetes. El talón de Aquiles del padre, y que cae en el juego es el niño a quien debe comprársele la comida para que obtenga el juguete de Disney.

Como pudimos apreciar, también las opciones indirectas dan un buen resultado en las negociaciones mercantiles.

#### **10.2.1.3.) Estrategia 3. Matar con un cuchillo prestado.**

Los buenos negociadores mercantiles muchas veces hacen que la otra parte haga lo que va a satisfacer un interés propio. Lograr convencer a la otra parte que haga algo difícil, puede ahorrar muchas dificultades.

Aunque parece grotesca la estrategia, comercialmente significa utilizar los recursos ajenos en provecho propio. No significa en modo alguno dañar a la otra parte.

Para citar ejemplos de esta estrategia en negociaciones comerciales podemos citar la publicidad a la que recurren los comerciantes utilizando celebridades: Michael Jackson vendiendo su atractivo a Pepsi-Cola. El lanzamiento de nuevos productos bajo una marca ya existente, famosa y con mercado abierto: como ahora Macdonald's comercia MacPizza y MacRibs.

El ejemplo más fantástico comercial lo proporciona la empresa Compaq en la competencia con los ordenadores personales con IBM. Simplemente esperaba que IBM sacara un producto, lo mejoraba y lo vendía al mismo precio. Así IBM sacó los ordenadores portátiles de agenda, Compaq los ofreció primero con su propio disco duro, a igual precio y le ganó el mercado.

Si nos ponemos a pensar quién ha obtenido mayores ganancias, el que inventó el automóvil y lo comercializó o quién hizo lo mismo con los accesorios?. Ha pensado usted cuántas veces compra en su vida un automóvil, y cuántas veces reemplaza los accesorios?.

**10.2.1.4.) Estrategia 4. Relajarse mientras el enemigo se agota a sí mismo.**

Muchas veces cuando el negociador mercantil toma un descanso da la impresión de debilidad o cansancio en su actividad. Sin embargo, lo que realmente puede estar haciendo es que la otra parte se agote a si misma. La negociación blanda puede ser fuerte y firme y la dura puede resultar débil.

El ejemplo de esta estrategia aplicable a las negociaciones comerciales lo encontramos cuando los negociadores acuden a presentar sus ofertas los días festivos o los fines de semana, para que la otra parte pase su descanso pensando la propuesta y agotándose en periodos de descanso, mientras el negociador disfruta realmente lo hace y vuelve ya descansado a recibir una respuesta.

Cuando se negocia ligeramente, algunas veces las partes ceden por cansancio, ya porque han trabajado en exceso sobre el mismo asunto o porque se les plantean las soluciones en periodos que deben darle relajamiento a su cuerpo y pensamientos.

Hay muchas empresas grandes que esperan que las pequeñas exploren los mercados nuevos absorbiendo los riesgos, y cuando éstas lo han hecho, valiéndose de sus recursos



adquieren la pequeña empresa y entran al mercado nuevo directamente sin la incertidumbre que da la apertura del mismo.

**10.2.1.5.) Estrategia 5. Saquear una casa en llamas.**

Un negociador mercantil cuando está realizando su actividad con la otra parte en condiciones menos favorables, regularmente aprovecha totalmente esa situación. La parte que negocia estando en dificultades económicas es como el fruto muy maduro: sólo cae.

Los ejemplos comerciales al respecto los encontramos todos los días cuando cazadores de oportunidades en Wall Street, Bancos de inversión y financieras que se especializan en descubrir empresas devaluadas, mal gestionadas o a punto de colapsar, tratan de adquirirlas a bajos precios, sabidos que recapitalizándolas producirían buenas ganancias.

Recordemos que los corredores de bolsa tienen enormes bonificaciones por adquirir empresas devaluadas. Ellos ganan siempre, mientras otros pierden. Esta estrategia le enseña al negociador de que la gente es más frágil cuando enfrenta dificultades al sentarse a negociar.

**10.2.1.6.) Estrategia 6. Fingir ir hacia el este mientras se ataca por el oeste.**

Un negociador mercantil debe saber el momento preciso cuando proponer la mejor opción. Ese momento es aquel en el que la otra parte ni se imagina que esa propuesta podría surgir y tiene poco tiempo para decidirse.

Esta estrategia es engañosa porque si no se utiliza correctamente y en el momento preciso puede revertirse. Si la otra parte conoce la estrategia y la descubre, los falsos movimientos pueden ser dañinos para quien la intenta.

Las empresas cuando van a lanzar al mercado un nuevo producto, debido al espionaje comercial, filtran la noticia que están preparando el lanzamiento de un producto distinto al que realmente se piensa lanzar.

**10.2.2.) Estrategias de confrontación.**

Cuando hay confrontación negocial regularmente las partes tienen recursos equivalentes e intereses semejantes. Inclinar la balanza para las propuestas de la otra parte es más complejo.

Están tienen su fundamento en el sigilo y astucia del negociador en cuanto a que la otra parte lo subestime en las opciones de solución que propone y al hacerlo evidenciar sus puntos débiles y atacar éstos directamente.

**10.2.2.1.) Estrategia 7. Crear algo a partir de nada.**

Si un negociador mercantil es capaz de crear opciones en donde los intereses contrapuestos eran irreconciliables, con base en apariencias o vacíos, entonces es capaz de dejarle plasmado en la mente a la otra parte que en circunstancias más propicias encontraría más rápido la solución al diferendo, es decir más rápido el éxito.

Ejemplos de esta estrategia comercial los encontramos en los montajes propagandísticos de las empresas por crear algo de la nada. Una mentira comercial repetida mil veces por todos los medios de comunicación puede llegar a ser aceptada por el consumidor.

Los fabricantes de automóviles la usan frecuentemente cuando saturan la propaganda de los autos de cada año innovados y que resultan ser iguales a los del año anterior. Durante años los vehículos tienen muy pocas variaciones.

Al referirse a esta estrategia Gao Yuan señala: "Por supuesto, crear algo a partir de nada se presenta con frecuencia como una actividad contraproducente. Una de las leyes de Parkinson, la Ley de la Trivialidad, afirma que el tiempo empleado en cualquier orden del día de una reunión es inversamente proporcional a los gastos implicados. En otras palabras, la gente tiene tendencia a hacer una montaña de una topera." <sup>206</sup>

Es frecuente encontrar corredores de bolsa que crean títulos valores (pagarés financieros) que originalmente tienen un respaldo real y se los van cambiando a los tenedores hasta tal grado de que su respaldo es ficticio.

**10.2.2.2.) Estrategia 8. Aparentar tomar un camino mientras se entra a hurtadillas por otro.**

El negociador mercantil utiliza esta estrategia con maniobras abiertas, fácilmente predecibles y públicas. No hay secretividad, sorpresas ni encubrimientos. El negociador mercantil atrae la atención de la otra parte con itinerario de sus opciones negociadas y desarrolla opciones alternativas. Actúa como el viento, que

---

<sup>206</sup> Ob. Cit. Pág. 61.

cuando no puede pasar por la ventana o por la puerta, sigue deslizándose incluso por las rendijas más finas.

En materia mercantil es frecuente encontrar esta estrategia cuando los comerciantes hacen sorteos en donde siempre el consumidor gana. Suscribirse a una revista que jamás leemos es frecuente solamente para probar suerte en el sorteo. Es adquirir un número de una lotería que no existe. Si la revista no tuviera el sorteo posiblemente jamás la hubiéramos comprado.

Comercialmente aparece también en las ofertas con letra distinta, y más frecuente con letra pequeña. El uso de frases como: *ofertas por tiempo limitado* (sin decir cuanto tiempo), *limitar la adquisición de un número de ofertas por persona*, *limitar la oferta mientras duren existencias*. Y negocialmente se convierten estas ofertas en opciones a resolver el diferendo por ejemplo: *opciones por el tiempo que dure la negociación*, *opciones personales de los sujetos que negocian* (*le propongo esta opción porque es usted el que acude a negociar, si viene otro la retiro*), *mientras negociamos y existe la posibilidad es una opción, si terminamos de negociar y ya no existe la posibilidad la opción automáticamente desaparece*.

Xerox utilizó esta estrategia cuando sacó al mercado su primera fotocopiadora con un precio exorbitante. La idea era no

vender fotocopiadoras sino dar el servicio de arrendamiento y otros servicios a manera de crear una red de clientes dependientes, y lo logró al principio.

Un negociador mercantil hábil puede aparentar estar de acuerdo, mientras la negociación continúa adelante, y por separado sigue preparando opciones alternativas para resolver el diferendo.

**10.2.2.3.) Estrategia 9. Observar los fuegos que arden al otro lado del río.**

El significado de esta estrategia es dejar que las otras partes se destruyan a sí mismas y que el negociador mercantil se siente a observar. Exige una posición pasiva y el negociador debe esperar con paciencia hasta que surjan los antagonismos entre las partes.

La estrategia implica y refleja un estado de ánimo del negociador cómodo y atento a esperar las buenas noticias del resultado que arroje la controversia secundaria entre las otras partes, y aprovechar esas contradicciones para proponer opciones alternativas.

## LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA MERCANTIL

---

Es frecuente su uso en conflictos comerciales corporativos, es decir hay muchas partes y muchos intereses. Así un ejemplo clásico mercantil es aquel pequeño comerciante que espera que los comerciantes grandes combatan sus diferencias para ofertar.

Muchos administradores de industrias y comercios dejan que los conflictos lleguen a un extremo de irracionalidad para poder participar con propuestas que han surgido del mismo conflicto, ajeno a ellos en principio.

En los años 70's mientras dos empresas estadounidenses se enfrentaban legalmente por la semejanza de los nombres de sus eliminadores de cucarachas (Cal Mex Bug Destroyer con un método electrónico, y el Calamekx Bug Killer con una sustancia química odorífica, la empresa japonesa Maebashi Industries ganó tranquilamente a ambas el mercado con su exterminador de cucarachas sónico.

### **10.2.2.4.) Estrategia 10: Ocultar la daga tras una sonrisa.**

Esta estrategia significa ganar la confianza del contrincante y actuar solamente cuando ha bajado la guardia. Esta estrategia utilizada por un negociador mercantil hábil puede descontrolar y

desarmar las opciones de la otra parte con una sonrisa, con regalos o con cualquier otro gesto similar.

Un adagio chino reza: **“El hombre que tiene miel en sus labios, esconde el crimen en su corazón”**, lo cual es frecuente en el ámbito comercial que los liquidadores de empresas nunca admitan *ir a liquidar la empresa*, sino que insisten en que simplemente acuden a pagarle a los accionistas el valor de la empresa. Cuando han adquirido una empresa, los liquidadores fagotizan sus adquisiciones y venden los sectores más lucrativos.

Teóricamente con esta estrategia se hace el bien dando beneficios. Así por ejemplo una empresa que presta un servicio y va a liquidarse primero venderá la maquinaria, luego su cartera de clientes y por último liquida a su personal. Un liquidador primero liquida a los trabajadores pagándoles poco por carencia de recursos, luego vende la cartera (que tiene un valor más considerable), y por último la maquinaria.

Quizás un ejemplo comercial de importancia de esta estrategia haciendo beneficios ejerciendo el bien es el establecimiento de fundaciones y asociaciones benéficas por parte de las grandes empresas, creando importantes actividades



sociales, y al mismo tiempo obtienen prestigio y exoneración de impuestos.

Si el gesto de buena voluntad que revela el negociador comercial le favorece creando una imagen de confianza frente a la otra parte, esto le permite ahorrar convencimiento para la aceptación de las opciones que presente en la resolución del diferendo.

**10.2.2.5.) Estrategia 11: Sacrificar el ciruelo por el melocotonero.**

Muchas veces el negociador mercantil tiene que hacer sacrificios parciales en aras de alcanzar el objetivo trazado en la negociación. Esto puede significar perder otras opciones para lograr con éxito el objetivo principal de la negociación.

El buen negociador debe saber controlar sus sentimientos y actitudes. El éxito dependerá en mucho de saber escoger entre los grados de factibilidad, cumplimiento y aceptación de las opciones que presentará a la otra parte.

La utilización de esta estrategia en los negocios exige tener resolución ya que muchas veces en la mesa de negociaciones los

intereses de corto plazo se entrelazan con los objetivos a largo plazo. En este sentido la escuela que ha dejado la industria japonesa mediante el sacrificio voluntario de los beneficios locales o corto plazo para garantizar las ganancias a largo plazo, es su éxito.

La lección de la Empresa americana Texas Instruments es un claro ejemplo de esta estrategia, pues puso precios bajos y mantuvo sus pérdidas en las primeras fases del desarrollo del mercado, llegando a ser más tarde rentable cuando las pequeñas empresas competidoras se hundieron.

Gao Yuan dice al respecto: "Pero las grandes empresas prósperas tienen la mayor ventaja: es difícil sacrificar el ciruelo por el melocotonero si no se tiene una línea de productos rentables para compensar la inversión en áreas que tienen pérdidas."<sup>207</sup>

Las fusiones comerciales pueden ser adecuadas en el inicio de actividades comerciales semejantes a corto plazo, pero en época de crisis pueden ser un riesgo a largo plazo si se arrastran los problemas de la empresa fusionada sin resolverse y puede hacer caer a la empresa fusionante.

---

<sup>207</sup> Ob. Cit. Pág 77.

**10.2.2.6.) Estrategia 12: Aprovechar la oportunidad para robar una cabra.**

Para el negociador mercantil el significado de esta estrategia es el aprovechamiento de todas aquellas oportunidades que van surgiendo durante la negociación. No debe dejar escapar su atención en la actividad que está realizando. Cualquier error de apreciación o de contenido que cometa la otra parte debe aprovecharlo y convertirlo en una pequeña ventaja para el objetivo que pretende alcanzar, un acuerdo favorable.

Muchos comerciantes crean empresas famosas y competitivas por medio de espacios comerciales que dejan las grandes compañías, ya sean por errores o descuidos. Ya los japoneses lo sabían al explotar los espacios comerciales dejados por las compañías americanas en el campo de la electrónica.

Esta puede ser una estrategia útil, principalmente si el negociador mercantil aprovecha los espacios de la otra parte para crear opciones aceptables y adecuar las mismas no-solo a sus propias necesidades sino a las necesidades e intereses ocultos de la otra parte.

### **10.2.3.) Estrategias de ataque.**

Realmente la actividad de un buen negociador no es atacar, y aunque estas estrategias tienden a exponer esa actividad, aplicables al comercio lo que pretenden es reducir al mínimo la exposición del verdadero interés del negociador con técnicas de disimulo y vigilancia hasta llegar a sutilezas para llegar acuerdos conforme a las opciones presentadas a la otra parte.

#### **10.2.3.1.) Estrategia 13. Golpear la hierba para asustar a la serpiente.**

Esta estrategia juega con la idea de que bajo ciertas circunstancias, golpear los matorrales de alrededor funciona mejor que atacar directamente la presa. Si se ataca un blanco secundario, se puede forzar a la presa a que evidencie su posición y situación. Otras veces se hace simplemente para que la presa tenga la sensación de estar cercada y se entregue.

Aplicada al comercio, no se trata de actos violentos, sino todo lo contrario, de actitudes cordiales con visión de alcanzar nuevas opciones. Muchas veces los negociadores obtienen buenos resultados haciendo enfoques directos e indirectos al problema. Tomando la delantera en proponer opciones es conveniente

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

algunas veces, principalmente en las fases iniciales de una negociación.

Esta estrategia le sirve al negociador mercantil para adoptar la forma de atención permanente y sondeo cuidadoso con técnicas excelentes para averiguar los intereses e intenciones evidenciadas y ocultas de la otra parte.

Los estudios de mercado y el lanzamiento de productos similares a los de la competencia son una forma de esta estrategia aplicada al comercio. Las empresas hacen movimientos falsos para provocar a la competencia a dar respuestas anticipadas y sus avances tecnológicos.

En conclusión, esta estrategia aplicable al comercio lo que nos enseña como negociadores es que se puede resolver un problema centrándose en otro diferente. Se puede saber mucho de la otra parte con argumentos que van a crear opciones diferentes. Se pueden obtener acuerdos con opciones propuestas por el negociador, sin necesidad de realizar una negociación muy larga, tediosa y conflictiva.

**10.2.3.2.) Estrategia 14. Levantar un cadáver de entre los muertos.**

El alcance de esta estrategia es la utilización de la otra parte. Es decir controlar a las personas cuando carecen de capacidad, inteligencia o conocimientos para resistir una negociación compleja.

En el campo del comercio. Muchas veces los negociadores utilizan la imagen de un producto que ha caído en desuso para ofrecer otro nuevo de semejantes características. Un ejemplo nos lo proporciona el vehículo yugoslavo Yugo que se presentó con las características de comodidad, economía, durabilidad y garantía de los escarabajos Volkswagen de Alemania, cuando estos últimos estaban de improviso abandonaron parcialmente el mercado por saturación de la línea.

Posteriormente, diez años más tarde los escarabajos volvieron al mercado para competir, no por la comodidad y durabilidad, sino por el alto precio de los otros vehículos; realmente el Yugo tuvo una vida comercial muy corta.

Algunas veces cuando se negocia surgen viejas opciones de arreglar el problema que resultan más efectivas que las modernas alternativas de hacerlo.

**10.2.3.3.) Estrategia 15: Atraer al tigre fuera de las montañas.**

Esta estrategia es de uso muy frecuente entre los negociadores en materia comercial. Los alcances de la misma consisten en que es mejor hacer que la otra parte llegue a la mesa de negociaciones conforme a nuestras condiciones. Los negociadores hábiles prefieren y trabajan porque la otra parte acuda a su mesa de negociaciones porque el entorno es más favorable y ajeno para la otra parte y lo hace más vulnerable.

Para muchos negociadores este es un factor determinante para poder ejercer un dominio psicológico sobre la otra parte. Para otros negociadores acudir a la mesa de negociaciones de la otra parte es pisar terreno minado porque la parte que se encuentra en su propio terreno se torna más arrogante y se confían en sus propios controles, y al invitarlos a acudir a un terreno desconocido disminuye su resistencia a cualquiera de las peticiones que se les hagan.

Por esa razón los negociadores son resistentes de acudir a cenar, almorzar o compartir otras actividades que no sean directamente la búsqueda de la solución del problema con la otra parte o personas circundantes a ella.

Es conveniente que cuando se acude a negociar, sea en una mesa en donde ninguno de los que negocian tengan privilegios de ninguna naturaleza. Por ello los ofrecimientos de negociar en terreno neutral son apetecibles e inmediatamente aceptados.

**10.2.3.4.) Estrategia 16. Deshacerse del enemigo permitiéndole escapar.**

Parece a primera vista una estrategia eminentemente militar, sin embargo lo que pretende esta estrategia aplicada al comercio es que el negociador sea creativo realizando la opción que mejor satisface sus propios intereses y después adoptarla sin presionar demasiado a la otra parte para que la acepte.

Es decir, el buen negociador crea la opción más adecuada a sus intereses y la presenta indiferente, de tal manera que la otra parte ante esa indiferencia evidente la acepta.

Esta estrategia se utiliza mucho comercialmente para probar la atracción de un producto. Se retira del mercado durante un tiempo y ante la aclamación regresa triunfalmente a mejorar las ventas anteriores. Así experimentó la Coca-Cola clásica cuando para competir le subió la dulzura a su producto para desafiar a la Pepsi-cola. Luego de algún tiempo regresó a su sabor original y



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

reforzó su propio mercado creando uno nuevo, el de la Cherry Coke que efectivamente es más dulce, y incrementó sus ventas en la Coca-Cola clásica en un 10%.

Algunas veces los negociadores mercantiles retiran sus mejores opciones y juegan con las opciones alternativas que tienen bajo la manga, para luego volverlas a presentar como posibilidades de llegar a un acuerdo, y con esa opción obtienen un acuerdo más favorable.

En 1988 Groupe Roussel Uclaf sacó al mercado la píldora abortiva RU 486 con un éxito principalmente en China. Temerosos de que las ventas de otras empresas alemanas propiedad del accionista mayoritario que operaban en Estados Unidos fueran boicoteadas fue retirada del mercado. Sin embargo, un Congreso de Ginecología y Obstetricia celebrado en Río de Janeiro alabó la píldora y criticó su retiro del mercado. Francia intervino y con su intervención la píldora volvió al mercado sin el mismo peso moral.

**10.2.3.5.) Estrategia 17. Fabricar un ladrillo para obtener jade.**

Lo que nos proporciona esta estrategia en materia comercial es que muchas veces el negociador muy sutilmente manipula a la

otra parte entregándole algo de poco valor para obtener a cambio un beneficio mayor.

Gao Yuan lo ilustra muy adecuadamente al decir: "El principio es simple: no se puede pescar sin cebo un gran pez. Pero qué clase de cebo utilizar y cómo armarlo es un asunto más complejo. Tanto si la trampa consiste en un *regalo envenenado* como en un caballo de Troya, debe parecer atractiva para el contrincante."<sup>208</sup>

En el orden comercial es muy frecuente el chantaje emocional que hacia los padres ejercen los comerciantes utilizando a los hijos. El ejemplo más evidente es la comida rápida de restaurantes como Wendys o Macdonald's a donde acuden los niños no por la comida, sino por los juegos que circulan los establecimientos y los muñecos que vienen en la caja de la hamburguesa y las papas fritas.

Gao Yuan nos refiere en su interesante libro el ejemplo de Charles Wang de Computer Associates International, quien proporciona desayuno gratuito a sus empleados, y helados. Hewlett-Packard por su parte le celebra el cumpleaños mensualmente a los empleados de cada mes. Con ello reconocen

---

<sup>208</sup> Ob. Cit. Pág. 106.

el respeto y la oportunidad de sentirse parte de un grupo alentando la lealtad y productividad.

Igualmente les sucede a los consumidores que adquieren productos muy baratos cuyos accesorios son de un costo mayor. Al darse cuenta que adquirir los accesorios les resulta casi que comprar un producto nuevo, o lo dejan de usar o simplemente cargan con el costo de los accesorios. El ejemplo de esto más evidente son las cámaras fotográficas Polaroid, ya que los rollos de película resultan tan caros que el consumidor que las adquiere las utiliza pocas veces debido a su precio y al deterioro que sufren las fotografías con el transcurso del tiempo.

Otras veces esta estrategia es más sutil todavía porque al consumidor le obsequian el producto con un accesorio y para continuar con su uso debe adquirir accesorios de alto costo. Al negociar muchas veces se aceptan opciones sencillas y secundarias a la otra parte excesivamente para forzar la aceptación de una opción sobre el asunto principal. Se conceden opciones triviales para ganar objetivos principales.

Ejemplo de lo anterior encontramos cuando por la compra de un producto le venden otro del mismo tamaño y calidad (pantalones, camisas) a la mitad de precio. Automáticamente le

están vendiendo dos productos por un precio intermedio. El vendedor vende más y el consumidor adquiere más de lo que realmente necesita. Otro ejemplo de esto es aquel comerciante que le obsequia el aparato telefónico celular porque en el precio del servicio va el costo del mismo, sin que el consumidor lo evidencie.

**10.2.3.6.) Estrategia 18. Capturar al cabecilla para prender a los bandidos.**

La enseñanza de esta estrategia sugiere el principio más general de que una fuerza se deshace cuando se pierde lo que la mantiene unida. Un adagio chino dice: *cuando el árbol cae, los monos se dispersan.*

Muchas veces los hombres de negocios ignoran frecuentemente los movimientos tan fuertes que tienen las personas con las que están negociando.

En las negociaciones corporativas o coaliciones es frecuente ver cómo el negociador hábil desarrolla esta estrategia para eliminar las opciones que propone una de las partes que está más en contra de resolver la controversia.

**10.2.4.) Estrategias para situaciones de confusión.**

Estas estrategias son confusas y oportunas cuando se está negociando en coalición ya que implica a varios sujetos en contienda y diversidad de intereses, requieren un complejo juego de relaciones. Estas estrategias reconocen que las alianzas basadas en los intereses a corto plazo pueden exigir transigir con el negociador mientras puedan desaparecer los roces entre las personas.

Emplean para su aplicación, necesariamente técnicas como aperturas de negociación y ofertas de no-agresión, mezcladas con establecimiento de opciones que sustituyen a las amenazas, manipulación de opciones y división de las partes contrarias.

**10.2.4.1.) Estrategia 19. Robar la leña de debajo de la caldera.**

La explicación de esta estrategia aplicada al comercio, y específicamente a la negociación es que sirve adecuadamente al negociador cuando la otra parte está en sus límites. Al decir sus límites nos referimos a que su soporte de negociación se ha terminado y únicamente le queda aceptar o retirarse de la resolución del problema.

Esta estrategia equivale a quitarle a la otra parte los recursos necesarios para que continúe con fuerza en la mesa de negociaciones.

Si se resiste la otra parte, entonces éste método tiene por objetivo mermar sus recursos y minar su moral. El negociador debe disminuir el sostén psicológico de la otra parte porque esto puede ser muy importante. Recordemos el adagio de Napoleón Bonaparte: ***las tres cuartas partes de la fuerza de un ejército consiste en su moral.***

Los ejemplos de esta estrategia aplicable al comercio son claros cuando se revisan los despojos y la eliminación de sistemas de apoyo subyacentes. Cuando un comprador de empresas en crisis comienza a comprar paulatinamente acciones pertenecientes a empresas blanco de su futura adquisición, está robando leña hasta adquirir suficientes acciones para asegurar el control mayoritario.

Gao Yuan al respecto de esta estrategia dice: "Los negocios de Estados Unidos podrían abrir una brecha mayor en el mercado japonés si los americanos entendieran la naturaleza de la *leña bajo la caldera* del sistema japonés. Los intereses americanos son obstaculizados, no tanto por cuotas y tarifas de importación, como por barreras no arancelarias: las estrañas regulaciones japonesas para las importaciones, el complejo sistema de distribución y la impenetrable red de relaciones comerciales."<sup>209</sup>

---

<sup>209</sup> Ob. Cit. Pág. 125.

Los negociadores hacen que los recursos de la otra parte vayan en disminución, a tal grado de que cuando ya no puede soportar la carga de la diversidad de opciones sobre las cuales debe decidir, y además cuando la otra parte está agotada, opta por moldear las opciones adversas para replantearlas a su favor y que la otra parte las acepte.

**10.2.4.2.) Estrategia 20. Pescar en aguas turbias.**

Esta estrategia aplicable al comercio nos ilustra que cuando los tiempos son inoportunos para negociar proporcionan posibilidades excepcionales. Las circunstancias confusas o críticas provocan en las personas que negocian dificultades en el sentido de orientación y les dificulta distinguir lo falso de lo verdadero, lo bueno de lo malo.

El negociador mercantil con esta estrategia se beneficia de un infortunio cual es el grado de confusión. Gao Yuan al respecto dice: "Las situaciones turbias crean posibilidades para que intereses diversos ganen a los medianos, se traguen a los pequeños y desestabilicen a los grandes." <sup>210</sup>

---

<sup>210</sup> Ob. Cit. Pág. 127.

En las negociaciones comerciales esas circunstancias caóticas o confusas algunas veces son provocadas por los mismos negociadores, principalmente cuando se negocia entre coaliciones, y en donde diversidad de partes discuten y reclaman multiplicidad de intereses. No hay una sola parte ni un solo interés principal. Divide y vencerás dice el adagio. En esa división se crea confusión y ese el momento más oportuno para forzar opciones a favor.

**10.2.4.3.) Estrategia 21. Desprenderse del caparazón de la cigarra.**

Esta estrategia no es difícil, simplemente significa en el comercio, crear la impresión de que se está en un lugar cuando en realidad se está en otro lugar diferente, desde el cual se puede lanzar un ataque sigiloso. El juego de la ausencia y presencia, forma y fondo, avance y retroceso.

También se utiliza en esta estrategia, confundir a la otra parte atacando a otros sujetos que no son parte en la negociación.

En el comercio podemos apreciarlo cuando una empresa quebrada o con dificultades financieras para aparentar estabilidad y buen manejo cambia a sus directivos y dar una nueva imagen, esperando que la nueva cara de los directivos cambie la situación y



devuelva la confianza, residiendo el poder siempre en otras personas que no aparecen.

Se utiliza también en las negociaciones para distraer la atención de un sitio a otro. Muchas partes en controversia de intereses consideran que contratar consultores de estrategias es servir de pararrayos para desviar las críticas fuera de la dirección. El consultor llega, escucha lo que se desea que haga y luego rinde su informe objetivo que posiblemente le servirá a los directivos para reforzar su posición.

Para un negociador comercial esta estrategia es problemática por razones tácticas ya que no puede utilizarse con frecuencia confundir a la otra parte, si falla y lo descubren jamás la otra parte confiará en usted como negociador para esa negociación, y peor aún en las futuras.

#### **10.2.4.4.) Estrategia 22. Cerrar la puerta para atrapar al ladrón.**

En materia negocial consiste en cercar a la otra parte y cerrarle todas las vías que puede utilizar para proponer opciones viables. Sin embargo, para esta estrategia se requiere tener una superioridad absoluta, tener alguna especie de trampa sutil que

cierre la posibilidad a la otra parte de proponer más opciones, ser atraída la otra parte con engaño, cerrarle las oportunidades en el momento adecuado para sorprenderlo sin posibilidades de escoger opciones definitivas.

Muchas veces las pequeñas empresas tienen que ceder ante las compañías poderosas por las acciones judiciales encaminadas en su contra, que les significan altos gastos judiciales que las asfixian. Es una estrategia peligrosa en la negociación porque si se descubre se rompe en definitiva con las posibilidades de aplicar este o cualquier otro mecanismo alternativo.

**10.2.4.5.) Estrategia 23. Aliarse con un Estado lejano para atacar al Estado vecino.**

La relación negocial que entabla una persona como negociador y otra como parte interesada directa en un conflicto de intereses económicos puede ser de amistad o enemistad, aunque ya hemos establecido con anterioridad que la función del negociador es motivar una relación amistosa y cordial.

Concentración y dispersión, cercanía y lejanía pueden ser los parámetros con los que nos encontramos en una negociación, ya

sea por cuestiones geográficas, por adquisición de posiciones o pretensión de intereses.

La estrategia que estudiamos nos señala que para atacar a un vecino es mejor aliarse con enemigos lejanos ya que minimiza las dificultades logísticas y consolida las victorias paulatinamente. Ahora bien, en la mayoría de casos las estrategias señalan que es preferible acudir lejanamente para llegar a acuerdos siempre y cuando haya certeza de alcanzar objetivos lejanos que puedan servir en el futuro.

Al buscar alianzas comerciales los negociadores deben buscar intereses permanentes y comunes sin tomar riesgos excesivos al mismo tiempo. Si una empresa desea lanzar al mercado un producto nuevo debe comenzar con hacerlo en el territorio conocido y luego expandirlo evitando la hiperdiversificación.

Cuando un comerciante piensa en expandir su producto debe compartir los riesgos con otras empresas. De igual manera el negociador que piensa expandir sus opciones debe compartir con la otra parte los riesgos que esta conlleva, o mejor aún, elaborarla conjuntamente para establecer los alcances y su cumplimiento efectivo conforme al acuerdo logrado.

Un ejemplo de esta estrategia la encontramos con las alianzas estratégicas utilizadas internacionalmente entre las industrias automovilísticas. Así encontramos alianzas con riesgos compartidos entre General Motors y Toyota, Ford y Nissan, Chrysler y Mitsubishi. Y aunque el ataque a Japón se ha incrementado por Washington, cada Estado norteamericano continúa por su propia cuenta cortejos con Japón de tal manera que hasta 1997 37 Estados tienen delegaciones en Tokio. Se espera que para el año 2,000 Japón haya superado considerablemente las inversiones que tiene en Estados Unidos superando en gran medida a Gran Bretaña.

El buen negociador mercantil para obtener objetivos no debe crearse demasiados enemigos nunca, y si no puede evitar tener algunos debe elegirlos cuidadosamente encargándose primero del más débil y, si es posible, no debe enfrentar a más de uno al mismo tiempo.

El negociador debe considerar siempre que las alianzas tácticas no sólo son útiles, sino que son imprescindibles para alcanzar acuerdos de mutuo beneficio. Tampoco debe olvidar a los propios amigos, ni a los amigos de sus amigos con quienes debe continuar llevándose bien porque son relaciones de necesidad.

**10.2.4.6.) Estrategia 24. Conseguir un camino seguro para conquistar el reino de Guo.**

Esta estrategia tiene su significado muy evidente en cuanto a que es muy conveniente cuando la otras partes se amenazan entre sí, o una e ellas amenaza al negociador durante la negociación. Esto significa estar en una situación difícil porque no se puede ganar la confianza sólo con palabras vacías. El adagio latino *facta non verba* adquiere aquí su máxima expresión, toda vez que con hechos solamente puede adquirirse la confianza.

El éxito de esta estrategia está en hacer y deshacer alianzas durante la negociación, principalmente cuando es una negociación entre varias partes con conflictos de intereses diversos. El abrirse paso aprovechándose de la parte que es la más fuerte es la idea.

Como ejemplos de la utilización de esta estrategia encontramos el monstruo del Software en el mundo como lo es Microsoft, firma que obtuvo una posición dominante entre los productores de tecnología informática gracias al éxito de IBM a quien utilizaron. Sin embargo, hoy en día muchos fabricantes de ordenadores personales se basan en el sistema operativo MS-DOS como sistema de fabricación estándar, no solo IBM.

Charles Wang's Computer Associates International siendo una empresa minoritaria de menos de 5 empleados en 1976 como subsidiaria de una empresa, ha sobrepasado el límite de expectativas y es la mayor empresa del mundo de tecnología informática.

Negocialmente es útil esta estrategia cuando el negociador comercial no puede desarrollar opciones por sí sólo y requiere de ayuda de las otras partes en controversia de intereses. Una buena forma de empezar a utilizar esta estrategia por los negociadores es involucrarse en la formación de pequeñas opciones en conjunto con las otras partes.

#### **10.2.5.) Estrategias para ganar terreno.**

Las estrategias que se contemplan dentro de este renglón tienden a sugerir que las personas que las utilizan adquieran lo que otros controlan de una u otra manera. Las técnicas de reemplazo, tácticas de diversión, sutilidad y astucia para hacer caer a la otra parte en la trampa son usuales en ellas.

**10.2.5.1.) Estrategia 25. Reemplazar las vigas y los pilares con madera podrida.**

Esta estrategia tiene un significado muy especial porque requiere del negociador destruir o eliminar de alguna forma las bases que mantienen o sostienen a la otra parte y sustituirlas por otras bases que le pertenezcan. En otras palabras el significado de esta estrategia es incapacitar a la otra parte de tal manera que habiendo sustituido sus pilares de resistencia en la negociación se obtiene el control de la negociación para ofrecer opciones más apropiadas a la satisfacción de los propios intereses.

Ejemplos de esta estrategia en el comercio podemos mencionar a los fabricantes de automóviles japoneses que cuando el gobierno de los Estados Unidos de América decidió aplicarles cuotas voluntarias de exportación decidieron rebajar la calidad de sus vehículos, de tal manera que, aunque su número de exportaciones no creció, si se incrementaron sus beneficios por el menor costo de las unidades.

De igual manera los modelos de lujo de los vehículos Toyota (Lexus) y Nissan (Infiniti) aumentaban la balanza de pagos de Estados Unidos en tres veces el valor de un vehículo corriente que reemplazaba.

Los Estados Unidos impusieron tasas *antidumping* a *chips* de ordenadores japoneses; los industriales japoneses respondieron a la medida instalando chips en falsos aparatos ya que las tasas no aplicaban a los chips ya colocados.

Un ejemplo muy interesante nos proporciona Gao Yuan: "Algunas empresas que actúan en Bolsa de han enriquecido utilizando la estrategia de las vigas y los pilares, lo que es claramente antiético, cuando no abiertamente ilegal. El escenario está servido cuando un corredor de Bolsa tiene acciones de una empresa en representación de un cliente, un adquisidor hostil hace una oferta por una parte del paquete de acciones y el cliente no responde a la nota del agente de Bolsa sobre si quiere vender. Sin más dilación, el agente transfiere algunas de las acciones a otra cuenta y las ofrece como si fuesen propias. Cuando el precio de las acciones baja repentinamente a causa de su puesta en venta, el agente las reemplaza en la cuenta del cliente al precio reducido. Al haber negociado con los activos del cliente como si fuesen propios, la empresa se embolsa la diferencia entre el precio de oferta y el precio subsiguiente de mercado, y el cliente nunca se entera de lo que ha perdido."<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> Ob. Cit. Pág. 159.



Esta es una estrategia bastante sutil y peligrosa para un negociador carente de experiencia y habilidad.

**10.2.5.2.) Estrategia 26. Señalar la morera y maldecir el algarrobo.**

Esta estrategia consiste en el apoyo que tengan las partes en contienda consistentes en tácticas para producir miedo, apoyo de otras personas con acompañamiento directo o bien porras y vivas o gritos de apoyo para asustar o plegar a otros a someterse a la voluntad del apoyado. Es conocida como una estrategia de refuerzo negativo puesto que tanto puede acobardar al débil como convencer al fuerte.

Es utilizada en el comercio por negociadores que participan en mesas de diversas partes con multiplicidad de intereses. Polaroid y Kodak lo aplican constantemente para que cada una se mantenga en el área de especialización que le corresponde como empresa rival (una en fotografía instantánea y la otra en fotografía convencional).

Los industriales y comerciantes también la utilizan de otra manera. Por ejemplo las entidades informáticas, discográficas, editoras etc. que protegen su derecho de autor y derechos

conexos tienen una característica común: iniciar procesos judiciales en contra de la violación de sus derechos de patentes de invención, derecho de autor y derechos conexos ó violación de derechos de propiedad industrial con acusaciones delictivas en contra de pequeños y medianos distribuidores, con la idea de amenazar a los empresarios falsificadores e imitadores grandes.

Algunos negociadores mercantiles presentan simplemente estas demandas o acusaciones en la mesa de negociaciones como una advertencia de que si fracasa la negociación se continuará con las acciones iniciadas. Si las acciones iniciadas efectivamente son sólidas y verdaderas no simplemente un medio de coacción, esto se evidenciará inmediatamente si la otra parte se asesora bien y se hace acompañar de un especialista que desvirtúe las amenazas.

Es variable la utilización y efectividad de esta estrategia toda vez que si acudimos a una mesa de negociaciones es para no pelear, para resolver las diferencias con comodidad, buena fe y alternativas de solución loables y no conflictivas. El negociador debe meditar antes de utilizarla. Cuando lo hace principalmente debe ser cuando se enfrenta con que la otra parte aparece con una negociación dura; allí le puede ser efectiva.

**10.2.5.3.) Estrategia 27. Hacerse el tonto sin dejar de ser listo.**

Un buen negociador mercantil, hábil, experimentado y exitoso, como inteligente no deja ver siempre lo que es. Las personas menos listas que piensan que son muy listas suelen actuar temerariamente, mientras los expertos consideran que sería más adecuado hacerse el tonto mientras esperan su hora propicia.

Esta estrategia indica que el buen negociador avanza despacio, con movimientos lentos pero meditados, planificados y cuidadosos, siempre hacia adelante. Los movimientos deben ser considerados previamente en secreto, con calma, apertura, acción y reacción.

Si un negociador es hábil debe demostrar que no lo es. El método de esta estrategia es hacer que la otra parte subestime a su contraparte, se confíe y no reaccione de inmediato. Cuando la reacción llega, es demasiado tarde.

Es, en el ámbito de las negociaciones comerciales una manera muy efectiva de desarmar a los que están inclinados a utilizar una negociación dura. Y se utiliza más cuando el negociador pretende saber hasta qué punto conoce sus planes la otra parte. Sin embargo, también el negociador debe tomar en cuenta que la otra parte puede estar utilizando la misma estrategia.

No es una estrategia sencilla principalmente cuando se negocia con mujeres ya que ellas sabiendo que los hombres les consideran con menos capacidad intelectual bajan la guardia y revelan sus objetivos y opciones negociales.

Muchas veces las negociaciones con mujeres se tornan difíciles porque no sólo se utiliza esta estrategia en exceso menospreciándolas por su género, sino que ellas utilizan ese género como un chantaje moral de debilidad extrema. La realidad nos ha demostrado que las mujeres son tan capaces de negociar efectivamente al igual que los hombres.

El refrán chino dice: *un hombre verdaderamente sabio, suele parecer poco ingenioso.*

**10.2.5.4.)Estrategia 28. Retirar la escalera después de haber subido.**

Esta estrategia se interpreta de distintas formas, sin embargo el significado más común nos dice que se debe atraer al contrincante hacia una trampa y luego cortarle la vía de escape. En materia comercial, y primordialmente con respecto a la negociación la interpretación es que el negociador debe

proporcionarle a la otra parte opciones resuelvan el problema a satisfacción de ambos intereses convenciéndolo de tal manera que no pueda objetar ninguna y abandone la negociación.

Gao Yuan dice al respecto que: "Diferentes tipos de adversarios pueden ser engañados de diferentes maneras: el enemigo codicioso con la promesa de una ganancia, el enemigo arrogante con el signo de debilidad, el enemigo inflexible mediante una argucia"<sup>212</sup>.

La idea en cuanto a las actitudes del negociador estos aspectos tienen alguna variación. En cuanto a que si la otra parte es codiciosa convencerla de van a satisfacer preferentemente sus intereses, si es arrogante con la propuesta de opciones que demuestren debilidad, y al inflexible con sutilidad.

Realmente no se trata de cortarle la salida, sino de proporcionarle diversidad de opciones de tal manera que la otra parte se encuentra tan encerrada por las alternativas, que deba tomar alguna de ellas y no abandonar la negociación.

El accionista mayoritario, y por que no decirlo el propietario de Continental Airlines en 1983 la utilizó cuando tenía problemas

---

<sup>212</sup> Ob. Cit. Pág. 169.

financieros. Solicitó la declaración de quiebra judicial y esto le permitió despedir empleados, bajar salarios y negociar nuevos pactos de trabajo; y así saneó su empresa y ahora es competitiva en el transporte aéreo de pasajeros. Cuando quiso hacer lo mismo con Eastern Airlines, los trabajadores ya habían descubierto la estrategia y la bloquearon.

La efectividad de esta estrategia se fundamenta en que las misericordias no funcionan porque todas las consecuencias han sido provocadas por la persona que realiza la estrategia y las consecuencias escapan de su control.

Concentrarse mucho en esta estrategia como única es riesgoso porque puede hacer desaparecer las principales opciones, o quizás la más importante.

#### **10.2.5.5.) Estrategia 29. Adornar los árboles con flores falsas.**

El significado de esta estrategia es bastante claro: es presentar una apariencia de poder, inclusive cuando la fortaleza real es mínima.

Aquí el negociador lo que debe demostrar siempre es que las opciones que presenta a la otra parte para resolver el problema están respaldadas por el poder que representa él y las

posibilidades que propone para terminar con el conflicto de intereses. Aunque las posibilidades reales sean mínimas para que la otra parte acepte la opción, debe presentarla.

Lo que esta estrategia busca es alcanzar más de lo que realmente se tiene y es utilizada por el negociador débil frente a la otra parte fuerte. Los comerciantes la utilizan como un disfraz para afianzar un método de venta.

La empresa electrónica Sanyo la utilizó en 1952 cuando lanzó un nuevo producto. Antes de lanzar al mercado su nuevo producto (un nuevo modelo de radio). Preparó a sus vendedores y los lanzó al mercado como clientes (consumidores) a todas las tiendas a solicitarlo insistentemente. Las tiendas al ver la insistencia lo pidieron y en 2 años duplicaron las ventas convirtiéndose en el número dos del mundo después de National.

Un negociador bueno puede preparar el terreno en la mesa de negociaciones antes de lanzar una propuesta de opción, de tal manera que cuando la opción aparezca la otra parte esté convencida y la acepte. O mejor aún, convencer previamente a la otra parte y que la opción la sugiera ella, luego el negociador la acepta y esta satisfecha la otra parte porque ella la propuso.

Al negociar las propuestas deben ser cortas y directas. Se debe dejar que las referencias y constancias del problema hablen por sí mismos. Hay que dejar que la personalidad del negociador, sus acciones, su prestigio, buena fe y experiencia lo representen. Muchas veces cuando se conoce a una persona por lo que es y no por lo que dicen que es resulta más efectivo que adornarlo, porque finalmente ninguna persona podría acusarle de que pretende engañar.

Hay que llevar a la otra parte que negocia hasta los intereses comunes, ya allí, ella misma se convencerá que la opción propuesta es la mejor porque satisface intereses comunes.

**10.2.5.6.) Estrategia 30. Hacer que el anfitrión y el invitado intercambien sus sitios.**

Muchas veces cuando se acude a negociar a territorio ajeno se acude a analizar las alternativas de la otra parte, y la otra parte por tanto cuida mucho las alternativas que presenta. Se dice comúnmente que el invitado lucha y el anfitrión se defiende.

Y es normal porque la persona que recibe al negociador en su territorio se concentra en inutilizar la logística del negociador, y el objetivo del negociador invitado es revisar bien las alternativas



de solución que se le presentan. Casi resulta como el refrán que reza: *cuando un glotón visite tu casa, ponle llave al refrigerador.*

Un ejecutivo no puede vacilar en las decisiones, si lo hace, cualquiera de sus subalternos actuaría con rapidez para ocupar su puesto. En ocasiones el negociador debe actuar con gestos de equilibrio de la situación. Cenas, cafés vespertinos, desayunos, en fin, gestos de buena relación, le permitirán intercambiar posiciones que al final le servirán para que junto con su contraparte escojan la mejor opción de beneficio mutuo.

#### **10.2.6.) Estrategias para situaciones desesperadas.**

Estas se encuentran diseñadas tomando en cuenta la debilidad de la otra parte. Son quizás los últimos recursos que tiene el negociador, se usan regularmente en casos de emergencia o extrema urgencia. Hacen que el negociador en lugar de ser tolerante busque la mayor debilidad de su contra parte, la explote aunque sea hepática y si no funciona simplemente se retire de la negociación.

Las debilidades de las otras partes admiten diversidad de tipos: sociales (vestuario, fiestas, reuniones, cócteles), culturales (cine, teatro, ópera, etc.), personales (mujeres, bebidas, regalos, artículos de colección etc.). Muchas de ellas son peligrosas, otras requieren de

recursos económicos para satisfacerlas. Pero todas requieren que sea una tercera persona la que haga la propuesta a la contraparte, para luego coadyuvar a explotar lo recibido.

Parecieran inmorales, pero en nuestro quehacer cotidiano se ven éstas estrategias todos los días, desde un regalo hasta un placer personal pueden ser el costo. La dificultad que presentan es que no sean viables y la otra parte se retire, o bien al fallar el negociador que la intentó abandone la negociación.

**10.2.6.1.) Estrategia 31. Utilizar a una mujer para tender una trampa a un hombre.**

Esta estrategia se ha utilizado desde hace muchos años, quizás desde que la sociedad está organizada, o posiblemente antes de ello. Cuando un negociador se presenta frente a una contraparte poderosa, resuelta e ingeniosa, el ofrecimiento del sexo opuesto es la única manera de quebrantar un poco o mucho su voluntad.

Lo que significa esta estrategia básicamente es ofrecerle a la contraparte una tentación irresistible, de tal manera que no se niegue a aceptarla.

En materia de mujeres quizás el ejemplo de Mata Hari sea el más clásico. Luego la utilización de espías mujeres por los principales países del mundo, ya que poseen recursos adecuados cuando la persona a investigar y explotar es un hombre. La caída de grandes líderes en el mundo se debió en gran medida a la debilidad por las mujeres. El ejemplo más reciente lo encontramos con las diferentes mujeres que por la Casa Blanca compartieron con el Presidente William Clinton, posiblemente enviadas o preparadas por el Partido Republicano sabidos de su debilidad por ellas, hasta que cada una de ellas inició demandas en su contra, y sólo una Mónica Lewinski estuvo a punto de lograr que fuese destituido por el Senado de los Estados Unidos de América. La estrategia falló porque se descubrió por la Cámara de Representantes en donde el Partido Demócrata tenía la mayoría de votos.

De 5 millones de espermias que acuden a la cita con el óvulo, solamente uno lo conquista. El bombardeo frecuente hacia la debilidad de la otra parte puede resultar efectiva y funcional, aunque sea peligrosa.

En una ocasión, luego de diversidad de rondas de negociación, una de las partes (la más negligente, dura, extremista y opositora a cualesquiera de las opciones que se le presentaban), acudió a un cóctel que ofrecía una tercera persona, ajena al diferendo de

intereses pero sabida de ello. En la reunión se encontraban muchas mujeres jóvenes y atractivas. Al preguntar su presencia le fue manifestado que acudían para conocer a las personas que negociaban por ser ejecutivos de mucha importancia, y principalmente por conocerlo a él.

Una de ellas realizó su tarea y compartió con él, inclusive luego de la recepción. A la mañana siguiente la parte intransigente y radical estaba dispuesta a resolver el diferendo aceptando la mejor opción que se encontraba en la mesa de negociaciones. Claro está que el negociador de la contraparte conocía su debilidad por las mujeres y el tipo de ellas que le agradaba, acudió a un tercero que le preparó el terreno y logró su objetivo.

La utilización de esta estrategia negocialmente es obvia cuando se utilizan edecanes o modelos sensuales y atractivas que le sugieren a las partes en la mesa de negociaciones algo más que los servicios de sesión. Otras veces, se lleva a las partes directamente a los centro de atención personal.

Las tentaciones de todas clases se realizan con sobornos de todo tipo en las negociaciones comerciales. No olvidemos que desde Franklin D. Roosevelt hasta William Clinton han tenido romances famosos, pasando por supuesto por John F. Kennedy y

Martin Luther King. Si no funciona, ya sea por negativa a la aceptación o manteniendo la posición a pesar de la aceptación, retirarse de la negociación es lo mejor como última estrategia.

**10.2.6.2.) Estrategia 32. Abrir de par en par las puertas de la ciudad vacía.**

Esta estrategia se utiliza cuando se encuentra el negociador en una situación muy vulnerable. El éxito de esta se fundamenta en la desconfianza de las otras partes personas a lo que se reconoce abiertamente.

Cuando no se tiene ningún medio de defensa o argumento para defender las opciones que se presentan y se evidencia esta situación a la otra parte, probablemente éste sospeche lo contrario. Es una forma muy arriesgada de pretender engañar a la contraparte.

La franqueza sobre la debilidad puede ser interpretada como un signo de confianza y de fortaleza. Es útil para comprobar el apoyo que puede tenerse de las partes en casos de debilidad, los amigos acudirán en su ayuda para superarlas, y los adversarios no creerán que las cosas están tan mal como se les afirma. En materia negocial, las partes a quienes el negociador les simpatizó o

que comparten algunas de sus propuestas u opciones para resolver el diferendo estarán con él, las que no creen ignorarán el problema.

Sugerir opciones que perjudiquen la posición del negociador es la manera de evidenciarlas en las negociaciones, presentar opciones que benefician más a la otra parte. Regularmente la otra parte desconfiará en ellas y no las aceptará.

El ejemplo de esta estrategia lo evidencia aquellas empresas de financiamiento fantasma que ofrecen grandes intereses para captar capital de inversionistas ambiciosos e ilusos. Siempre y más aún cuando están en crisis y al borde de la quiebra, les dan a los inversionistas la posibilidad de revisar y controlar sus registros contables e inclusive la posibilidad de administrar, sabidos que no aceptarán, demostrando falsamente su buena fe.

**10.2.6.3.) Estrategia 33. Dejar que el espía enemigo siembre la discordia en su propio campo.**

La máxima *divide y vencerás* se manifiesta abiertamente en esta estrategia, ya que aconseja manipular a los propios asesores de la otra parte por medio de terceras personas, para que sirvan a los objetivos del negociador.

Hay cinco posibilidades de que esto pueda realizarlo un negociador: La **primera**, investigando a la contraparte por medio de amigos, colegas, compañeros de estudios para que proporcionen información personal y comercial de la contraparte. La **segunda** comprando información de la negociación con personal directo de la contraparte, regularmente las personas que laboran y tienen bajos salarios o resentimientos por mal trato o empleados capaces que han sido marginados y jamás tomados en cuenta, personas que han sido despedidas o acusadas y que quieren reivindicarse, personas ambiciosas o temerosas de perder su empleo. La **tercera** colocar a una persona de la empresa que representa en negociador en la empresa con la que va a negociar, con anticipación, y que luego recopile y traiga información de vuelta; obviamente esta información puede confirmarse con otra persona que también se emplee en el mismo lugar y que verificará la información. La **cuarta** posibilidad es que se envíen personas a la empresa de la otra parte para que infiltren falsa información que desoriente a la contraparte y que no demuestren ninguna relación con el negociador si son descubiertos. Y la **quinta** es descubrir esta estrategia por parte de la otra parte hacia el negociador, comprar a las personas que ha enviado a recopilar información pagándoles mejor y devolviéndoles información negocial falsa.

Ejemplos comerciales de la aplicación de esta estrategia lo encontramos en 1982 cuando IBM descubrió a 2 ingenieros japoneses de la empresa Hitachi comprando potencialmente secretos industriales. 13 empleados de Hitachi fueron condenados posteriormente por espionaje industrial. Hitachi indemnizó a IBM con 300 millones de dólares.

Otro ejemplo de esto lo encontramos más sutilmente cuando empresas emplean a personas que trabajan para su competencia, ya sea ofreciéndoles mejores salarios o bien contratándolas cuando han sido despedidas. Lo que realmente obtienen muchas veces no es la actividad que realizan, sino es información de aspectos muy interiores de la otra empresa. Pagan por la información, no por el servicio laboral que prestan. Luego de utilizarlos y exprimirles la información que desean también los despiden.



**10.2.6.4.) Estrategia 34. Hacerse daño a sí mismo para ganarse la confianza del enemigo.**

El punto de apoyo de esta estrategia es el aprovechamiento de las dificultades de la otra parte. Es decir, sentir simpatía por los problemas o sufrimientos en que se encuentra la otra parte.

Los negociadores la usan en situaciones extremas en el comercio cuando admiten su responsabilidad en cuanto a los errores que posean las opciones que presentan para solucionar el diferendo. Las disculpas deben ser inmediatas para que sean aceptables, o mejor aún anticipadas cuando del negociador de antemano sabe que la otra parte se ha enterado de los errores que presenta la opción. Antes del reclamo se presenta la disculpa y se reconoce el error.

Una casa de bolsa de valores de Estados Unidos de América aceptó la responsabilidad de que sus corredores habían estado negociando y operando ilícitamente con los fondos de sus inversionistas, haciendo las inversiones como suyas. Al hacerlo también negó haberlas conocido con antelación y peor aún, haber participado en ellas. Así logró menguar la lluvia de reclamos y retiros de sus clientes.

Los golpes que se reciben algunas veces en las negociaciones cuando se aprovechan de la debilidad del negociador por los problemas que enfrenta, le enseñan cómo saber presentar opciones sin demostrar su debilidad. Esto sólo lo proporciona la experiencia en aquellos casos que se han perdido, no de los triunfos.

**10.2.6.5.) Estrategia 35. Encadenar juntos a los buques enemigos.**

La transformación paulatina de la fuerza de la otra parte en su propia debilidad es el significado de esta estrategia. Entorpecimiento de las opciones que presente la otra parte con sus propios argumentos. Si se alcanza su funcionalidad, la otra parte termina por abandonar la propuesta de la opción por ser perjudicial para sus propios intereses.

Negocialmente las empresas que demandan a sus acreedores o se declaran en quiebra, vuelven tan controversial sus litigios que duran años de años. Mientras tanto, incrementan sus ingresos porque la preocupación de las demandas a los acreedores no les permite acosarlos directamente.

Muchas empresas financieras han optado por declararse de hecho en quiebra y llaman a un concurso voluntario de acreedores. Le ofrecen a los acreedores administrar sus negocios y al aceptar los acreedores automáticamente amarran a los inversionistas con quienes los acreedores se tienen que entender para su pago. Endosan dos problemas con un sólo lazo.

#### 10.2.6.6.) Estrategia 36. Retirarse.

Hay un adagio que señala: ***que es mejor retirarse a tiempo, que arrepentirse demasiado tarde.*** En la guerra se dice: ***es mejor que digan que aquí huyó, que aquí murió.***

Cuando han fallado todas las posibles estrategias que un buen negociador puede intentar, dependiendo el caso, la última y más oportuna es retirarse. Esta estrategia es definitiva. sin embargo hacerlo no significa haber perdido la negociación, o la negación de la otra parte de la propuesta de las opciones presentadas. Una buena salida es cuando se adquiere por lo menos un compromiso en el futuro de intentar nuevamente la negociación o cualquier otro mecanismo alternativo para resolver el diferendo.

Comercialmente nos proporciona un gran ejemplo la empresa Acme de los Estados Unidos de América que ha creado un verdadero museo de los inventos que carecen de utilidad comercial por su falta de aceptación en el mercado de consumidores. Muchas empresas invierten grandes sumas de dinero en la investigación de mercancías y servicios que luego de concluidas abandonan por el riesgo que representaría lanzarlos al mercado.

No pierden en la investigación abandonada porque esos costos los absorben productos de aceptación que financian sus trabajos de laboratorio. Otras veces ni siquiera llegan a concluir la investigación cuando se dan cuenta de que su utilidad será negativa, o su comercialización será para un mercado demasiado reducido.

Que utilidad tendría producir féretros para epilépticos con oxígeno y otros enseres (alarma, luces, etc.) si el porcentaje en el mundo es pequeño y los costos una mínima parte de ese pequeño porcentaje podría comprarlos.

El retirarse inmediatamente significa para el negociador minimizar las pérdidas de tiempo, dinero, recursos y desgaste personal.

Debemos recordar siempre que de las malas experiencias, de los fracasos, de los resultados negativos, de los negocios no realizados aprendemos mucho más que de las buenas experiencias, victorias, éxitos, resultados positivos, buenos negocios realizados y de lo próspero; porque lo bueno se olvida muy pronto, lo adverso jamás se olvida y se trabaja por no repetirlo.

### **10.3.) El método de penetración para la negociación.**

Cuando analizamos el Proyecto para la Negociación de Harvard de la Universidad de Harvard, Estado de Massachusetts, Estados Unidos de América, fuimos claros en darle el crédito a Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton y muchos otros autores más. Ese proyecto se convirtió en un Programa de Negociación de Harvard.

Se ha ampliado considerablemente el número de personas que lo imparten; pero más que ello, muchos autores como William Ury han continuado con sus investigaciones sobre a cómo alcanzar buenos acuerdos que resuelvan grandes problemas; o cómo alcanzar acuerdos que

contemplan las aspiraciones o intereses de las personas que están negociando.

Si recordamos, al principio se mencionaron aspectos de cómo negociar cuando hay 2 partes y un sólo interés, o cuando hay dos partes y varios intereses, y por último cuando hay varias partes y varios intereses. Sin embargo, lo que no se dijo es **¿cómo negociar cuando las partes (personas) adoptan posiciones obstinadas?**

Es decir, **¿cómo negociar cuando una persona adopta la posición de empeñarse en seguir una decisión pertinaz, testaruda, indócil é imprudente?, ¿cómo haría cambiar de posición ú opinión?** A éstas preguntas que nos hacemos frecuentemente se dará respuesta en este apartado.

William Ury confiesa que el método que creó tuvo su fundamento en una pregunta: **“¿Cómo puede uno transformar un enfrentamiento en cooperación?”**<sup>213</sup> Una interrogante que para responderla encierra toda una gama de aspectos teóricos y prácticos que permiten hacer de la contraparte un colaborador del negociador, o mejor dicho, un colaborador del negociador en búsqueda de un acuerdo que satisfaga los mutuos intereses.

---

<sup>213</sup> Ury, William. “¡Supere el no!. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas.” Pág. XIII.

Sin embargo, para llegar a ello es largo el camino por recorrer y mucho trabajo que realizar. Aunque los métodos de negociación sean diversos, las técnicas sofisticadas y los negociadores hábiles, en el rumbo pueden aparecer personas inescrupulosas con criterios encontrados irreconciliables que de una u otra manera acudan a la mesa de negociaciones con la idea de no negociar.

Al referirse al ámbito mercantil William Ury nos dice que: "En el mundo de los negocios, las corporaciones están formando alianzas estratégicas con sus más vehementes competidores. Están mancomunando recursos para investigación y desarrollo, compartiendo instalaciones de producción y aprendiendo unos de otros sus puntos fuertes. Las empresas están desarrollando asociaciones a largo plazo con proveedores a quienes antes mantenían a distancia. Los trabajadores y la administración se han dado cuenta de que si no trabajan conjuntamente tal vez no puedan trabajar en absoluto."<sup>214</sup>

Agrega el referido autor que: "La habilidad para cooperar con antiguos adversarios es la clave de la supervivencia."<sup>215</sup>

Con lo anterior, el autor quiere manifestar que las personas individuales y los funcionarios de las personas jurídicas y de los organismos internacionales se han dado por fin cuenta de que no es peleando como mejor se resuelven las

---

<sup>214</sup> Ob. Cit. Pág. 13.  
<sup>215</sup> *Ibidem*.

controversias; que acudir a los tribunales de justicia no sólo es costoso, sino con frecuencia inútil y demasiado formalista. El más sencillo de los procesos jurisdiccionales presenta para las partes en controversia un verdadero calvario de formalidades, además de los problemas de corrupción, mala legislación, etc.

Lo anterior ha obligado a los interesados en resolver controversias de intereses económicos a confiar más en los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil. La negociación, es a nuestro parecer el mejor de todos ellos.

Sin embargo, dentro de la negociación, en donde todo es posible sin formalismos, **la cooperación mutua entre aquellos quienes están negociando es vital.** Es increíble pero hasta a los más grandes enemigos hay que enseñarles a trabajar en conjunto para hacer mejor las cosas, ya no para que uno de ellos gane y el otro pierda, sino para que puedan sobrevivir.

El camino largo, escabroso y no pavimentado que nos conducirá del enfrentamiento hacia la cooperación **es la negociación.** Pero ese camino no es corto, no está asfaltado, y quienes pretendan recorrerlo deben prepararse teórica y prácticamente para poder abrir brecha con esfuerzo, preparación constante, confianza y buena fe.



En su recorrido el negociador encontrará muchos obstáculos: personales y materiales, algunas veces ambos evidenciados y otras veces ocultos. Algunos parecen insuperables como los ataques y contraataques, la ira y desconfianza, los hábitos de regateo profundamente arraigados, los intereses irreconciliables, los esfuerzos por ganar por medio de la intimidación, el ansia de poder y dominar a la otra parte etc.

La evolución del pensamiento de Willian Ury evolucionó desde su primer libro compartido con Fisher y Patton en la negociación, ya referido en la bibliografía de este trabajo. Crea un método que denomina **NEGOCIACIÓN DE PENETRACIÓN**, la cual representa la respuesta a cómo debemos prepararnos, actuar y alcanzar acuerdos con personas obstinadas.

Ury señala: "No importa *quién* sea el difícil; el reto es transformar un enfrentamiento en un ejercicio de solución conjunta de problemas."<sup>216</sup>

### 10.3.1.) La preparación del negociador.

En cualquier clase de negociación o en cualquier tipo de método que se utilice, el negociador mercantil debe estar preparado. Prepararse es la clave del éxito.

---

<sup>216</sup> Ob. Cit. Pág. XV.

Un diplomático italiano, Daniele Vare, decía: **"La diplomacia es el arte de hacer que otro se salga con la nuestra"**. Si bien es cierto, todos negociamos a diario; quizás la mayor parte de nuestro tiempo nos la pasamos haciéndolo con intención de cooperación; frecuentemente esa negociación no se realiza porque la respuesta a nuestras opciones simplemente es **NO**.

Como afirma Ury: "La negociación es un proceso de mutua comunicación encaminado a lograr un acuerdo con otros cuando hay algunos intereses compartidos y otros opuestos. La negociación no se limita a la actividad de sentarse formalmente a una mesa, uno frente a otro, a discutir un asunto contencioso: es una actividad sin ceremonia ni protocolo en que usted se empeña cuando trata de conseguir algo que necesita o desea de otra persona"<sup>217</sup>.

Pero para llegar a ello el negociador debe prepararse para resolver los problemas conjuntamente con la otra parte. Aunque no nos guste hacerlo, en muchas ocasiones debemos hacerlo. Y cuando lo hacemos debemos saber de antemano que encontraremos negociadores blandos y duros.

Sabemos muy fácilmente como tratar a los negociadores blandos, pues la mayoría de veces ceden con tal de no regatear ni exponerse. El problema es cuando estamos frente a negociadores duros, intransigentes, intolerables

---

<sup>217</sup> Ob. Cit. Pág. 4.

y obstinados. Para ello la alternativa es lograr con mucha sutileza convencerlos de que la solución conjunta a los problemas es el éxito de ambos. La satisfacción de mutuos intereses, no la adopción de posiciones radicales.

La alternativa es blanda con las personas que negocian y dura con los problemas que debe resolver. En lugar de atacarse uno a otro inconscientemente, la clave es atacar conjuntamente y de mutuo acuerdo el problema.

En lugar de intercambiar malos gestos, insultos, el éxito es enfrentar y solucionar juntos el problema. Esta solución conjunta a los problemas se centraliza en **los intereses mutuos y cómo trabajar para satisfacerlos, no en las posiciones.**

Para alcanzar la solución conjunta de problemas William Ury propone lo siguiente: "Usted comienza por identificar los intereses de cada parte, las preocupaciones, las necesidades los temores y los deseos que subyacen y motivan las posiciones encontradas. Luego explora las diferentes opciones para satisfacer esos intereses. Su meta es lograr un acuerdo satisfactorio para ambas partes, de manera eficaz y amistosa."<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> Ob. Cit. Pág. 5.

La alternativa que propone Ury puede producir mejores resultados para las partes en controversia de intereses económicos, ya que abreviarán el tiempo y disminuirán los recursos económicos que invertirán en resolver su diferendo.

#### 10.3.1.1.) La cooperación y sus 5 obstáculos.

**Cooperar** es obrar juntamente con otras personas; pero muchas personas tienen la idea de que es muy fácil decirlo pero hacerlo es muy difícil. Inclusive, muchos señalan que la solución conjunta o corporativa de problemas son como las promesas prematrimoniales: inicialmente al presentarse producen muchas satisfacciones, pero en la realidad pocas se cumplen en este mundo de violencia, inseguridad, estrés y agotamiento.

En toda tarea hay aspectos o situaciones que nos impiden enfrentar los problemas directamente. Las emociones fácilmente hacen caer a las personas en posiciones intransigentes. Sin embargo hay ante todo, **obstáculos comunes** para solucionar conjuntamente los problemas, estos son: **La reacción de usted, las emociones de los otros, la posición de los otros, el descontento de los otros y el poder de los otros.** Todos ellos nos explicaremos brevemente conforme al autor que nos sirve de apoyo, William Ury.

**Primer obstáculo: la reacción de usted.** Aunque parezca inverosímil el primer obstáculo para alcanzar la cooperación está en nosotros mismos, ya que como máquinas de reacción respondemos de inmediato a estimulaciones ajenas que nos hacen estar en un estrés o nos hacen ceder por impulso más que por convencimiento. Cuando se cede por impulso fácilmente hay retracto con posterioridad. También es cierto que al hacerlo puede pensarse que estamos actuando con debilidad y se explote ese aspecto.

El ser humano muchas veces responde con violencia la violencia misma; así como el perro muere inmediatamente al pisarle la cola. Las reacciones de los negociadores son diversas. Muchos de ellos temen a sus propias reacciones cuando al iniciar cualquier negociación son atacados de improviso con comentarios sobre aspectos personales. Ejemplo de ello lo encontramos cuando al inicio de una sesión de negociaciones una de las partes critica lo mal que luce el color de la corbata con el color del traje de la otra parte, dándole a entender su mal gusto al vestir. La reacción de la otra parte puede ser violenta y darle una bofetada, o bien responder con otro ataque personal.

Sin embargo, algunas veces podemos responder con cortesía los ataques de las otras partes, devolver el insulto con cortesía sin insultar; o mejor aún ignorar el comentario. Todo ello sin retirarse de la mesa de negociaciones. El buen negociador debe ser hábil en su reacción ante los ataques personales y no personales. Debe obrar con cautela, comodidad y cortesía. Buscará la cooperación a pesar de la ofensa.

**Segundo obstáculo: las emociones de los otros.** Obviamente la otra parte en algunas oportunidades estará en la mesa de negociaciones con emociones negativas, ya sea con respecto a la persona con quien está negociando o con respecto al problema que acude a resolver. En todo caso los ataques propios de los otros son de ira o de hostilidad.

Esa ira u hostilidad conllevan posiciones inflexibles que bien podrían ocultar miedos y falta de confianza. Esto pueden conducir a la otra parte a la utilización de estrategias sucias y malintencionadas.

**Tercer obstáculo: la posición de los otros.** Todas las partes en la negociación juegan un papel importante y trascendente. El comportamiento de posiciones obstinadas de la otra parte con atrincheramiento o forzamientos a que se ceda son tácticas

convencionales que ya están en desuso y que fácilmente se evidencian.

Cuando una parte acude a negociar con dureza se evidencia de inmediato. El trabajo entonces es educarlo para que coopere en beneficio de la satisfacción de los intereses comunes que provocaron el diferendo.

**Cuarto obstáculo: El descontento de los otros.** Hay muchas posibilidades que en la búsqueda de la cooperación el negociador se encuentre con la dificultad de que a la otra parte no le interese obtener beneficios comunes. De hacerlo estaría cediendo y perdiendo prestigio lo cual le obliga a hacerse para atrás.

**Quinto obstáculo: El poder de los otros.** Si la otra parte es dura en su negociación y extremista en su posición, definitivamente tomará la negociación como un reto, como ganar o perder, y ante ello estarán en toda la disposición de salir victoriosos y hacerlo perder. Muchas veces este obstáculo lo encontramos cuando las partes anuncian "lo nuestro es nuestro y no varía, lo suyo es negociable." Es frecuente este obstáculo cuando las personas que acuden tienen un poder a su favor, ya sea económico, político, social o emocional.

Vencer esos obstáculos es la tarea del buen negociador cuando está frente a la otra parte obstinada y difícil de abordar. El método de penetración para la negociación es la acción indirecta. Esta acción indirecta exige que se haga lo contrario de la que naturalmente deseamos hacer en situaciones difíciles.

William Ury dice que: "Cuando nos enfrentan con hostilidad, disputamos. Cuando nos enfrentan con posiciones irrazonables, repulsamos. Cuando nos enfrentan con intransigencia, presionamos. Cuando nos enfrentan con una agresión, intensificamos. Pero lo único que logramos con esto es quedar frustrados, y jugar el juego que practican los de la otra parte y según las reglas de ellos."<sup>219</sup>

El quehacer del negociador mercantil es cambiar el juego, en lugar de ponerse a jugar a la manera de ellos; que sea la otra parte quien juegue a su manera. La negociación con el método de penetración enseña a tratar a sus contra partes como si fueran socios. Hay que tratar de rodear la resistencia de la otra parte, no de enfrentarla. Esa es la única manera de superarla.

---

<sup>219</sup> Ob. Cit. Págs. 8 y 9.



El método de penetración para la negociación persigue estimular el interior de las otras partes para que entiendan lo que se les dice en cada una de las opciones que se les presenta, creando un ambiente dentro del cual puedan aprender. Los intransigentes solamente pueden vencer a sí mismos su resistencia, el negociador mercantil con este método simplemente les ayuda a hacerlo.

El trabajo es arduo cuando se negocia con la otra parte obstinada e intransigente. Remover los obstáculos para que cambien el NO por el SI resultante de un acuerdo de mutuas satisfacciones es el objetivo primordial.

Este método tiene, conforme el autor del mismo William Ury, cinco pasos a saber que a continuación señalaremos muy escuetamente, pero que adelante explicaremos con detalle.

**Primer paso: subir el balcón.** El negociador mercantil debe suspender la reacción natural del negociador con respecto a él y recuperar el equilibrio mental y concentrarse en alcanzar lo que desea. La imagen que sugiere el autor es la de situarse en un balcón y desde allí ver su negociación que está abajo.

**Segundo paso: ponerse al lado de ellos.** El negociador mercantil debe desactivar las emociones negativas de la otra parte, haciendo lo contrario que ellos esperan. Tomar partido al lado de ellos, escuchando sus propuestas, reconociendo sus puntos de vista y sus sentimientos, estando de acuerdo con ellos y mostrándoles respeto. Sentarse juntos para resolver el problema.

**Tercer paso: replantear.** Si la otra parte se atrinchera en su posición, el negociador mercantil debe hacer lo contrario, es decir, replantear su opción de tal manera que sea un nuevo intento de hacerle frente al problema. Si el negociador rechaza el atrincheramiento, lo único que logra es un atrincheramiento más elocuente.

**Cuarto paso: tender un puente de oro.** Algunas veces aunque se llegue a acuerdos parciales, la tarea de acuerdos mutuamente satisfactorios es la tarea más difícil. Para que la otra parte no se sienta incómoda de que solamente se satisfacen los intereses del negociador, éste debe hacer que el resultado parezca un triunfo de la otra parte con la proposición de un acuerdo proveniente de una opción de la otra parte pero modificada por el negociador.

**Quinto paso: emplear el poder para educar.** Aún y cuando el negociador mercantil haya hecho todos los esfuerzos materiales e intelectuales para alcanzar la cooperación de la otra parte, ésta puede negarse a hacerlo si se encuentra en una posición de poder con el cual cree ganarle.

Ante esta situación, el negociador hábil debe emplear el poder para educar a la otra parte demostrándole que sola no puede alcanzar la satisfacción de sus intereses, sino con la colaboración del negociador.

Cada negociación se realiza por distintas razones, en distintos lugares, a distintas horas, con distintas personas, sobre distintos aspectos y de distintos modos. El método de penetración para la negociación enseña que con el conocimiento de los pormenores puede un buen negociador crear opciones que le den buenos resultados alcanzando buenos acuerdos.

#### **10.3.1.2.) El camino del acuerdo.**

El recorrido que hay que hacer para llegar a acuerdos aceptables es largo, requiere de mucha preparación, según William Ury bastaría con hacerse dos preguntas: Una al principio:

**¿Cuáles cosas queremos dejar terminadas?, y una al final:  
¿Logramos lo que nos propusimos realizar?.**

El referido autor nos ilustra "Ese simple hábito mental fue lo más valioso que aprendió Caradon en la vida. Antes de cada reunión, prepárese usted. Después de cada reunión, evalúe su progreso, adapte su estrategia y vuelva a prepararse. El secreto del éxito en las negociaciones es sencillo: Prepárese, prepárese, prepárese. La mayoría de las negociaciones están ganadas o perdidas antes de iniciar las conversaciones, según la calidad de la preparación."

220

Esto nos demuestra que, mientras más difícil sea la negociación a la que va acudir un negociador mercantil, con más dedicación y conciencia debe prepararse. Si el negociador no lo hace, cada día es menos negociador. Debe hacer el tiempo necesario para tecnificar y mejorar sus argumentos en las negociaciones.

Un buen negociador debe prepararse un minuto por cada minuto a emplear en las negociaciones en que participa. Para ello, al igual que un buscador de tesoros, el negociador mercantil debe tener una guía, un mapa que lo conduzca al tesoro que busca: el

---

<sup>220</sup> Ob. Cit. Pág. 14.

acuerdo satisfactor de mutuos intereses, ese mapa lo constituyen los cinco puntos que a continuación explicaremos.

#### **10.3.1.3.) Intereses.**

Cuando entre las partes los intereses se confunden con las posiciones y éstas chocan entre sí surge el conflicto. Muchas veces cuando se está regateando entre las partes, surgen de improviso los problemas internos que cada una tiene, es decir los intereses subyacentes.

Cada parte tiene una posición que adopta, casi regularmente desde el principio de toda negociación; pero tiene diversos intereses que quiere satisfacer favorablemente. El negociador mercantil debe descubrir los intereses internos no evidenciados de las partes en controversia de intereses y buscar la opción más adecuada para poder llegar a un acuerdo viable y favorable para ambas partes.

La forma como el negociador lo hace es **descifrando sus propios intereses**, y lo comienza a hacer evaluándolos para no cometer el error de canjear un interés importante por otro menos importante. La dimensión de sus propios intereses la hace el

negociador partiendo de su interés principal y descubriendo sus intereses secundarios.

Luego el negociador debe **descifrar los intereses de la otra parte**, para ello debe acudir a sus propias *percepciones* que de los hechos ajenos concibe poniéndose en el lugar de la otra parte, sintiendo como ella, aspirando a obtener lo que ella aspira. La habilidad de *ponerse en los zapatos del otro* es útil para negociar.

Cada vez que el negociador mercantil se *pone en los zapatos de la otra parte* aprende a pensar como ella, a sentir como ella, a pretender como ella, y con eso está desentrañando los intereses ajenos para poder satisfacerlos y llegar a un acuerdo de mutua satisfacción.

#### 10.3.1.4.) Opciones.

Al identificar el negociador plenamente los intereses de la otra parte y sus propios intereses, debe estudiar las opciones que puede crear para ofrecerlas. Estas opciones deben satisfacer los intereses en juego, de ambas partes en controversia de intereses económicos.

Cada opción será una posibilidad de llegar a un acuerdo. Crear opciones de mutuo acuerdo y de mutua satisfacción conlleva tener

éxito en la negociación. Por cada opción que presenta el negociador, el pastel se agranda. El mayor error que puede tener un negociador mercantil es ofrecer una sola opción, trabajar en ella exclusivamente y crear otra hasta que la primera se ha desechado.

Es bueno que el negociador invente opciones, tantas como pueda. Mientras más produzca, más posibilidades tendrá de satisfacer los mutuos intereses. Criticarse y evaluarse es importante para el negociador mercantil, pero no debe hacerse muy a menudo porque no le permiten ser más creativo. No se puede criticar lo que no se ha creado. Resulta algo así como el adagio que reza: *no se debe vender la piel del venado, hasta que se haya cazado.*

#### 10.3.1.5.) Normas.

Como las negociaciones son muchas veces luchas de deseos y conflicto de insatisfacciones; lo que interactúa es el ego de las personas. La clave para satisfacer con comodidad y efectividad las pretensiones de las partes es seleccionar conjuntamente la opción más adecuada para la obtención de mutuos beneficios confiando en normas realistas, equitativas e independientes para ambas partes en controversia.

Muchos negociadores confían en los valores de mercado promediados es decir (valor real, valor comercial, valor fiscal, valor moral etc.) con respaldos técnicos y científicos.

#### 10.3.1.6.) Alternativas.

William Ury nos dice que: "El propósito de la negociación *no siempre* es llegar a un acuerdo. Porque acuerdo es sólo un medio, y el fin es satisfacer los intereses de usted. El propósito de la negociación es explorar si usted puede satisfacer mejor sus intereses por medio de un acuerdo que por medio de su mejor alternativa para un acuerdo negociado (MAPAN)."<sup>221</sup>

Cuando el negociador mercantil presenta a la mesa de negociaciones una alternativa viable, tiene una ventaja en la negociación. La mejor alternativa para llegar a un acuerdo en la negociación es la clave del éxito negocial. Lo aconsejable es que el negociador sepa **identificar la mejor alternativa para llegar a acuerdos propios.**

William Ury aconseja considerar las tres clases de alternativas: "Primera: *¿Qué puede hacer usted aisladamente*

---

<sup>221</sup> Ob. Cit. Pág. 19.



*para satisfacer sus intereses?* Su alternativa "ganga" puede ser encontrar otro proveedor si usted es un comprador, u otro cliente si usted es un vendedor. **Segunda:** *¿Qué puede usted hacerle directamente a la otra parte para que ella respete los intereses de usted?* Su alternativa "interactiva" puede ser declarar la huelga o declarar la guerra. **Tercera:** *¿En que forma puede usted introducir una tercera persona en la situación para apoyar sus intereses?* Su alternativa de "tercera persona" podría ser recurrir a la mediación, al arbitraje o a un tribunal. Cuando haya creado un conjunto de alternativas posibles, elija la que más probablemente satisfaga sus intereses." <sup>222</sup>

Luego de lo anterior, el negociador debe **promover su mejor alternativa**, es decir, promocionarla para que sea aceptada. Si una persona vende su casa, no se debe conformar con la primera persona que acude a verla, debe continuar buscando quien le da un precio mejor, aunque tenga en camino una venta. Siempre, siempre habrá una mejor alternativa que la que se acepta. La ventaja es saber encontrarla. Y sólo se logra con esfuerzo, dedicación, preparación, esmero y madurez.

---

<sup>222</sup> Ob. Cit. Págs. 20 y 21,

**Decidir quien debe negociar** significa reducir costos o aumentarlos, depende del caso. El buen negociador mercantil no sobrestima el valor de su mejor alternativa para llegar a acuerdos. Tampoco debe olvidar **identificar la mejor alternativa de la otra parte**, porque el reto que enfrenta es desarrollar un acuerdo que sea superior a la mejor alternativa de la otra parte. Esto evita dos errores gravísimos, tan graves que pueden traer al suelo cualquier negociación: subestimar o sobrestimar alguna alternativa.

#### 10.3.2.) Propuestas.

Quando el buen negociador mercantil se dedica a encontrar los satisfactores de los mutuos intereses por medio de opciones viables y de creación conjunta, el problema se resuelve satisfactoriamente y se llega a un acuerdo de éxito.

Es por ello que el negociador mercantil siempre debe **aspirar a algo más grande en cada negociación que realiza**; al referimos a esto lo hacemos con la idea de que mientras se está pensando en grande durante la negociación, el negociador será capaz de obtener cosas grandes o medianas; si piensa en pequeño, o conseguirá poco o no conseguirá nada.

No es ambición, son propósitos negociales. Y en ellos el negociador debe ser realista y ecuánime. Realista para poder vislumbrar lo que puede conseguir con trabajo y preparación, y ecuánime en cuanto a proporcionar adecuadamente los satisfactores para intereses comunes.

El reto del negociador entonces en este método es cambiar el juego del enfrentamiento directo con la otra parte por el de la solución conjunta de problemas, hombro con hombro, convirtiendo a la otra parte en un socio para negociar.

#### **10.3.3.) Los pasos del método de penetración.**

Así como hay 5 obstáculos para la cooperación en la negociación, esos mismos han servido de fundamento a William Ury para crear los **5 pasos que conforman el método de penetración para la negociación** que nos permiten aprender **cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas**. A continuación explicaremos, desde el punto de vista mercantil cada uno de ellos.

##### **10.3.3.1.) Primer paso. No reaccionar: subir al balcón.**

La reacción natural del ser humano es actuar sin pensar, son muchas las situaciones que podríamos ejemplificar al respecto. Los

resultados que éstas reacciones producen son diversos. Si a toda causa le sucede un efecto, a toda acción le sucede una reacción; y si la reacción provoca otra reacción se sucederán indefinidamente y la controversia en lugar de concluir nunca terminará.

Sin embargo, cuáles son las reacciones más naturales de esa reacción en situaciones difíciles?, William Ury nos dice que básicamente son tres: **Contraatacar, Ceder, ó romper relaciones.**

Cuando una de las partes es atacada, contraatacar puede ser su reacción instintiva. A los golpes duros, con más dureza. Si el negociador mercantil **contraataca**, se está poniendo en el terreno de la otra parte, creando enfrentamientos costosos e inútiles. Muchas veces las otras partes utilizan ese pretexto para continuar con su posición e incrementar las tensiones.

Esta reacción no beneficia en manera alguna la satisfacción de los intereses inmediatos. EL negociador puede estar ganando una opción, pero perder irremediabilmente un acuerdo adecuado. Un buen negociador debe recordar que las personas que acuden a negociar duramente, son expertas en ello. Jugar su juego significa ya no salir.

**Ceder** es contrariamente a contraatacar, significa sentirse de tal manera incómodo en la negociación por las presiones que hay, a tal grado que se prefiere ceder para poner fin al problema. Hacerlo puede significar debilidad frente a la otra parte. Pero no sólo a la otra parte, sino es crear una reputación débil en cuanto a las futuras negociaciones en donde el negociador participe. No se debe ceder con la idea de que en la próxima opción seremos correspondidos.

**Romper relaciones** es la reacción más común de todas. Para algunos negociadores mercantiles, cuando se encuentran frente a personas extremadamente obstinadas su mejor opción es retirarse antes de verse involucrados en una pelea interminable. Algunos negociadores señalan que puede ser de utilidad para obligar a la otra parte a que trabaje en búsqueda de la resolución del problema con más cordura.

Lo peligroso que resulta para el negociador reaccionar de cualesquiera de las anteriores maneras es la pérdida de un cliente y retroceso de su carrera como máximo, y perder de vista los intereses por los que acudió a la negociación. Reaccionar puede significar para la otra parte una actitud de desquitarse por parte del negociador.

El discernimiento es lo que se pierde en las reacciones, y eso es precisamente lo más valioso que tiene un buen negociador, si lo pierde, pierde la objetividad que es lo que más se requiere para negociar. Para pelear se necesitan como mínimo dos personas. Evitar ser la segunda persona para complementar el equipo de pelea, es parte de las actividades del negociador.

**Subir al balcón** significa para el buen negociador, recuperar su equilibrio mental, no perder la concentración para lograr lo que desea. Mantener una imagen que le sea de utilidad y que le permita obtener una perspectiva de la situación en donde mire su negociación desde arriba.

Para el buen negociador significa romper unilateralmente el círculo vicioso; y para ello debe tomar las cosas con calma. Ser el espectador de un partido de fútbol. William Ury dice al respecto: "El "balcón" es una metáfora que utilizamos para explicar la actitud mental de desprendimiento. Desde el balcón podrá evaluar el conflicto con calma. Podrá pensar constructivamente por las dos personas y buscar una forma de solucionar el problema que sea satisfactoria para ambas".<sup>223</sup>

---

<sup>223</sup> Ob. Cit, Pág. 35.

Significa entonces, dejar por un lado las reacciones y los impulsos que por naturaleza tenemos. Ayuda en gran medida tomarnos un poco de tiempo para pensar, antes de responder al ataque. No se deben descargar tensiones, sino darse la oportunidad de meditar, para luego continuar con la negociación.

Algunos negociadores mercantiles aconsejan subirse al balcón, inclusive antes de iniciar las negociaciones, eso les permite prepararse mejor. Así también lo hacen durante la negociación.

El **conocimiento de la táctica** que están utilizando en su contra como negociador es primordial. Si se logra se neutralizan sus efectos. Aunque hay muchas tácticas, según William Ury **hay tres tipos de tácticas: obstructivas, ofensivas ó engañosas.**

Las **tácticas obstructivas** se semejan a un *muro de piedra* y su objetivo es no ceder. La otra parte tratará de convencer al negociador que es inflexible y no hay otra opción que la que propone. Las sugerencias aquí no tienen espacio.

Las **tácticas de ataques**, son tácticas de presión, que han sido elaboradas con la finalidad de intimidar al negociador para hacerlo sentir incómodo, a tal grado que cede ante las exigencias

de la otra parte. Su forma más usual es la amenaza de anticipar las posibles consecuencias de no aceptar la opción propuesta.

Las **tácticas de truco**, están encaminadas a engañar al negociador para que ceda. Se fundamentan en la mala fe. Habitualmente se presentan mediante la manipulación de la información, los precios, cifras, etc.

William Ury nos proporciona el remedio para identificar las tácticas: **"La clave para neutralizar el efecto de una táctica es reconocerla. Si usted se da cuenta de que la táctica de su oponente es un muro de piedra, sabrá que no es del todo inflexible. Si usted identifica un ataque, se sentirá menos temeroso e incómodo. Si usted identifica un truco, no caerá en la trampa."** <sup>224</sup>

El negociador al prepararse constantemente llega a aprender que para que las estrategias de la otra parte funcionen es necesario que la víctima (el negociador) no la conozca. Sin embargo, como el mundo es cambiante y las estrategias, como el camaleón, adoptan matices distintos según las necesidades de quien las va a utilizar.

---

<sup>224</sup> Ob. Cit. Pág. 38.



Las **mentiras**, son dentro de toda la gama de tácticas las más difíciles de reconocer. Se necesita que el negociador sea una persona muy perspicaz para reconocerlas. Lo que se dice, lo que se hace por la otra parte difiere con lo que realmente es. Muchas personas cuando mienten adoptan lenguajes corporales que los ponen en evidencia, el tono de voz, etc.

Las partes que acuden a negociar con mentiras, frecuentemente manipulan las palabras, no controlan los gestos faciales, sonríen inexplicablemente, son extremadamente cordiales. Ahora bien, hay que saber reconocer los gestos porque si se mal interpretan en lugar de ayudar perjudican.

La buena preparación de un negociador mercantil conlleva la imperiosa necesidad de que **conozca sus puntos vulnerables y los de la otra parte**. Unos para no reaccionar y los otros para ver la reacción ajena.

William Ury nos aconseja: "La primera señal de que usted está reaccionando se la da su propio cuerpo. Siente un nudo en el estómago. El corazón comienza a latirle con fuerza. Se le enciende el rostro. Las palmas de las manos le sudan. Todas éstas son respuestas viscerales que indican que algo anda mal y que usted

está perdiendo la compostura en la negociación. Son la señal de que es hora de subir al balcón.”<sup>225</sup>

Todo ser humano es vulnerable, si el negociador conoce su vulnerabilidad sabrá cuando la otra parte está acudiendo a ella, y que quiere despertar su ira, temor o sentimiento de culpabilidad.

La manera más práctica de ganar tiempo para pensar con claridad es hacer pausas y callar. Según William Ury, si el negociador hace **pausas** le permitirá subir al balcón por unos minutos y a la otra parte para calmarse. Callarse le servirá para no proporcionarle a la otra parte algo para continuar atacando y evidencie su incomodidad.

No revelar lo que piensa en el negociador puede significar que la otra parte especule la respuesta que espera de él. El negociador puede golpear mentalmente a la otra parte por las estrategias que emplea, pero en la mesa de negociaciones no debe canalizar los sentimientos con acciones; debe frenar sus impulsos y neutralizar su comportamiento.

Mirar a los ojos a la otra parte cuando se negocia es muy funcional, porque algunas personas son tan hábiles para negociar

---

<sup>225</sup> Ob. Cit. Pág. 40.

que parecen magos cuando presentan y hacen desaparecer las opciones para llegar a un acuerdo. Por lo tanto, el negociador debe acompañarse siempre de una agenda para tomar notas de los detalles que se ventilan.

Hay que utilizar las pausas para negociar con claridad. Muchas negociaciones deben su efectividad a la suspensión de la actividad negociadora en distintos momentos. Las buenas respuestas no se obtienen por presiones o reacciones, sino cuando la otra parte ha meditado y consultado. La perseverancia es pariente cercano de un buen negociador.

***Las mejores decisiones de un negociador jamás son precipitadas.*** William Ury dice: "Hay una regla muy sencilla que lo protegerá siempre: Nunca tome decisiones importantes de inmediato, Suba al balcón y tome su decisión allí".<sup>226</sup>

O que esto significa es que el negociador no debe permitir que lo apresuren. Debe tomarse su tiempo. Para todo hay lugar, tiempo y preparación. La puntualidad inglesa no depende del té de la tarde, sino de la disciplina natural que se les implanta desde niños. El negociador debe disciplinarse a responder con claridad y sin precipitaciones.

---

<sup>226</sup> Ob. Cit. Pág. 46.

**10.3.3.2.) Segundo paso. No discutir: ponerse del lado de su oponente.**

La tarea del negociador es eliminar no sólo las emociones negativas, sino también las actividades es negativas de la otra parte. Deberá recordar que esas emociones negativas surgen en forma de posiciones inflexibles y debe desarmar al oponente antes de entrar a negociar. Debe crear un clima favorable para la negociación.

Ese clima favorable es aquel que le permite desaparecer las emociones hostiles mediante un elemento que no espera que haga: sorpresivamente hacer todo lo contrario de lo que el oponente espera que haga. Para ello debe realizar tres cosas: **escuchar, reconocer y acceder**. **ESCUCHAR** lo que la otra parte tiene que decir; **RECONOCER** su punto de vista, sentimiento, valores personales; **ACCEDER** en la medida de sus posibilidades.

La clave de un buen acercamiento es ser el primero en escuchar a la otra parte. Para ello es necesario ser paciente, tolerante y tener un control personal adecuado. Contrariamente a prepararse para el contraataque, el negociador debe pensar y escuchar lo que la otra parte dice porque puede ser de gran valor y

sobre todo, porque permite evidenciar lo que la otra parte está pensando.

Si el negociador escucha bien a la otra parte, puede acercarse al conflicto de intereses propios y ajenos y con sutileza hará que sea escuchado. Cuando se escucha no se debe interrumpir a la otra parte, aunque se encuentre en un estado de furia, alteración o disgusto. Tampoco debe dejársele de ver a los ojos.

Cuando la otra parte ha concluido su exposición, debe cuestionársele sobre si no es necesario que agrega algo más. Debe motivársele que aflore todos sus sentimientos, angustias y heroísmo. **Los buenos negociadores escuchan más de lo que hablan.**

El **parfraseo** es el resumen con palabras propias de lo que la otra parte ha dicho; esto le brinda a la otra persona en controversia la oportunidad de corregir lo que ha dicho. Esta técnica es muy útil en la negociación.

Así también, **reconocer el punto de vista de la otra parte** favorece las expectativas de llegar a un acuerdo que satisfaga mutuos intereses. El hecho de que el negociador también pueda

**interpretar las emociones** de su contraparte le ayudará a desentrañar la sinceridad con la que acude a la mesa de negociaciones.

Pero, de todos los reconocimientos que existen, **la disculpa** es indudablemente la que crea las condiciones para que el conflicto se solucione constructivamente cuando es empleada en tiempo y lugar adecuados.

Cuando el negociador alcanza a descubrir un ego muy grande en la contraparte, mayor será la vulnerabilidad, ya que es una oportunidad no un obstáculo. Mientras una persona necesita de halagos está sujeta al reconocimiento de los demás, y la satisfacción de esas necesidades puede utilizarse para desarmar la estrategia que utiliza.

Lo usual en las negociaciones es que una parte pretenda tener la razón y la otra no. Sin embargo, reconocer la opinión de la contraparte no es aceptarla, sino coexistir en la relación de trabajo. Debe tomarse en cuenta cualquier opinión, inclusive las adversas, porque pueden coexistir en un acuerdo de mutuo beneficio.

**10.3.3.3.) Tercer paso. No rechazar: replantear.**

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Muchas veces el negociador pone de manifiesto la discusión con la otra parte la diferencia que existe entre ambos de los intereses manifiestos, por los intereses propiamente dichos y la otra parte insiste en discutir el problema desde el punto de vista de las posiciones adoptadas.

Si el negociador muestra su flexibilidad, la otra parte eleva su obstinación. Mientras el negociador se esmera en buscarle soluciones al problema, la otra parte se concentra en atacar al negociador con asuntos personales o conexos.

Cuando esto sucede, no hay que jugar el juego de la otra parte, hay que implementar el juego propio, este es el **replanteamiento de la estrategia a seguir**, es decir que el negociador debe hacer todo lo contrario de lo que la otra parte cree que va a hacer, o mejor aún hacer todo lo contrario de lo que él mismo desea hacer.

Si la contraparte eleva el problema a tal grado que al negociador lo único que le queda es aceptarlo o rechazarlo. El negociador debe aceptarlo y le debe servir de base para replantearlo como una posibilidad más de hablar de sus mutuos intereses. Pero no en posición contraria, sino como viendo juntos

una pantalla de cine en donde se exhibirá una película de mutuo beneficio: los intereses de ambos con diversidad de opciones.

Como señala William Ury: "Replantar significa desviar la atención que la otra persona tiene puesta en las posiciones, y dirigirla hacia el propósito de identificar los intereses; inventar opciones creativas y discutir normas justas para escoger una opción. Así como usted puede ponerle un marco nuevo a un cuadro viejo, puede poner las posiciones de la otra persona en un marco de negociación orientada a solucionar el problema."<sup>227</sup>

Lo que el autor quiere decirnos al respecto es que, el punto de partida para llevar a la otra parte al replanteamiento es precisamente la posición que adopta; con el poder de percepción del negociador, debe convertir la conversación sobre la posición en un análisis constructivo sobre la forma de llegar a opciones de mutuo beneficio.

El replanteamiento siempre funciona porque cualquiera que sea el mensaje que se envíe a la otra parte será interpretado, siempre y cuando como negociador se tenga la capacidad técnica para poder enmarcar la solución de los conflictos de intereses con la mayor y mejor diversidad de opciones de mutuo beneficio.

---

<sup>227</sup> Ob. Cit. Pág. 75.



Muchas veces la otra parte está tan concentrada en el resultado probable de la negociación que seguramente no se dará cuenta de que sutilmente el negociador le ha cambiado el procedimiento. De un procedimiento de enfrentamiento al rechazo a un procedimiento de *empecemos de nuevo, para satisfacer nuestros propios intereses.*

Lo mejor para lograrlo es enfocar los intereses de ambas partes, con preguntas sencillas (*¿por qué sí?, ¿por qué no?, ¿cuál es el problema?, Etc.*). La forma de hacerlo es importante en cuanto a que **las preguntas no deben ser desafiantes**, es decir deben formularse de forma directa sino indirectamente (*ayúdeme a comprender la importancia que para usted reviste esto; si esto es crucial para usted, deseo comprender por qué; sería tan amable de explicarme su punto de vista, etc.*)

Para ello tiene que ver desde el lenguaje corporal hasta el vocabulario que el negociador emplee. Algunas veces no es bueno preguntar *por qué* y debe preguntarse *por qué no*. Otras veces la otra parte obstinadamente se negará a hablar de los intereses propios, entonces el negociador debe intentar hablar de ellos por sí mismo y pedirle a la otra parte que lo corrija.

Muchas veces la otra parte teme divulgar información sobre sus propios intereses porque cree que el negociador se aprovechará de ello. Si esto sucede, el negociador debe ganarse la confianza de la otra parte comenzando a hablar de sus propios intereses. Dar un poco de intereses para recibir un poco, y así sucesivamente es el juego de intercambio de intereses que incrementa la confianza entre dos personas.

Una vez el negociador ha roto con el hielo de la desconfianza de la otra parte, debe iniciar la consideración de alternativas, presentando diversidad de opciones para solucionar el problema, sin atacar la posición de la otra parte, sino evidenciando la satisfacción de mutuos intereses. Muchos negociadores exitosos utilizan *¿que tal sí... ?* Como una forma de hacer que la otra parte sin sentirlo cambie su posición convirtiendo la conversación en un mar de ideas nuevas.

Otros negociadores lo que hacen para replantear le piden **consejo a la otra parte**. Eso es precisamente lo que menos espera la otra parte. Es altamente halagador que le pidan consejo a una persona, porque ello demuestra un reconocimiento de idoneidad y status. Con pedirle consejo a la otra parte el negociador lo desarma, porque lo hace responsable de desempeñar con decoro la responsabilidad que se le asigna

gratuitamente. Muchas veces la actitud de la otra parte es evidenciar una alternativa que solucione el problema.

**Pedirle consejo a la otra parte** es un recurso eficaz cuando se desea cambiar el juego. Es una alternativa para iniciar el replanteamiento cuando la posición de la otra parte se torna irrazonable. Si la otra parte rechaza nuevamente la propuesta del negociador, éste debe retarlo para que le formule una mejor alternativa. Esto le hará contribuir al objetivo del negociador de enfocar la negociación hacia la satisfacción de mutuos intereses.

La **formulación de preguntas** por parte del negociador deben ser de tal manera claras y precisas que la otra parte no conozca la respuesta de antemano; de ser así la respuesta será siempre una respuesta de posición. Cuando se pregunta debe tratar de hacerse de tal manera que obliguen a la otra parte a pensar en la respuesta, no a responder automáticamente.

Sin embargo, no sólo hacer preguntas adecuadas conduce al éxito del replanteamiento, también **guardar silencio** es funcionalmente complementario. Es el momento preciso en que el negociador tiene tiempo para darle la oportunidad a la otra parte de crear, y meditar la respuesta. Si la otra parte no responde, debe

ayudársele rompiendo el silencio y dejando que la incertidumbre llene el vacío de la respuesta.

Ahora bien, si la otra parte acude a la negociación **amenazando, insultando o culpando** como estrategia de ataque, debe hacerse caso omiso de ello. La manera de hacerlo es desviando el ataque fingiendo no haber escuchado y continuando con el planteamiento del problema y cómo resolverlo. Posiblemente luego de insistir en la intransigencia de afrontar las posiciones y darse cuenta de que el negociador hace caso omiso de ello, opte por abandonar su posición.

Si se hace caso a las amenazas, posiblemente la otra parte crezca en su empeño y logre su objetivo de intimidación. En cambio si la estrategia de la otra parte es un ataque personal, hay que replantearlo y desviarlo como si se tratara de un ataque amistoso. William Ury nos ilustra con un bello ejemplo este aspecto al decir: "Tomemos el ejemplo de un general del siglo dieciocho que había perdido el favor del rey guerrero, Federico el Grande de Prusia. El general al encontrarse con el rey, lo saludó con gran respeto, pero éste le volvió la espalda. "Me alegra ver que su majestad ya no está enojado conmigo", murmuró el general. "Cómo así?", le espetó el rey. "Porque su majestad jamás en la

vida le ha dado la espalda a un enemigo", contestó el general. Desarmado, Federico lo acogió nuevamente como su amigo.<sup>228</sup>

Un buen negociador debe recordar que **se aprende más de los errores cometidos en el pasado, que de los éxitos**. Esto se evidencia cuando nos damos cuenta de que los errores cometidos difícilmente los volvemos a cometer. Y los éxitos se olvidan fácilmente.

Además, un negociador no debe hablar con primera o segunda persona (**yo, tú**), sino en cuarta persona (**nosotros**), no sólo se oye mejor, es más cordial y amistosa, más colectiva y comprometidamente eficaz porque hace que la otra parte se sienta a la par del negociador para poder visualizar juntos el problema mutuo y alcanzar satisfacción de intereses comunes con opciones ecuanímes.

Un **truco** empleado por la otra parte para disuadir nuestros objetivos puede ser **hacerse el tonto** para determinar si se está negociando de buena fe. Este mismo lo utilizan algunos negociadores y forzar a la otra parte a poner al descubierto sus verdaderas intenciones. Otras veces el truco consiste en hacerle creer a la otra parte que tiene autoridad suficiente para tomar una

---

<sup>228</sup> Ob. Cit. Pág. 89.

decisión, sabido que no la tiene. Otro truco más es pedirle a la otra parte en el último minuto, luego de logrado un acuerdo, algo más.

Sobre todas las cosas, las peticiones que se hagan las partes en controversia deben ser razonables y posibles de cumplir. Una petición que la otra parte pueda aceptar si está cooperando para resolver el diferendo, ó en caso contrario, abandonará el truco que pretende fraguar.

Es bueno que las partes con intereses controvertidos negocien las reglas de la negociación. El paralelismo es muy usual en las negociaciones **una negociación sobre la esencia**: plazos, condiciones y cuantía; y **otra negociación sobre las reglas del juego**: ¿cómo va a realizarse ésta?. Regularmente la segunda es tácita.

Es bueno evidenciar la táctica que pretende aplicar la otra parte. Esto le permite al negociador replantearla para su propio beneficio y no como un truco disimulado, y sobre todo sin echar a perder la negociación, y sobre todo sin que parezca un ataque personal.

Una vez el buen negociador logra cambiar el juego, del ataque por el replanteamiento, ha enfocado el conflicto hacia la

solución del problema con alternativas viables y de mutuo beneficio.

**10.3.3.4.) Cuarto paso. No presionar: tender un puente de oro.**

Si un negociador está preparado estratégicamente para llegar a un acuerdo de mutuos beneficios en cuanto a que ha logrado controlar sus propias reacciones y las emociones de la otra parte así como replantear la posición inicial que éste le presentó. Hasta ese momento posiblemente todavía la otra parte no esté en disposición de aceptar ningún acuerdo.

Si sucede esto, a pesar de que se han explorado las satisfacciones de los intereses mutuos y todas las alternativas posibles, la negativa de la otra parte puede manifestarse, inclusive, a último momento. Esta manifestación de no llegar a ningún acuerdo puede manifestarse de distintas maneras: falta de interés en las opciones, demoras, planteamientos ambiguos, incumplimiento o negativas directas.

Muchas personas le atribuyen a la negativa de la parte controvertida a llegar a un acuerdo definitivo el hecho de que tiene una personalidad fuerte o negativa; sin embargo podemos aseverar que en la mayoría de oportunidades lo que sucede es

que existen razones de mucha importancia ocultas o no evidenciadas que producen en su voluntad el suficiente peso para no aceptar el acuerdo que se le propone.

El hecho de que la propuesta **no sea idea de la otra parte** constituye una posibilidad del rechazo inmediato. Esta posibilidad se debe a que el ego de la otra parte se siente tan lastimado y menospreciado por el hecho de que esa idea no surgió de su mente en primer lugar.

Otras veces son **los intereses no satisfechos** que el negociador no ha percibido de la otra parte, y que en el acuerdo no se encuentran plasmados como solución al problema. Así también, el **temor a quedar mal** para con las personas que representa la otra parte, puede significar no aceptar el acuerdo.

Y por último **exigirle mucho a la otra parte en muy poco tiempo** significa abrumarlo en la toma de decisiones, principalmente cuando lo que se está negociando es de singular importancia, entonces lo más inmediato es manifestarse negativamente a la aceptación de la opción.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Muchas veces la contraparte agradece al negociador la posición en donde lo ha colocado puesto que le permite retirarse con cortesía debido a no poder tomar una decisión difícil.

La tarea del negociador eficaz es lograr que la otra parte cambie de actitud en cuanto a su posición y el acuerdo que desea. Esto sólo puede alcanzarlo mediante la liberación de la otra parte del atrincheramiento en que se encuentra.

Esa liberación la logra el negociador atrayendo a la otra parte hacia un nuevo acuerdo que parte de la posibilidad de retirada; es decir un replanteamiento del acuerdo hacia una mejor solución. **Tender un puente de oro** significa darle la oportunidad a la otra parte de sentirse realmente importante, e inclusive aparentar que el acuerdo proviene de las ideas de la otra parte y no del propio negociador. De este modo la escapada se bloquea.

Esta tarea no es fácil, usualmente se torna mucho más difícil cuando las negociaciones circulan alrededor de intereses muy elevados. Algunas veces los libros aconsejan contratar mediadores para obtener nuevas opciones. Creo firmemente que si ya se alcanzó lo más difícil como lo es sentarse a negociar, por qué buscar un mecanismo alternativo menos funcional?

Una buena forma de hacerlo dentro de la negociación es que el negociador se ponga en el lugar de la otra parte a fin de guiarlo correctamente hacia el acuerdo. Sin presiones, sin sujeciones de ninguna clase. El buen negociador debe vivir el momento de la otra parte, sentirlo, disfrutarlo o sufrirlo; familiarizarse con la situación en que se encuentra, porque de esta manera puede experimentar **ponerse en sus zapatos**, y alcanza a vislumbrar sus infortunios o éxitos.

Desde ese momento el negociador vive el momento negocial de la otra parte y colabora con ella para superarlo. Trata de adoptar un acuerdo que sea mejor para la otra parte, pero que esté dentro del marco referencial de sus propios intereses.

William Ury nos dice al respecto que: "Tender el puente de oro significa ayudar al oponente a superar los cuatro obstáculos más comunes que impiden llegar a un acuerdo: Significa incluirlo en el proceso de encontrar la solución para que ésta se convierta en idea suya, no sólo de usted; significa satisfacer sus intereses; significa ayudarlo a quedar bien; y significa facilitar el proceso de negociación hasta donde sea posible."<sup>229</sup>

---

<sup>229</sup> Ob. Cit. Pág. 106.

Realmente a lo que el autor quiere llegar es que el negociador **debe incluir a la otra parte en la preparación y presentación de la opción para llegar a un acuerdo**. El error más frecuente de las negociaciones es que el negociador crea que él tiene únicamente la solución del problema, sin tomar en cuenta la opinión de la otra parte.

Regularmente cuando esto sucede, la otra parte inmediatamente toma la decisión de preparar otras alternativas ajenas a los intereses comunes y ajenas a los intereses del mismo negociador. Es decir, la otra parte al ver esa actitud, opta por oponerse.

La otra parte debe participar en la propuesta de las malas alternativas y más aún en las buenas; y debe ser así porque no sólo es un procedimiento técnico, sino también es un procedimiento político en el cual las partes en controversia de intereses deben participar activamente dándole forma en conjunto a la opción que conducirá satisfactoriamente a acuerdos de beneficio mutuo.

Es tan importante la participación de la otra parte en el procedimiento de crear acuerdos posibles, como los propios acuerdos. De nada vale llegar a un acuerdo que jamás se

cumplirá. La probabilidad de que el negociador o la otra parte pierdan la paciencia es latente, algunas veces es mediata ante la duración de la negociación. La pérdida de la paciencia siempre es posible, principalmente cuando las negociaciones duran mucho por la importancia o por la imperiosa necesidad de satisfacer muchos intereses comunes.

El buen negociador no debe olvidar que una negociación es un ritual de participación mutua. Definitivamente las cosas se ven mejor cuando las personas con intereses controvertidos participan. Esta actitud permite a la otra parte hacer concesiones que si no hubiese participado jamás haría. No debe olvidarse que mientras mayor es la participación de la otra parte en la incorporación de su persona a las ideas del negociador, las hace suyas y las acepta.

El hecho de **pedirle a la otra parte que aporte ideas, y aprovecharlas efectivamente** acrecienta la posibilidad de resolver el conflicto de intereses porque siempre la alternativa de solicitarle a la otra parte su opinión y sus ideas para resolver el diferendo resulta efectivo. Una vez estas ideas de la otra parte se evidencian, el negociador debe aprovecharlas.

Ese aprovechamiento no es arbitrario, sino es un aprovechamiento constructivo de aceptación con posibilidades de

readecuación hacia los intereses que defiende el negociador. Aprovechar las ideas de la otra parte, en manera alguna significa cambiar de opinión, ni mucho menos renunciar a las propias alternativas propuestas. Significa realizar una conexión interpersonal de la forma de pensar de ambas partes en controversia.

Ahora bien, cuando el negociador plantea sus opciones, **debe pedirle a la otra parte que le critique constructivamente** al participar. La otra parte debe evaluar la opción presentada por el negociador, no debe aceptarla o rechazarla, simplemente evaluarla haciendo sugerencias que puedan incluirse en la idea, y luego volver a evaluarlo para más críticas o un comentario final.

Lo que con esto se alcanza, dentro de la negociación es un consenso, algo así como hacer una obra colectiva de pintura o de literatura. Se convierte en algo propio la idea ajena.

Siempre es un buen negocio **darle a la otra parte la opción más efectiva y provechosa: que piense**. Si aún haciéndolo rechaza la opción de participar, hay que proporcionarle más alternativas. Hay que cerrarle la salida de la negociación con opciones que le interesen. Hay que desafiar a la otra parte para que participe. Cuando lo haga, la opción se convertirá en su idea,

entonces hay que trabajar alrededor de ella para alcanzar un acuerdo funcional para ambas partes.

El trabajo conjunto es muy funcional, en toda clase de negociaciones, principalmente en las mercantiles. Sabemos que es un procedimiento muy largo, y de mucho trabajo para el negociador, pero es innegable que siempre proporciona muy buenos resultados. Para ello nada más ilustrativo que el adagio chino: ***“Dime, y quizás yo escuche. enséñame y quizás aprenda. hazme tomar parte, y lo haré.”***

Si el negociador le da participación a la otra parte es porque está realizando un buen negocio. ***Está proporcionándole satisfacción a los intereses de ella y a los propios.*** Y al satisfacer los intereses de la otra parte, al hacerlo participar se le está reconociendo su autonomía, y esto no sólo es halagador, cómodo y ético, sino permite evidenciar la importancia de usar creatividad para llegar a resolver conflictos de intereses.

Si el negociador no satisface los intereses ajenos, sino sólo los propios, no está negociando, está imponiéndose. Esto no es negociar, principalmente si el negociador anticipa la idea de que su contraparte no es razonable y por ello trata de imponer sus

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

ideas, su voluntad. Posiblemente llegue a un acuerdo, pero difícilmente ese acuerdo se cumpla.

El buen negociador no debe asumir que la otra parte es irrazonable, aunque le parezca. Si esto sucede, ni siquiera intentará crear alternativas, y peor aún con intereses comunes para resolver el conflicto; y menos podrá descubrir los intereses ocultos, que regularmente en estas circunstancias quedan insatisfechos.

Mientras las partes en controversia de intereses económicos tengan en la mesa de negociaciones una conexión sencilla entre los intereses mutuos y las actividades que conjuntamente realicen, habrá mucho por hacer. **Ponemos en los zapatos de la otra parte** nos permite hacernos los cuestionamientos que la otra se hace, y sobre todo permite esclarecer la diferencia de valores que pueden existir entre ambos, y más aún los intereses del oponente que permiten entender su negativa.

Satisfacer los intereses de la otra parte, de ninguna manera significa lesionar los propios intereses del negociador. Si se **satisfacen necesidades humanas básicas de la otra parte y del negociador se obtendrá seguridad y reconocimiento**. Al satisfacer las necesidades básicas de la otra parte le permitirá al

negociador hacerlo cambiar de actitudes negativas, y se eliminan los obstáculos para llegar a un acuerdo.

El negociador mercantil **no debe extralimitarse en la propuesta de opciones inmodificables** para resolver el diferendo. Al hacerlo, automáticamente equivoca el camino de la negociación. Hay que seguir el consejo de William Ury en cuanto a *agrandar el pastel*.

**La búsqueda de transacciones favorables y de bajo costo** es una buena forma de *agrandar el pastel*. Si el negociador logra identificar los intereses que puede satisfacer de la otra parte, sin que le signifiquen mucho a él estará encaminándose hacia un acuerdo. Así también, estará haciendo lo mismo cuando sabe identificar los propios intereses que representen un bajo costo a la otra parte.

También es de utilidad **utilizar una fórmula condicional**, es decir, el negociador algunas veces debe correr riesgos para alcanzar una opción. Ese riesgo le puede permitir alcanzar un acuerdo mucho mejor del que se había previsto inicialmente.

Tanto el negociador quiere quedar bien con su cliente, como la otra parte quiere quedar bien con el suyo, o con él mismo (si no



participa representado). Hay que **colaborar con la otra parte para quedar bien**, al decir esto esperamos que el negociador no sólo satisfaga los mutuos intereses, sino eleve el ego de la otra parte ayudándole a presentar ante de la mejor manera a sus clientes, sus amigos, su familia, a quien lo contrató o a quien representa, el acuerdo al que arribó, porque la opinión que estas personas tengan de ello servirá para que se cumpla.

La función del negociador realmente exitoso va más allá de la mesa de negociaciones; se extiende hasta lo que acontece después de firmar el acuerdo. Si no fuere así, posiblemente el acuerdo no se cumpla en el futuro.

Muchas veces cuando la otra parte adopta posiciones inflexibles es porque se las han impuesto quienes lo han contratado, y no es simplemente intereses personales. Algunas otras las imposiciones vienen de amigos, consejeros y familiares. Nacen de voluntades ajenas, son inflexibilidades ocultas.

La responsabilidad de un buen negociador se extiende hasta ayudar a la otra parte a tratar con otras personas, luego de concluida la negociación. Algunas veces esas personas son el obstáculo más grande de la negociación porque impiden que se cumpla el acuerdo alcanzado.

**No se trata simplemente de ayudarlo a la otra parte a salvar las apariencias, es algo más profundo, humano y ético: significa ayudarlo a la otra parte a mantener alto su ego, su valor como persona, su honor, su deseo de fidelidad a quien lo contrató, el mantenimiento inquebrantable de principios y planteamientos tradicionales y mantener viva la esperanza de servir nuevamente.**

Siempre, en todo momento de la negociación, y después de ella el negociador debe hacer quedar bien a su contraparte. Manifestarle que tiene la razón, en un principio es bueno, pero es mejor cuando se le demuestra que las circunstancias han cambiado. Y si no cambian, es bueno pedir consejos de terceros, porque algunas veces se aceptan propuestas de terceros antes que las del negociador. O mejor aún, que el tercero sea quien presente la opción que al negociador le conviene, a veces la otra parte la acepta por el simple hecho de que no es el negociador quien lo hace.

Si se prevé adecuadamente lo que le pueden decir otras personas a la otra parte luego de concluida la negociación, seguramente podremos como negociadores proporcionarle a la otra parte argumentos necesarios de persuasión en cuanto a las bondades y beneficios del acuerdo alcanzado.

Por principio, es bueno darle el crédito de las ideas a la otra parte, aunque la misma haya surgido de la mente del negociador porque le servirá atribuirse inclusive el crédito y mérito para no sentirse derrotado.

**Ninguna buena negociación corre aprisa, todas caminan despacio pero seguras**, de tal manera que el buen negociador no debe ver en perspectiva lo que le falta por recorrer para llegar a un buen acuerdo, sino voltear la vista hacia atrás para darse cuenta todo lo que ha recorrido o avanzado en la negociación.

Las mejores negociaciones se han realizado paulatinamente, no de prisa. Los acuerdos parciales abren brecha para los acuerdos definitivos. **El mejor procedimiento para negociar es realizar las actividades negociales paso a paso, sin precipitaciones de ninguna naturaleza.** Es conveniente iniciar las negociaciones con lo más simple y fácil para avanzar hacia lo más complicado y difícil. Esto le permitirá al negociador acostumbrar a la otra parte a aceptar las opciones de mutua conveniencia.

William Ury aconseja: "Cuando uno está en medio de una negociación complicada a veces pierde la perspectiva y se descorazona. Si usted identifica los puntos cada vez más numerosos sobre los cuales han llegado a un acuerdo y también los puntos

cada vez más escasos de desacuerdo, captará mejor el ritmo de la negociación. Haga una pausa después de cada paso y evalúe el progreso.<sup>230</sup>

Apresurar la llegada a un acuerdo puede resultar perjudicial porque se cometen errores que no se cometerían si se obra con tranquilidad y reflexión. No apresure a la otra parte, el resultado puede ser fatal porque no le permite que piense, y si no lo hace puede retirarse de la negociación. Hay que proceder negocialmente con cautela, buena fe y sabiduría.

Este cuarto paso puede resumirse en: comprometer a la otra parte para diseñar acuerdos de mutuo beneficio, ayudarle a la otra parte a satisfacer las necesidades ocultas, ayudarle a salvar las apariencias mediante la presentación del acuerdo alcanzado como un triunfo para quienes representa.

**10.3.3.5.) Quinto paso. No atacar: usar el poder para educar.**

Cuando el negociador ha realizado los cuatro pasos anteriores sin alcanzar su objetivo, entonces el único camino es romper el juego planteado por la otra parte toda vez que está en una posición de ganar o perder, confiando de que será el negociador quien perderá.

---

<sup>230</sup> Ob. Cit. Pág. 121.

En el juego de poder que practica la otra parte, se recurre a las amenazas, únicamente existe la posición de triunfo a su favor, se hace uso de todas las estrategias posibles para hacer que la persona del negociador haga lo que la otra parte quiere, aún en perjuicio de los intereses de quien éste representa.

Aferrada a su posición, la otra parte tiene un objetivo: no llegar a ningún acuerdo y vencer. Obligar a quien negocia con ella a hacerse para atrás esperando que oponga resistencia dentro de su juego y lucha. El problema en esta posición es que en cada batalla el costo de su lucha es mayor y se debilita su posición.

Con el transcurso del tiempo y la relevancia que están tomando los mecanismos alternativos para resolver controversias de carácter económico la Ley del Tali6n cada dfa pierde su raz6n de ser porque la venganza jam6s termina; o como sabiamente decfa Gandhi: *"ojo por ojo, y todos podemos acabar ciegos"*, porque la guerra en cualquier 6mbito es una manera muy costosa de manejar los conflictos de intereses.

Ser un buen general no significa salir victorioso de 100 batallas ó ganar la guerra, sino haber evitado las batallas y obtener una victoria digna y respetable sin un solo soldado muerto. Para el negociador mercantil no es satisfactorio haberle demostrado a la otra parte que carece de razón su estrategia posicional, sino haber logrado cambiar esa posición educando a su contraparte, utilizando la razón y la mutua conveniencia de sentarse a negociar para resolver los problemas generados por el conflicto de intereses dándole satisfacciones a quienes están inmersos en la controversia de una manera pacífica y racional.

Cuando un negociador mercantil utiliza su poder para educar a la otra parte, le enseña a que la única manera de ganar es alcanzando un acuerdo que satisfaga los intereses mutuos y que de no hacerlo las consecuencias serán infortunadas para ambas partes. No se trata de imponer condiciones, sino de guiarlo para que de la manera más simple, económica la otra parte conozca, se involucre y proponga por sí mismo alternativas para resolver el diferendo.

William Ury nos dice que existen tres preguntas que se usan comúnmente para revelar la realidad de quienes están negociando, y éstas son: *¿qué cree usted que sucederá si no llegamos a un acuerdo?, ¿qué piensa usted que yo haré?,*

*¿qué hará usted?*. Esas interrogantes le permiten al negociador concientizar a la otra parte del papel tan relevante que está desempeñando. Hacer que la otra parte esté advertida, no amenazada.

Agrega el referido autor que: "La clave está en decir las cosas en forma de **advertencia** y no de amenaza. A primera vista una advertencia suena como amenaza, pues ambas comunican las consecuencias negativas de no llegar a un acuerdo. Pero hay una diferencia fundamental, aunque sutil: La amenaza parece subjetiva, da la impresión de ser un enfrentamiento, mientras que la advertencia parece objetiva y respetuosa. Amenazar es anunciar la intención de lesionar, perjudicar o castigar al oponente. Es una promesa negativa. Advertir, por el contrario, es prevenirlo acerca de un peligro. La amenaza comunica lo que *usted está dispuesto a hacer* si él no accede. La advertencia comunica lo que *sucedirá* si no llegan a un acuerdo."<sup>231</sup>

Si analizamos adecuadamente lo manifestado por el autor, **AMENAZAR** es *publicitar aspectos subjetivos de acontecimientos futuros de daño, perjuicio o castigo a la otra parte, conlleva comunicación de lo que se va a hacer*. En cambio **ADVERTIR** *implica planteamientos objetivos y*

---

<sup>231</sup> Ob. Cit. Pág. 131.

*respetuosos de prevención acerca de lo sucederá en el futuro si se adoptan actitudes negativas de alcanzar acuerdos.*

**Las amenazas** siempre implican enfrentamientos y no son los medios idóneos para los mecanismos alternativos, en cambio **las advertencias** simplifican una comunicación con respeto, sin ataduras ni forzamientos. Las advertencias son razonamientos lógicos y realistas de ayuda cordial hacia la otra parte para demostrarle las consecuencias de mantenerse en su negativa de llegar a acuerdos de mutuo beneficio.

**Las amenazas** pretenden hacer un mal a la otra parte, **las advertencias** por el contrario pretenden prevenir, reparar, llamar la atención, señalar, aconsejar a la otra parte para que en perspectiva vislumbre las consecuencias de su accionar.

Si el negociador mercantil logra neutralizar el ataque de la otra parte sin contraatacar ha obtenido la frustración de que la estrategia dura no funcionó, y que tampoco devolvió el golpe. En las negociaciones comerciales la tercera fuerza lo constituye el poder que puede ejercer sobre la otra parte un tercero ajeno al conflicto de intereses, o bien la mejor alternativa para alcanzar acuerdos de mutuo beneficio (MAPAN).



Un buen negociador mercantil jamás se aleja definitivamente de la negociación, frecuentemente escuchamos oraciones como: **“lamento ser adverso a la forma como se encamina la negociación, pero en cualquier momento estoy en disposición de volver cuando haya condiciones de alcanzar acuerdos constructivos y de mutuo beneficio”**.

Las negociaciones mercantiles no pueden permitirse con un desgaste de energías y de poderes individuales. Las coaliciones son adecuadas cuando se está negociando contra personas intransigentes. Algunas veces pueden ser buenos aliados los propios contratantes de la otra parte, e inclusive hasta los familiares de la otra parte influyen en sus decisiones, hay que utilizarlos. La clave es utilizar poderes ajenos para convencer.

Muchas veces la otra parte intransigente no escucha al negociador, pero si a su amigo, a su vecino, a su familiar etc., ellos pueden ser los mejores aliados del buen negociador. También hay otros aliados, los indecisos, los neutrales y aquellas personas que están interesadas directa o indirectamente en que se resuelva la controversia.

Es bueno valerse de terceras personas para frenar ataques o promover la negociación, y más aún para alcanzar acuerdos.

Ese apoyo ajeno puede influir de tal manera en la otra parte para objetivarle el problema de intereses. Muchos acuerdos exitosos se han logrado con la influencia que sobre las personas que negocian han ejercido terceros ajenos al conflicto.

Otra forma de bloquear la actitud de la otra parte de mantenerse intransigente es demostrándole los costos económicos que significará mantenerse en ardua posición de intransigencia. El 100% de los conflictos de orden mercantil son económicos, es decir conllevan intereses dinerarios para beneficio o perjuicio de ambos contendientes.

Hay que evidenciar todo lo que perderá la otra parte o su representado si no llega a acuerdos de beneficio mutuo; el poder para hacerlo entrar en razón dependerá de la experiencia, capacidad técnica y poder de convencimiento que posea el negociador para hacer que la otra parte escoja. Cuando se decida a escoger, no debe perturbársele la escogencia, sino hacerse a un lado para que circule hacia la solución del problema.

La negociación siempre debe ser primordial, aunque el mismo negociador esté plenamente convencido de que sus intereses serán satisfechos plenamente. La apertura a negociar

no debe cerrarse porque los acuerdos forzados o impuestos no son definitivos, y si son susceptibles de no cumplirse. Un negociador exitoso no impone acuerdos humillantes a la otra parte.

Renunciar a las ventajas de una negociación puede traer como beneficio futuro que la variación del acuerdo final es factible de su cumplimiento y que dure lo bastante como para poder ejecutarlo sin problemas y reafirmar las relaciones entre los sujetos controvertidos.

Existen otros estilos para negociar como el denominado **A-E-I-O-U** creado por The Coleman Group. Intl. para la Fundación Libra, citado por Highton y Alvarez,<sup>232</sup> que no son verdaderos mecanismos alternativos de negociación, sino derivaciones de los métodos anteriormente desarrollados.

Realmente este estilo **A-E-I-O-U** pretende bajo cada vocal colocar aspectos de relevancia dentro de una negociación. Así: **A (atacar)**, amenazar, insultar, criticar, culpar, subestimar, interrumpir, ignorar. **E (evadir)**, cambiar de tema, posponer. **I (informar)**, posición, necesidad, sentimiento. **O (abrir (open))**, escuchar atentamente, preguntar s/n juzgar, resumir s/n aceptar.

---

<sup>232</sup> Ob. Cit. Pág. 211.

**U (unir)**, aumentar el entendimiento mutuo, buscar los puntos en común, formular el replanteo, realizar el brainstorming y elegir propuestas de acuerdo mutuamente satisfactorio.

Realmente son variables resumidas de los métodos ya enunciados con anterioridad que si lo desarrollamos caeríamos en repeticiones innecesarias.

#### **11.) Técnicas de negociación. Estrategia y táctica.**

Cuando el negociador comercial ha comprobado las suposiciones de todas las partes que van a intervenir en una negociación y ha aplicado el conocimiento y comprensión de las necesidades de los que han acudido a negociar, entonces tiene armadas las piezas de la negociación para poder desplegarlas. Este despliegue de las piezas de la negociación es técnica negocial y ésta fundamentalmente se basa en **estrategias y tácticas**.

Para Gerard I. Nierenberg: "Esas dos palabras -estrategia y táctica- se diferencian claramente en la definición. En la práctica, sin embargo, resulta muchas veces difícil decir si un movimiento particular es un elemento de táctica o de estrategia".<sup>233</sup>

---

<sup>233</sup> Nierenberg, Gerard I. "El negociador completo". Pág. 155.

Agrega el referido autor al referirse a la **ESTRATEGIA**: "como algo que comprende las técnicas utilizadas en el proceso actual de negociación" y la **TACTICA**: "como los artificios utilizados para poner en práctica la estrategia"<sup>234</sup>.

Regularmente las estrategias de los negociadores en general se limitan a unos pocos artificios simples y obvios. En cambio los negociadores que desean alcanzar una completa preparación emplean una variedad de estrategias. Para Nierenberg comprenden las estrategias de tipo **Cuándo, Cómo y Dónde**.

Al explicarlas, Nierenberg nos ilustra diciendo que: "Las estrategias de tipo **Cuándo** suponen, esencialmente, un uso apropiado del factor tiempo. Resultan más fáciles de usar en una negociación cuando entra en juego un nuevo elemento que cuando todos permanecen inalterados. Pero aplicada adecuadamente, puede transformar una situación estática en otra dinámica. Las estrategias de tipo **Cómo** y **Dónde** se refieren a los métodos y al área de aplicación"<sup>235</sup>.

En materia mercantil es bueno utilizar en la misma negociación dos o más perspectivas estratégicas, ya que mientras más familiarizado se encuentre el negociador con ellas, mayores serán sus posibilidades de hacerlo con éxito.

---

<sup>234</sup> Ob. Cit. Pág. 155.

<sup>235</sup> Ob. Cit. Pág. 156.

El éxito de un buen negociador consiste en saber escoger las estrategias, cómo, cuándo y dónde, y utilizarlas adecuadamente en base a resultados obtenidos con anterioridad.

Nierenberg nos ilustra la denominada **estrategia de pelota rasa**, la cual combina una retirada aparente y un cambio de sentido con un ejemplo muy interesante: "La venta de automóviles es un negocio muy competitivo. Muchos compradores inexpertos intentan obtener ventaja de ello, yendo de un vendedor a otro con una petición *simplemente, déme el precio*. Más pronto o más tarde el comprador tropezará con un precio tirado, demasiado bajo para ser realista y puede que, incluso, por debajo de los costes del vendedor. El comprador, tras haber completado su ronda, retornará al vendedor del precio tan reducido, suponiendo que la negociación ha terminado y que no hay nada que hablar sobre ella. Pero la negociación acaba de empezar. El comprador se verá asaltado con *extras* y financiación de intereses elevados. El vendedor puede tomar el pedido y no servirlo nunca o servir otro coche. El precio reducido irá siendo poco a poco desvirtuado."<sup>236</sup>

Nierenberg señala que las estrategias de tipo **Cuándo** pueden dividirse en las siguientes: "**Contención, sorpresa, hecho consumado, retirada suave, retirada aparente, cambio de sentido, limites y fintas.**"<sup>237</sup>

---

<sup>236</sup> Ob. Cit. Pág. 157.

<sup>237</sup> Ob. Cit. Pág. 158.

Cuando el autor se refiere a la **CONTENCION** (la **paciencia produce frutos**) Señala que muchas veces los negociadores aplazan, suspenden, dejan para después la respuesta en lugar de contestar al momento. No se contesta una pregunta de inmediato, debe meditar en privado tomándose el tiempo adecuado para decidir. Al hacerlo está utilizando la estrategia de la paciencia. El buen negociador se toma su tiempo para pensar y permite que la otra parte también pueda hacerlo sobre el asunto que los ocupa. Algunos autores le denominan *mantenerse frío*, pero realmente lo que sucede es que se debe actuar con la cabeza y no con el hígado o el corazón. El negociador debe ser cauteloso en sus preguntas y más aún en sus respuestas.

La **SORPRESA** supone un verdadero cambio en el punto de vista del negociador. Algunas veces se vuelve intenso y dramático. Muchas veces vamos a encontrar esta estrategia cuando el negociador cambia su tono de voz o sus modales de cortesía disminuyen. Al principio el negociador ha conversado en tono pausado, calmado y sereno ó con modales de cortesía y benevolencia, y repentinamente altera su tono de voz, sorprende con su enojo ó realiza actos de descortesía que desequilibran a la otra parte.

La sorpresa también puede aparecer como una táctica en la negociación cuando el negociador presenta un nuevo enfoque sobre el problema que se discute ó bien aporta información novedosa. La finalidad es que al hacer cualesquiera de estos movimientos desequilibra a la otra parte y le hace más difícil la negociación. Se debe tener mucho cuidado con este tipo de estrategia porque

es fácilmente confundible con la forma de actuar de una persona desequilibrada la cual nunca deja de sorprender.

El denominado **HECHO CONSUMADO (ahora depende de usted)** realmente es considerado un riesgo estratégico por algunos autores, aunque ese riesgo motiva la tentación de ponerlo en práctica. Consiste en que el negociador actúe de tal manera que alcance el objetivo de la negociación en contra de la oposición de la otra parte, y luego esperar qué es lo que hace la otra parte como consecuencia. Emplear esta estrategia requiere previamente una evaluación de las consecuencias en caso de que el resultado sea un fracaso.

Un ejemplo de cómo desarmar esta estrategia lo encontramos cuando se nos remite un contrato que contiene una cláusula con la cual no estamos de acuerdo, tachamos la cláusula con la cual no estamos de acuerdo, firmamos el contrato y lo devolvemos. La otra parte se debe enfrentar a *un hecho consumado*, puede reiterar el contrato y reabrir la negociación, o aceptar la modificación. Frecuentemente lo que sucede es que se abre nuevamente la negociación partiendo de la cláusula tachada.

La **RETIRADA APARENTE (el hombre que no estuvo allí)**. Según Nierenberg: "Esta estrategia está formada por una mezcla de contención, autodisciplina y un poco de engaño. El objetivo es convencer a su oponente de que



usted se retira, pero continuando, sin que él o ella lo sepan, manteniendo el control de la situación".<sup>238</sup>

Esta estrategia es efectiva en tanto y en cuanto la otra parte no sepa que al retirarse el negociador mercantil en su lugar queda, sin ser evidenciada, otra persona que continúa estando al tanto de la negociación de donde aparentemente se ha retirado el negociador mercantil principal para que en el evento de que continúe la negociación pueda tomar parte y ocupe su lugar.

Se dice que es una retirada aparente porque aunque físicamente el negociador se retira, su voluntad, su interés se desarrollan por medio de una tercera persona de manera subterránea.

En el **CAMBIO DE SENTIDO** el negociador actúa de modo opuesto a lo que podría considerarse común. Es una estrategia sumamente difícil de ejecutar. Regularmente se conoce en las Bolsas de Valores cuando los corredores compran cuando hay pesimismo en las inversiones y venden cuando hay optimismo en ellas.

Permite que el negociador piense en nuevas alternativas y no establezca a priori sus intereses. Algunos negociadores son bastante buenos para plantear esta estrategia porque lo hacen de modo muy natural, tan natural que pareciera que el cambio de sentido no existe.

---

<sup>238</sup> Ob. Cit. Pág. 162.

Los **LIMITES** pueden ser de **comunicación** en cuanto a los miembros que estén en el equipo negociador, tanto por lo que pueden decir como por a quién pueden decírselo. En ningún caso el negociador comercial debe sentirse obligado a los límites que establezca la otra parte salvo que le favorezca directamente y el límite surja sin su intención.

Un buen negociador comercial convoca reuniones en fechas cercanas a días festivos (Navidad, Año Nuevo, Noche Buena, Día de la Madre, etc.) porque esto plantea un límite de tiempo natural y la otra parte no deseará que la negociación se alargue tanto que no tenga oportunidad de no estar con sus familias. Algunos negociadores van más allá y acuden a investigar fechas importantes para la otra parte y negocian con unos pocos días de anticipación a las mismas, pero en lugares alejados.

El límite también se deja ver en cuanto a las comunicaciones, en cuanto a que ciertas cuestiones sólo son conocidas por las partes y no se publican ni consultan con asesores.

**EL HACER UNA FINTA** (mirar a la derecha, ir hacia la izquierda) supone que el negociador se moverá en una dirección distinta a la que va a tomar, esto con la idea de atraer la atención de la otra parte en cuanto al objetivo real que pretende alcanzar.

También es frecuente encontrar esta estrategia cuando se le proporciona falsa información a la otra parte, o bien la impresión de que se tiene más información de la que realmente se está manejando en cuanto a los conocimientos que se poseen.

Cuando un negociador cede en un punto que realmente no es importante para sus objetivos aparenta que la concesión es de primer orden y oculta los elementos importantes. La finta consiste entonces en darle importancia a las cosas que no son de importancia para el negociador y si para la otra parte, y hacerse el ignorante o restarle importancia a los objetivos propios.

Para Nierenberg las estrategias de tipo **Cómo y Dónde** adoptan las siguientes formas: "*participación, asociación, fuego cruzado, fuego de cobertura, muestreo, salami, afinar la puntería, agente con autoridad limitada y cambio de niveles.*"<sup>239</sup>

Al referirse el autor a la estrategia de **PARTICIPACION (somos amigos)** señala que el negociador hace esfuerzos por conseguir la ayuda de otros en su propio beneficio, directa o indirectamente. Cada uno de los que participan en la ayuda o alianza lo hacen con estrategias diferentes, pero con un mismo objetivo. Aquí se incluye la estrategia **YO TAMBIEN**, en cuanto a que muchos otros se acercan a querer colaborar.

---

<sup>239</sup> Ob. Cit. Pág. 168.

Negocialmente se aplica cuando la negociación en la mesa queda en un punto muerto, es útil que ambas partes designen un par de miembros del equipo para negociar por separado, al margen de la mesa de negociaciones, intentando resolver las diferencias, para volver más tarde a las negociaciones.

Recordemos que las negociaciones colectivas o en coalición son una forma refinada de la negociación participativa. Algunos autores le denominan convenio convinado o conspirativo.

La **ASOCIACION (usted y yo, muchacho)** es frecuente cuando el negociador trata de asociar a la otra parte por prestigio y no por los intereses económicos en juego. Muchas veces la otra parte en la mesa de negociaciones se identifica tanto con el negociador que se vuelve su asociado y ceden por el efecto de complacencia que les brinda la persona del negociador.

El halo de las personas famosas es frecuente que atrae para utilizar un producto, y para tomar decisiones. No es lo mismo negociar con un famoso que con un desconocido.

El otro lado de esta estrategia es la **DISOCIACION (¿quien es su amigo?)** la cual funciona a la inversa de la anterior porque si se muestran personajes desagradables en conexión con agradables, los primeros desacreditan a los segundos, y esto hará que las personas se inclinen no a favor sino en contra de unos sin estar a favor de los otros.

El **FUEGO CRUZADO (entrecorte, entrelace y enmarañe)** es una estrategia en donde se introducen diversas materias en la discusión, de tal manera que el negociador pueda hacer concesiones en una y obtener ventajas en la otra.

Un buen negociador no le dedica mucho tiempo e importancia a los asuntos pequeños porque la otra parte puede ceder y exigir asuntos importantes a cambio. Algunos autores le llaman a esta estrategia también **hombre de paja**, en cuanto al planteamiento de un asunto secundario para ocultar lo que principalmente importa.

El **FUEGO DE COBERTURA (tiro de proteccion)** esta estrategia consiste en que el negociador debe cubrir un área tan extensa como sea posible, para conseguir abrirse camino en uno o más sitios, para impedir que la otra parte encuentre un lugar para salirse de la negociación. Crear posibilidades de cierre de escape.

Algunas veces la otra parte desconoce los puntos débiles del negociador porque los ha ocultado por medio de evidenciar los puntos débiles propios de ella.

En la estrategia del **JUEGO DE AZAR (el azar contra el engaño)** lo que el negociador busca es utilizar la ley de probabilidades a su favor para anular la ventaja que pueda tener la otra parte, confiando en la suerte. Un buen negociador no confía en las probabilidades sino construye con esfuerzo y preparación sus las propias.

El **MUESTREO (los datos pueden mentir)** es una estrategia que supone que el negociador escoge una opción que representa todas las opciones posibles para resolver en conflicto de intereses. La ventaja consiste en que esa opción ha sido escogida entre todas como la más favorable.

Cuando el negociador está en la mesa de negociaciones muchas veces presenta opciones que la otra parte no tiene la menor idea de donde surgieron.

La estrategia **SALAMI (rodaja a rodaja)** significa que el negociador debe ir tomando poco a poco el control de la negociación, de tal manera que la otra parte cuando se de cuenta ha perdido la posesión de las decisiones.

Es decir, el negociador bueno no debe dar la impresión de que está intentando apoderarse de algo de la otra parte, sino hacerlo de tal manera en proporciones menores, haciendo concesiones pequeñas y reuniendo concesiones mayores para sí mismo.

Cuando se menciona **AFINAR LA PUNTERIA (como dar en el blanco)** como una estrategia para negociar cuando el negociador propone varias opciones y va asegurando disminuir el margen de error de tal manera que la opción que mejor le favorece sobresale al final.

Cuando se utiliza la estrategia del **AGENTE CON AUTORIDAD LIMITADA** nos encontramos con negociadores que poseen limitadas sus decisiones, principalmente las decisiones importantes que tienen que ser consultadas.

De aquí lo manifestado por Francisco Bacon, citado por Nierenberg: "Es generalmente mejor negociar... por medio de un tercero que por uno mismo... En la elección de instrumentos, es mejor elegir hombres de tipo muy corriente, que harán lo que les sea encomendado e informarán fielmente del éxito, que a quienes son hábiles para idear, en los negocios de otros, algo de que aprovecharse ellos, y tratarán la cuestión según su conveniencia. Utilice personas afectas al negocio en que están empleadas; así logrará mas celeridad y elija a quienes sean aptos para el asunto, como hombres intrépidos para la discusión, hombres con facilidad de palabra para la persuasión, hombres ingeniosos para la investigación y la observación, hombres activos y desconcertantes para los negocios que no desee llevar usted mismo. Utilice asimismo a quienes han tenido fortuna y han resultado triunfadores en los asuntos en que antes les haya empleado; otórgueles para ello confianza y ellos harán lo posible por seguir sus instrucciones."<sup>240</sup>

Esta técnica que consiste en no permitirle al negociador tomar decisiones importantes, sino vincularle a instrucciones específicas es ventajosa en muchos casos porque la otra parte sabida que el negociador tiene limitadas sus posibilidades de decidir por si mismo, es cautelosa en las demandas.

---

<sup>240</sup> Ob. Cit. Págs. 178 y 179.

Para el negociador es preferible negociar con la otra parte directamente y no con otro negociador que tiene limitación de sus decisiones. Cuando se desea un negocio grande no se discute con empleados menores, se negocia con el director o Gerente General, mejor aún si se hace con el Presidente del Consejo de Administración que muchas veces es el accionista mayoritario.

La estrategia de **CAMBIO DE NIVELES** (parece diferente desde aquí), es utilizada por los negociadores cuando discuten el problema a un nivel más alto o viceversa. Puede consistir también en dividir el problema en tantas partes que le permiten redefinir la situación negociarla de nuevo.

Muchos buenos negociadores varían esta estrategia cambiando la visión de los problemas o el punto de vista, y logran cambiar la dirección de toda la negociación.

Si se desea obtener mayor información de cómo llevar a cabo cualesquiera de los métodos de negociación que hemos enunciado, puede consultarse la "Guía paso a paso para cerrar con éxito cualquier negociación" de Roger Fisher y Danny Ertel<sup>241</sup>, en donde se encontraran formatos y explicaciones específicas, las cuales no podemos proporcionar por la naturaleza de la presente investigación.

---

<sup>241</sup> Fisher, Roger. Ertel, Danny. "¡Sí... de acuerdo! en la práctica. Guía paso a paso para cerrar con éxito cualquier negociación."



## 12.) El perfil del negociador.

La preparación del negociador mercantil es muy importante. Algunos consideran que el negociador mercantil debe ser un profesional; otros por el contrario estiman que basta con que algunos profesionales que tengan una serie de habilidades deben capacitarse a través de una continua instrucción en los renglones de administración, negocios y leyes.

El negociador mercantil debe conocer el comercio en general y la actividad comercial específica del conflicto. Debe conocer aspectos prácticos, legales, financieros, mercadológicos, publicitarios, bancarios, bursátiles y hasta costumbres personales de la actividad en donde va a negociar.

Hay quienes son negociadores mercantiles innatos, encontraremos algunos de ellos en los mercados de valores, de mercancías, de servicios, etc. sin haber tenido tan siquiera una hora de capacitación. Sus aptitudes son muy propias de la comunicación y de la negociación.

Para poder alcanzar una capacitación aceptable y obtener un negociador técnicamente preparado por lo menos debe poseer: **conocimiento del conflicto, las habilidades del negociador, un conocimiento significativo y la ética y las normas de la negociación.**

### 12.1.) Conocimiento del conflicto.

El negociador mercantil debe conocer la naturaleza del conflicto mercantil, su origen, su dinámica, la forma en que se manifiestan las desavenencias particulares de intereses económicos contrapuestos y como pueden y deben manejarse y resolverse.

Mientras el negociador conozca más a profundidad la actividad mercantil en donde va a trabajar, mayores posibilidades de presentar opciones adecuadas y coherentes de mutuo beneficio para resolver en definitiva el diferendo.

### 12.2.) Las habilidades del negociador.

Las habilidades que debe poseer el negociador mercantil son: **una habilidad intelectual** que constituye el **INGENIO** para crear opciones tendientes a resolver el conflicto con acuerdos de mutuo beneficio; la **habilidad en el trato social** constituye el **TACTO** para poder ganarse la voluntad de la otra parte sin ninguna clase de presiones, sino con buena voluntad, cordialidad y amistad.

El negociador debe ser hábil y diestro para preparar opciones que lleven a acuerdos que vayan a ser ejecutados efectivamente. Las habilidades, destrezas e ingenio que va adquiriendo el negociador mercantil se incrementan con la capacitación que adquiere, con la madurez que cada

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

conflicto le deja y la responsabilidad con que ha participado en los conflictos en donde interviene.

La flexibilidad que le permite el desarrollo de las habilidades innatas y adquiridas crea una trayectoria de madurez y prestigio en el negociador mercantil. Todas las habilidades que adquiere debe aplicarlas de manera distinta en cada caso para que sea exitosa su tarea. Conforme lo expuesto, podemos afirmar que es recomendable que un **NEGOCIADOR MERCANTIL** posea **HABILIDADES** para:

- ~escuchar
- ~crear confianza, afinidad y empatía
- ~evaluar intereses y necesidades de la otra parte
- ~de planteamiento y formulación de opciones
- ~desentrañar la realidad y ponerla a prueba
- ~parafrasear
- ~recabar y compartir información
- ~establecer objetivos comunes
- ~planear estrategias, para conocerlas y bloquearlas
- ~diseño de opciones temporales y definitivas
- ~desentrañar intereses ocultos
- ~fomentar credibilidad
- ~adquirir confianza de la otra parte.

Así mismo el negociador mercantil debe conocer **TÉCNICAS** para:

- ~tratar la ira
  - ~interrumpir un estancamiento
  - ~autocontrol
  - ~incluir a otras partes
  - ~de recompensa y afirmación
  - ~crear momentos de impulso
  - ~celebrar reuniones
  - ~equilibrar el poder
  - ~desarrollar normas de procedimiento
  - ~consultoría en casos de tristeza, dolor o pena
  - ~para referencia.
- 
- Como parte de la preparación del negociador mercantil, es necesario que aprenda:
    - ~Etapas de la negociación
    - ~Naturaleza y papel del poder de la otra parte y del propio
    - ~Aceptación del fracaso y del éxito
    - ~Parámetro de ética profesional
    - ~Normas de la urbanidad en cuanto a criterios razonables y orden privado
    - ~Formulación de presupuestos
    - ~Responsabilidad hacia partes no representadas
    - ~Negociación con base en intereses no en posiciones
    - ~Momentos oportunos (disminución de la oportunidad)
    - ~Influencia de los grupos de decisión

- Alcances mínimos y máximos de los acuerdos
- Contenido de los acuerdos
- ~Definición de una comunicación efectiva.

### **12.3.) Conocimientos significativos.**

La especialización de los negociadores mercantiles son las desavenencias de comercio, comprendiendo dentro de ello las actividades, los sujetos, las organizaciones, intereses, experiencias y alcances.

Ahora bien, los conocimientos que haya adquirido el negociador mercantil deben ser claros, precisos y sobre todo ser practicantes en esta área, más allá de un comerciante tradicional, debe ser capaz de crear acuerdos de comercio.

### **12.4.) Ética de la negociación y normas de práctica.**

Las restricciones éticas y las normas mediante las cuales deben orientar en su práctica los negociadores mercantiles son indispensables en su formación.

La incipiente profesionalización de los negociadores mercantiles requiere que se incluya la ética en el curriculum de capacitación. La negociación mercantil requiere una conformación más actualizada hacia la

justicia de la paz, hacia la justicia sin trámites burocráticos y de un comportamiento justo para con los sujetos en controversia, con equidad, ecuanimidad y sobre todo tendiente resolver el conflicto de intereses con acuerdos de mutuo beneficio.

La negociación mercantil no encaja directamente dentro de una profesión específica, la puede ejercer cualquier profesional, y no profesional. Pero al hacerlo deberá respetar ciertos patrones de conducta dentro del marco de la justicia, ecuanimidad, normas de la práctica y limitaciones éticas, sigillo y responsabilidad.

#### **12.4.1.) Justicia.**

Cuando los autores se refieren a la **JUSTICIA** como patrón de conducta del negociador, se refieren en cuanto a que si el procedimiento que éste utiliza puede ser una barrera para la imparcialidad que debe practicar. El negociador no sólo debe actuar imparcialmente, sino pensar imparcialmente. Su tarea es crear opciones de mutuo beneficio para resolver el conflicto.

El procedimiento de negociación no requiere la intervención de un juez, antes, durante y peor aún después de que las partes han llegado a un entendimiento de mutuo acuerdo. La naturaleza eminentemente

privada le impide a este mecanismo alternativo cualquier actuación en un órgano público.

La negociación es, un procedimiento consensual, en donde los mismos participantes procuran para su propio beneficio, resoluciones a su conflicto de intereses económicos que se originan de su propio libre albedrío. Las normas que rigen el mecanismo están orientadas hacia las personas, sin salirse del marco legal, pero con estricta aplicación hacia problemas únicos: el comercio.

La negociación requiere de la cooperación de los interesados en resolver sus diferencias de una manera poco formalista y tediosa. Empresarios, consumidores y usuarios día a día buscan la manera de resolver sus diferencias disminuyendo sus costos, tiempo y esfuerzo personal.

#### **12.4.2.) Ecuanimidad (summa quisque aequitas).**

Obviamente resulta evidente el hecho de que este mecanismo alternativo resulto poco útil para personas de escasos recursos, en cuanto al pago de los honorarios del negociador.

En la mayoría de países del mundo la justicia es gratuita por mandato constitucional. En otros la administración de justicia comercial requiere de previo pago de honorarios, gastos y costas judiciales.

Este es uno de los aspectos que se le señalan en términos generales, sin embargo en materia mercantil tanto los sujetos como el objeto (mercancías o servicios) producen ganancias económicas, por lo que esa es la excepción.

Con lo anterior la **ECUANIMIDAD** aplicable en el mecanismo alternativo de la negociación es *el equilibrio moral, espíritu de moderación e indulgencia, desinterés y de justicia que debe poseer el negociador para resolver en lo esencial las peticiones de los sujetos en conflicto de intereses comerciales.*

#### **12.4.3.) Normas de práctica y limitaciones éticas.**

Las normas de práctica regulan el procedimiento y protegen a las personas que solicitan el servicio del negociador en cuanto a la estructura del procedimiento y su integridad; y las limitaciones éticas son códigos impuestos a los negociadores en algunos países a través de la organización como condición para su licenciamiento.



Las normas de práctica ayudan a esclarecer las metas de un servicio, mejorar su calidad y reforzar la imagen pública de quien lo presta. La dificultad de establecer estas normas para una profesión como la negociación de reciente surgimiento es el papel social y económico que brindan al comercio y su influencia social.

Las normas éticas es *lo que no se debe de hacer* impuesto por la comunidad la cual espera un comportamiento moral o socialmente aceptable. En materia comercial lo que se espera del negociador es un comportamiento moral, social y comercialmente adecuado.

#### **12.4.4.) Sigilo y responsabilidad.**

Hablar del **SIGILO** (silencio o secreto) que debe tener el negociador mercantil debe ser de dos formas: *protección de los asuntos privados encomendados y revelación pública* y el *privilegio del testimonio en tribunal*.

##### **12.4.4.1.) Protección de los asuntos privados encomendados y revelación pública.**

El negociador mercantil está obligado a no divulgar ni discutir con otras personas lo que se conoce en la negociación.

Inclusive consideramos que ningún tribunal puede obligar a una persona a revelar un secreto profesional porque estaría obligando a violar una norma ética. Recordemos el apotegma jurídico que en algunos países se ha convertido en un postulado constitucional de que ***nadie está obligado a hacer lo que la ley no le prohíbe.***

El respeto a los asuntos privados que se ventilan dentro de la negociación es la garantía para los sujetos en controversia de que lo que allí se trate no se divulgará ni por el otro sujeto en controversia, ni mucho menos por el negociador.

Esta garantía surge de la naturaleza misma de este mecanismo alternativo, de las limitaciones privadas del negociador, y más frecuentemente del contrato que se suscribe para iniciar la utilización de este mecanismo. De otra manera los sujetos controvertidos desconfiarían de este mecanismo alternativo sabidos que si fracasa se revelará en su contra o a su favor cualquier aspecto que dentro del mismo se divulgue.

Precisamente la garantía de ***confidencialidad*** es lo que hace del mecanismo alternativo de negociación el grado más alto de confiabilidad para los sujetos controvertidos y para el

negociador, por el respeto que se merecen los asuntos privados comerciales.

El privilegio de la confidencialidad abarca la no-publicidad de lo que se conoce y desconoce durante la negociación. De otro modo los sujetos en controversia desconfiarían del mecanismo por evidenciar aspectos que no desean que se hagan del conocimiento del público en general.

El éxito de la negociación depende de las expectativas del respeto a los asuntos privados y a los tratos confidenciales que se presentan durante la misma.

Los sujetos en controversia deben confiar en que todos los aspectos que se vean dentro de la negociación no serán divulgados por ellos mismos y el negociador, y que sus revelaciones no podrán ser utilizadas a su favor o en su contra. La falta de confianza sobre la reserva de la secretividad de los asuntos que allí se revelen puede provocar su fracaso antes de que se inicie.

La carencia de esta confianza puede hacerles perder a los participantes su confianza, sinceridad, compromiso y deseo de presentación de opciones por el temor de que se revelen en un

futuro de fracasar este mecanismo alternativo. Aún y con todo lo anteriormente indicado, el secreto y la publicidad no son absolutos.

#### **12.4.4.2.) Privilegio de testimonio en tribunal.**

Para algunos autores es obligatorio el testimonio en un tribunal. Sin embargo consideramos que no porque entonces se perdería ese sigilo al que tanto sujetos en controversia como al negociador deben tenerle a este mecanismo alternativo.

Si todo lo que se ventila dentro de la negociación fuere susceptible de conocerse o utilizarse en un tribunal, se perdería no sólo la confidencialidad sino también la garantía de que cualquier cosa que se dijera o hiciera dentro del mismo pudiera ser utilizado por alguno de los sujetos en controversia en contra del otro en un proceso judicial. Y peor aún, que podrían forzar a un testimonio del negociador para que diga o no lo que se hizo. Esto provocaría la pérdida de confianza en la negociación, en los negociadores y en las herramientas que se utilizan en el procedimiento.

**Los honorarios del negociador o negociadores** es pactado individualmente por la parte en controversia que lo contrata. Muchos de ellos prefieren la fijación directa con quien los contrata

y no regirse por un arancel determinado como lo hacen los conciliadores, mediadores y árbitros.

**13.) Cláusula compromisoria recomendada de negociación.**

Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato mercantil y de cualquier enmienda, adición, supresión, rescisión parcial, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o resolución, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a negociación de conformidad con el Reglamento de \_\_\_\_\_. La negociación tendrá lugar en \_\_\_\_\_. El idioma que se utilizará en la negociación será \_\_\_\_\_. El procedimiento será establecido por \_\_\_\_\_. Los honorarios del negociador serán cancelados por \_\_\_\_\_. Este mecanismo alternativo se deberá agotar previamente a que las partes acudan a un mecanismo jurisdiccional.

## CAPITULO VI

### EL ARBITRAJE MERCANTIL.

#### 1.) Definición.

Acudiendo a la etimología del vocablo **ARBITRIUM**, conforme el Diccionario latino-español, español- latino significa: "Fallo, juicio, decisión, acción de juzgar y resultado de la misma. Albedrío, libertad de juzgar obrar. Disponer de algo".<sup>242</sup> Proviene del verbo **ARBITRAR**, que conforme al Diccionario Pequeño Larouse Ilustrado significa: "Proceder uno libremente o con arbitrio. Dar o proponer arbitrios. Hacer que se observen las reglas de un juego. Juzgar como árbitro. Ingeniarse"<sup>243</sup> y éste del latín **ÁRBITROR** ó **ARBITRARI**, derivado de **ARBITRATIO ONIS** "Voluntad, deseo, opinión"<sup>244</sup>.

Algunos autores estiman pertinente señalar que se origina de los términos latinos **AD** que significa: "dirección en el espacio y en el orden afectivo y moral. Proximidad, junto ante. Finalidad, destino. Destino, en vista" y **ARBITER** que significa: "testigo ocular o de oído, juez"<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> Ob. Cit. Pág. 38.

<sup>243</sup> Ob. Cit. Pág. 88.

<sup>244</sup> Ob. Cit. Págs. 38 y 39.

<sup>245</sup> Ob. Cit. Págs. 11 y 37.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Entonces, para el vocabulario común **ARBITRAJE** es: "Acción o facultad de arbitrar. Arreglo de un litigio por un árbitro y sentencia así dictada. El juicio arbitral es decidido por árbitros."<sup>246</sup>

En el Diccionario de sinónimos y antónimos al referirse al vocablo **ARBITRAR** señala: "Añade a juzgar la idea de decidir la contienda, discusión, partido. Allegar, disponer, reunir, procurar"<sup>247</sup> En el mismo diccionario al referirse al vocablo **ÁRBITRO** señala: "Juez, componedor."<sup>248</sup>

Al referirse al vocablo **ARBITRAJE** el Diccionario de Derecho Privado indica: "Proceder uno libremente usando de su facultad y arbitrio. Lo que caracteriza al *arbitraje* es que, mediante el mismo, la resolución del conflicto se entrega a la decisión de un tercero. Ese tercero ha de decidir el conflicto mediante *arbitraje* no lo hace de una manera espontánea, sino precisamente porque ha sido llamado para ello por los propios contendientes, quienes además, previamente se comprometen a aceptar y quedar ligados por el resultado que ese tercero proclame. Es la resolución de un conflicto social por obra de un tercero, a cuya decisión se someten previamente las partes contendientes."<sup>249</sup>

Para Osvaldo Gozáini **ARBITRAR** es: "La personificación en un tercero para resolver los conflictos humanos, en principio, pareciera definir la situación como un

---

<sup>246</sup> Ob. Cit. Págs. 87 y 88.

<sup>247</sup> Ob. Cit. Pág. 50.

<sup>248</sup> Ob. Cit. Pág. 50.

<sup>249</sup> Ob. Cit. Págs. 96 y 97.

proceso donde las partes deciden poner en manos de aquél la respuesta al problema que las enfrenta.<sup>250</sup>

Básicamente el arbitraje consiste en un procedimiento en donde un tercero pone fin a la contienda entre dos o más partes que previamente se lo han requerido.

Como referencia histórica del arbitraje se pueden mencionar los relatos bíblicos y aún el sistema romano. En Europa desde las Leyes de las Partidas hasta las Leyes de Solón, desde la Ley Sálica, el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla hasta la Revolución francesa en donde resurge el arbitraje llevado hasta una exageración por la crítica a la tendenciosa característica de las declaradas instituciones enemigas feudales.

Bajo la revolución francesa se impuso, inclusive, el arbitraje forzoso, creando árbitros públicos elegidos por la Asamblea del pueblo, con facultades de fallar en instancia única, sin reglas de procedimiento y sin costos. Implantándose de diversidad de formas y bajo diversidad de denominaciones en complacencia con el dogmatismo de los innovadores.

En América desde las actividades de las culturas Maya y Azteca hasta la cultura Inca, por medio de los Consejos de Ancianos y Cofradías, se realizaba un

---

<sup>250</sup> Ob. Cit. Pág. 114.



sistema arbitral muy particular y funcional para la resolución de conflicto de intereses.

La personalización de un tercero para resolver los conflictos de intereses entre personas es bastante antiguo, no podemos decir que es nuevo, y tampoco nace como un proceso; más bien nace como un procedimiento que responde a la decisión de las partes de que alguien ajeno a ellas resuelve su diferencia.

Si el origen de la jurisdicción es la determinación de los seres humanos de entregarle al Estado la potestad de tutelar los conflictos intersubjetivos; el origen del arbitraje es precisamente anterior a ello, ya que persiguen evitar el enfrentamiento directo jurisdiccional. Si la Ley del Talión hizo un uso desmedido de la fuerza, la **autocomposición** (renuncia, desistimiento y transacción) y la **heterocomposición** hicieron lo posible para evitar las discordias.

Dentro de la **heterocomposición** es donde las alternativas de que intervenga un tercero son marcadamente distintas; por un lado nace el proceso jurisdiccional, y por el otro nace el arbitraje como la intervención de un tercero no jurisdiccional para resolver los conflictos de intereses.

Con el transcurso del tiempo la preferencia por el arbitraje para dilucidar los conflictos de intereses comerciales con intervención de terceras personas conocedoras del comercio y respetadas, así como el establecimiento de normas que regían su actuar se fueron acentuando hasta ser efectivas.

Debido a los excesos en la celeridad de la justicia formal de los Estados, diversos organismos inician la carrera de crear nuevas entidades que alternativamente al proceso formal burocrático intentaran resolver las controversias.

Ahora bien, el **ARBITRAJE** está inspirado en el conocimiento, en la buena fe y cultura de quienes lo realizan. Su finalidad es que cada uno de los sujetos controvertidos expresen sus pretensiones ante los árbitros para que ellos emitan una resolución que ponga fin al diferendo.

La opinión afirmativa de la facultad de las partes para someter en árbitros el negocio controvertido prevaleció a tal grado que quedó consagrado en la **Ley 4, Título 17, Libro 11 de la Novísima Recopilación** cuyo texto por ser muy ilustrativo a continuación transcribimos: "*Porque acaece que las partes por bien de paz y concordia, y por evitar costas y pleitos y contiendas, antes de entrar en contienda de juicio, y otras veces estando pleitos pendientes en el nuestro Consejo y en las nuestras Audiencias, o ante otros jueces, y algunas veces teniendo la parte sentencia o sentencias en su favor, pasadas en cosa juzgada, sabiéndolo, acuerdan de poner y comprometer los tales pleitos y contiendas en manos de jueces árbitros juris, para que determinen conforme a Derecho o de jueces amigos árbitros arbitradores, y prometen de estar por la sentencia que dieren, y de no reclamar della so cierta pena; y los jueces árbitros y jueces arbitradores, usando de la facultad que les fue dada, dentro del término que les fue dado, y sobre aquellas*

*cosas sobre que fue comprometido dan sentencia de la cual una de las partes acaece que reclama y pide della reducción á albedrío de buen varón; ó hacen contra ella nulidad ó por otro remedio; así que comienza el pleito de nuevo, y se alarga y dilata mas que si prosiguiera por tela de juicio ordinario, en favor de las partes quedan frustradas, y no se ejecutan, de que á las partes se han rescrescido y rescrescen muchos daños y costas y fatigas; por ende queriendo en ello proveer y proveyendo, mandamos, que luego que la tal sentencia arbitraria fuera dada, de que la parte pidiere ejecución, se ejecute...”*

En el Artículo 25 del **Entendimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (1994)**<sup>251</sup> se hace referencia del arbitraje como un procedimiento rápido como medio alternativo de solución de diferencias que puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por las partes, quienes lo acuerdan y convienen el procedimiento a seguir.

En esa virtud, con los antecedentes históricos referidos y las definiciones apuntadas podemos definir el **ARBITRAJE MERCANTIL** como *un mecanismo alternativo voluntario, participativo, flexible, confidencial, no adversarial consistente en un conjunto ordenado de órganos, instrumentos y medios prácticos comerciales, establecidos de tal manera que funcionan coordinados que mediante la participación de terceras personas quienes de*

---

<sup>251</sup> Ob. Cit. Págs. 171 y 172.

*buena fe, capacidad, responsabilidad y conocimiento de las pretensiones (llamados árbitros mercantiles), emiten una resolución (llamada laudo) que resuelve la controversia, pacífica y perdurable la convivencia económica.*

## **2.) Naturaleza jurídica.**

Con los antecedentes anteriores, es claro que el arbitraje proviene de la voluntad libre y concertada de las partes que se encuentran en controversia de intereses económicos. Entonces su naturaleza es de orden contractual, sin que por ello dejen de estar regidas por disposiciones legales.

Explicar lo anterior ha tenido variación en cuanto a los argumentos de los diferentes autores, hay quienes defienden su posición de que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, otros que no y unos terceros que mezclan las anteriores creando una tercera con aciertos y errores de las dos anteriores fundamentando su posición en las leyes de arbitraje.

**2.1.) Teoría contractualista.** Esta teoría emerge de la idea que el arbitraje nace del acuerdo de voluntades, ya sea mediante el contrato o mediante una cláusula compromisoria contractual.

Conforme Chioyenda, citado por Osvaldo Gozaíni: "implica una renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial. Si una de las

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

partes compromitentes citase a la otra ante el juez, el demandado puede impedir su examen del fondo mediante la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento de conocer por la autoridad judicial. Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es una definición de controversias mediante un juicio ajeno, pero el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción ni propia ni delegada, no actúa la ley, no obra, sus facultades derivan de la voluntad de las partes expresadas de conformidad con la ley: su decisión es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva.<sup>252</sup>

La definitiva exclusión de un juez en el conflicto de intereses hace lógica la carencia de una sentencia por un acto denominado **laudo**, el cual no es jurisdiccional, pero puede serlo si el Estado lo reconoce como tal al ejecutarse.

El laudo arbitral no compromete el derecho subjetivo de las partes en controversia, ya que ellas pueden con posterioridad al mismo convenir en someter nuevamente el conflicto a la decisión de un juez, con o sin reservas y dilucidar su problema jurisdiccionalmente.

---

<sup>252</sup> Ob. Cit. Pág. 117.

Fumo, citado por Gozaíni, dice que: "en ningún caso la voluntad del tercero concurre para determinar la voluntad privada, pues la única voluntad jurídicamente relevante es la de las partes."<sup>253</sup>

Y Jaime Guasp, también citado por Gozaíni, magistralmente expone su punto de vista en favor de esta teoría al decir: "entre el derecho material, pacífico, y el derecho procesal, litigioso, existe todo un mundo intermedio en el que viven una serie de instituciones jurídicas, a caballo, por decirlo así, entre lo material y lo procesal, que, sin embargo, no se pueden encuadrar superficialmente, sin un examen más profundo, en ninguna de esas dos categorías".<sup>254</sup>

Y agrega: "cuando alguien, en unión de su contendiente, llama al tercero y se compromete a aceptar y quedar ligado por el resultado que ese tercero proclame como dirimente entre ellos, entonces se está rigurosamente ante la figura del arbitraje".<sup>255</sup>

Lo anterior no implica, de manera alguna, que nos encontremos ante un proceso, ni mucho menos ante un juzgador jurisdiccional, porque el origen de la intervención jurisdiccional obedece al acuerdo de voluntades de las partes en controversia. Este acuerdo puede ser anterior, en el transcurso posterior a

---

<sup>253</sup> Ob. Cit. Pág. 117.

<sup>254</sup> Ob. Cit. Pág. 118.

<sup>255</sup> Ibidem.

la controversia. Puede hablarse, para esta teoría, que el arbitraje puede surgir como un contrato (verbal o escrito).

Las partes con el pleno conocimiento de la causa que motiva la diferencia de intereses, o previniendo que los intereses en juego puedan chocar, de mutuo acuerdo disponen someter a la decisión de terceras personas (árbitros) de su diferendo, con la obligación de aceptar la misma.

Esta decisión de sometimiento a la decisión de árbitros puede ser contractualmente (verbal o escrita) previa a que el conflicto se dé, o durante la realización del diferendo. Inclusive muchas partes en controversia se inclinan por este procedimiento de manera sencilla, y se someten a la reglamentación del centro de arbitraje que esté elaborada para el efecto.

Las Cámaras de Comercio, de Industria y otras, poseen reglamentación para el arbitraje que les permite darles a conocer a las partes en controversia, los requisitos para someterse a este mecanismo, su procedimiento, costos y plazo de emisión del laudo arbitral.

Muchas veces los mismos jueces les aconsejan a las partes que su diferendo lo dilucidan mediante este mecanismo alternativo, pues allí habrá sujetos con mejor y mayor experiencia para resolver adecuadamente.

## 2.2.) Teoría jurisdiccional.

Esta teoría descansa sobre la base de la función de los árbitros y la finalidad que tienen los interesados.

En virtud de que el árbitro es un tercero imparcial y no interesado directamente en el conflicto de intereses, el Estado tutela el interés de asegurar su labor pacificadora proporcionándole aspectos legales que coadyuven con ello.

Mortara, citado por Gozaini manifiesta: "que al momento de emitirse el laudo, el árbitro no representa voluntad alguna más que la propia, de manera que su decisión está revestida de un sentido de justicia suficiente como para darle una razón jurisdiccional. Además, si es el mismo ciudadano quien da causa fuente a la noción del poder jurisdicente, y el resultado no es otro que los árbitros gozan de jurisdicción derivada del Estado, no de las partes".<sup>256</sup>

Para los autores que propugnan por esta corriente, la tarea del árbitro trasluce la propia esencia de la jurisdicción, sin que sea el Estado. Un tercero consagra simplemente el derecho de las partes. Además aseguran que la función y efectos de la sentencia y el laudo son idénticos, aunque el ámbito del segundo es más limitado.

---

<sup>256</sup> Ob. Cit. Pág. 119.



Y es natural que los seguidores de esta teoría aseguren lo anterior, porque su fundamento se encuentra en el hecho de que las partes formulan sus peticiones jurídicas de una frente a la otra, y el árbitro la estima o desestima. La voluntad de las partes de acudir a este mecanismo alternativo se manifiesta desde el principio. Pero esa voluntad no gobierna el procedimiento. Y una vez concluido el procedimiento, la voluntad de las partes para el cumplimiento del laudo arbitral se manifiesta afirmativa o negativamente. Si sucede lo primero no hay problema, si sucede lo segundo entonces la otra parte tendrá que acudir a los mecanismos jurisdiccionales para su cumplimiento obligatorio.

Dentro de esta corriente el arbitraje voluntario constituye una manifestación de la justicia privada, y por esa razón la jurisdicción de derecho común experimenta una prórroga convencional hacia los árbitros.

Para algunos autores, hay una traducción de la jurisdicción estatal por una creada por las partes, pero reconocida y creada por el Estado. Señalan al arbitraje como una jurisdicción complementaria a la tradicional.

Creemos que asignarle la potestad jurisdiccional al arbitraje es un poco aventurado porque los poderes que conlleva la jurisdicción son absolutos y no admiten sustituciones. Lo que acontece en el arbitraje, es una actividad no jurisdiccional, sino convencional, contractual o legal que le permite a las partes en controversia de intereses someter su diferendo a una tercera

persona con capacidad, conocimiento, responsabilidad e imparcialidad para resolver.

### 2.3.) Teoría ecléctica.

Realmente no constituye una teoría, sino más bien son manifestaciones de diversos autores para desvirtuar las teorías anteriores. Así, el maestro Piero Calamandrei quien señalara al árbitro como un auxiliar del juez, asevera que existe alguna identificación entre el laudo y la sentencia por el recorrido que hacen quienes las emiten, en cuanto al juicio lógico y proposicional. Aunque acepta que esa similitud no es total porque al arbitraje no se le puede asignar una jurisdicción ya que el laudo por sí mismo carece de ejecutoriedad, salvo que fuere homologado por un juez.

Francesco Carnelutti manifiesta que en el arbitraje no hay litis, y menos aún un carácter público; se refiere al arbitraje como un subrogado procesal. Pietro Castro señala al arbitraje como un cuasi proceso. Otros autores le asignan un carácter jurisdiccional.

La polémica no debe ahondarse, sino por el contrario se deben establecer los beneficios que posee este mecanismo alternativo. Si se toma una posición contractual se cae en el arbitraje privado que lo ubica en el orden civilista. Si por el contrario la posición es jurisdiccional, es errónea toda vez que sólo el orden constitucional de un Estado puede resolver los

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

conflictos de terceros mediante la designación del ente correspondiente, judicial o administrativo.

En el arbitraje no hay proceso propiamente dicho, hay un procedimiento establecido en la ley, pero fuera de los tribunales, porque las formas y solemnidades son extrajurisdiccionales. La función que realiza el árbitro tampoco es jurisdiccional. Por naturaleza el arbitraje puede ser contractual o extracontractual; voluntario o legal.

Sin embargo, ubicar forzosamente al arbitraje dentro de cualesquiera de esos ámbitos sería forzar un mecanismo que carece de forzamiento alguno. Sería ubicar a este mecanismo alternativo dentro de uno de los dos extremos de la balanza. En el arbitraje no se hace justicia, no se crea derecho, no se generan mandatos imperativos, **solamente se hace una justicia de paz.**

El arbitraje es un mecanismo alternativo con un procedimiento concertado sin posibilidades cautelares o de ejecución directas, porque para lograr ello requiere del auxilio de un juez. Los árbitros no son auxiliares de justicia ni funcionarios; carecen de jerarquía estatal. Su fundamento es contractual escrito o verbal ya que depende exclusivamente de un acuerdo o de un mandato legal.

### 3.) Características.

Las características que podemos extraer del arbitraje mercantil son las siguientes:

1o.) Es un mecanismo alternativo mercantil eminentemente voluntario, establecido sin contravención de la ley, y sujeto a ésta. La voluntariedad se manifiesta en cuanto a que son las partes en conflicto de intereses quienes deciden si quieren o no resolver sus diferencias mediante el mismo;

2o.) Es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos no controversial, ya que para su funcionamiento posee un conjunto ordenado de órganos, instrumentos o medios prácticos comerciales al servicio de las partes que desean resolver sus diferencias sin llegar a juicio;

3o.) Es participativo ya que funciona con la intervención de un tercero de buena fe, capacidad y conocimiento de las pretensiones (llamado árbitro mercantil);

4o.) Es formal porque las reglas de procedimiento se aplican con un patrón mínimo que debe respetarse y no dejar de lado momentos o etapas que permitan enfrentamientos entre las partes y peor aún apartarse del objetivo a alcanzar.

5o.) El objetivo del arbitraje resolver la controversia de intereses comerciales sin que se pierda la armonía entre las partes y evitando un proceso jurisdiccional;

6o.) Es un mecanismo alternativo comercial que hace innecesario el litigio posterior, pacífica y perdurable la convivencia económica;

7o.) Se puede realizar antes, durante y después de un proceso jurisdiccional;

8o.) La designación del árbitro le pueden hacer las partes o preveerlo la ley.

9o.) El poder del árbitro sobre las partes es nulo, no tiene *imperium* alguno para poder imponer soluciones. las partes están allí porque así lo han decidido al expresar su libre manifestación de voluntad, en ejercicio de su libre albedrío;

10o.) Deja abiertas las posibilidades que los contendientes continúen con la relación comercial erosionada o reanuden la que creó el conflicto.

#### 4.) Requisitos.

Los requisitos mínimos para optar por el arbitraje mercantil son:

1o.) Que exista una controversia de intereses comerciales entre dos o más sujetos de comercio;

2o.) Que los sujetos en controversia tengan interés en utilizar el arbitraje en lugar de acudir a los mecanismos jurisdiccionales;

3o.) En general permitir que se les instruya sobre el contenido y alcances del arbitraje;

4o.) Que permitan la participación de un árbitro mercantil como sujeto tercero conocedor del asunto, idóneo, confiable, y responsable, quien actuará con ecuanimidad y quien emitirá una resolución (laudo) acorde al caso concreto;

5o.) En especial tener la convicción de que el arbitraje comercial es el mecanismo alternativo funcional para el caso concreto;

6o.) Que los sujetos en controversia estén dispuestos expresar los puntos de contradicción en forma clara e indubitable al árbitro, individualmente;

7o.) Que los sujetos en controversia expresen claramente sus pretensiones;

**8o.)** Fijar de mutuo acuerdo al árbitro o respetar el designado por el contrato, la ley o un órgano jurisdiccional;

**9o.)** Que los sujetos estén dispuestos a cumplir con el procedimiento arbitral;

**10o)** Respetar el plazo que el arbitraje requiere para darse por concluido;

**11o.)** Estar dispuestos los sujetos en controversia a respetar el laudo arbitral para evitar la crisis del conflicto;

**12o.)** Que se trate de un asunto de comercio.

## **5.) Clasificación.**

Para explicar este mecanismo alternativo, al igual que todos los anteriores, resulta adecuado hacerlo atendiendo a tres aspectos: a su origen, a las formas como se desarrolla y al ámbito territorial en donde se desenvuelve. De tal manera la clasificación que consideramos más adecuada es la siguiente:

### **5.1.) Por el origen.**

Aquí nos referiremos a la procedencia de este mecanismo alternativo, es decir, a la causa que lo motiva funcionar.

#### **5.1.1.) Voluntario.**

Se da cuando las partes en controversia de intereses económicos, sin existir un documento que los obligue a hacerlo, deciden de mutuo acuerdo acudir a este mecanismo alternativo, antes de acudir a un

mecanismo jurisdiccional, sabidos del contenido y alcances del laudo que resolverá el diferendo.

Para Gozaini: "La decisión de componer diferencias sobre la base de la institución, presupone dos situaciones posibles. De un lado, la actitud preventiva de auspiciar la vía sin que exista conflicto alguno, es decir, que se formaliza el compromiso de someter toda cuestión de intereses contrapuestos a la resolución de árbitros, y esa concertación se formaliza documentalmente (cláusula compromisoria) al tiempo de establecer el contrato base."<sup>257</sup>

Es, por así decirlo, un acuerdo de voluntades expresado libremente para resolver conflictos de intereses comerciales que puedan acontecer en el futuro.

También tiene la posibilidad de que mediante este mecanismo alternativo se solucionen conflictos de intereses que ya existen, por medio de un tercero neutral ante quien se presenta el problema emergente. El acuerdo alcanzado puede denominarse *compromiso en árbitros* o *compromiso arbitral*, el cual generalmente es detallado y preciso en cuanto a los límites y alcances de la función que se ha encargado a ese tercero neutral.

---

<sup>257</sup> Ob. Cit. Pág. 129.

**5.1.2.) Forzoso o necesario.**

Que difiere con el anterior en cuanto a que puede ser **obligatorio legal** si una norma lo establece para resolver conflictos de intereses de determinados asuntos; o bien puede ser **obligatorio convencional** cuando las partes están obligadas a respetar un contrato de arbitraje obligatorio previo a la actividad jurisdiccional, o bien una cláusula compromisoria o un convenio anterior hacen inexcusable su aplicación.

El tránsito por este mecanismo alternativo difiere del acuerdo mutuo de las partes en controversia; contrariamente su recorrido es obligado para los sujetos controvertidos. Los Códigos sustantivos civiles y comerciales y las leyes especiales (Ley del Mercado de Valores y Mercancías)<sup>258</sup> frecuentemente lo imponen.

En Guatemala el artículo 4 inciso d) de la Ley General de Electricidad (Decreto número 93-96 del Congreso de la República) le da facultades de árbitro a la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, y ésta conforme Resolución CNEE 31-98 crea el Reglamento para dirimir conflictos entre los agentes del subsector eléctrico que incluye los aspectos de procedimiento que evidencian un arbitraje realmente de carácter forzoso.

---

<sup>258</sup> Artículo 69 del Decreto 34-96 del Congreso de la República



En normas reglamentarias lo encontramos en Guatemala en los artículos 38 y 39 del Reglamento para la prestación del servicio telefónico internacional (Acuerdo gubernativo número 408-99) que obliga a los operadores de Red Local a celebrar un acuerdo escrito de arbitraje de equidad para dirimir sus controversias.

**5.2.) Por las formas como se desarrolla.**

Los sujetos en controversia de intereses económicos pueden ponerse de acuerdo en cuanto a las normas que establecerán el criterio de valoración que debe prevalecer en este mecanismo alternativo. Así puede ser:

**5.2.1.) Jurídico o de derecho.**

Es de esta forma cuando el tercero que interviene (árbitro) debe realizar su actividad bajo las disposiciones legales vigentes que ha de interpretar y aplicar conforme a los conocimientos técnicos, precisos o especializados que ha adquirido.

En esta forma de arbitraje comercial se aplican normas jurídicas determinadas; el árbitro luego de interpretar ejecuta una disposición legal. No es imprescindible que exista un conflicto de intereses para que sea aplicable este arbitraje, se puede utilizar como remedio

preventivo y expedito que otorga la posibilidad de que una respuesta inmediata resuelva un problema futuro.

### **5.2.2.) De equidad o amigable composición (ex aequo et bono).**

En esta forma, el árbitro realiza soluciones o proposiciones de acercamiento de los intereses controvertidos, y propone fórmulas equitativas cuya obligatoriedad es facultativa para las partes, es decir, que se rige por las normas de honor, dignidad y caballerosidad que el laudo supone.

Esta forma de arbitraje admite dos modalidades, una **formal** cuando las disposiciones que se aplican son ya conocidas (como las del juicio ordinario), y las demás solemnidades se efectúan conforme normas de orden práctico (ofrecimiento, diligenciamiento o valoración de pruebas, etc.); y otra **informal** cuando las partes son quienes establecen de acuerdo a sus necesidades y posibilidades el procedimiento a realizar.

Cuando el árbitro actúa en conciencia, asume el papel de amigable componedor. Sus conocimientos, capacidad, honradez y experiencia le permiten resolver las controversias de tal manera que su íntimo convencimiento y su leal saber y entender le disciernen la capacidad de

captación y resolución adecuadas para evitar un futuro desenlace jurisdiccional con el problema que se le presenta para resolver.

La forma y libertad de obrar del árbitro de equidad o amigable componedor determina su diferencia esencial con el árbitro de derecho porque adapta el conflicto fuera de la rigidez técnica y formalismos legales que hacen de su tarea una adaptación más directa con la justicia de la paz con un rostro más humano.

### **5.3.) Por el ámbito territorial de aplicación.**

El arbitraje como un mecanismo alternativo cuyo objetivo es evitar que una controversia de intereses llegue a ser judicial necesariamente debe tener un espacio territorial en donde deba aplicarse. De ahí también que influye imprescindiblemente el tipo de documento que origina la Constitución de optar por este mecanismo alternativo y el procedimiento que debe aplicarse.

#### **5.3.1.) Interno o doméstico.**

Nos encontramos en esta modalidad cuando el desarrollo de este mecanismo alternativo se motiva sobre normas de derecho interno (Códigos o leyes especiales); también se le llama **doméstico** y se rige por las normas vigentes, contratos celebrados o centros constituidos dentro de un ámbito territorial determinado.

### 5.3.2.) Internacional.

Esta modalidad se presenta cuando se desarrolla el arbitraje bajo el régimen de convenios internacionales y debe distinguirse cuando los terceros designados son *ad hoc* porque integran instituciones con reglamentos propios y competencias específicas, o *nomen juris* que siguen los lineamientos de las personas en controversia o la materia en disputa.

Vale la pena mencionar que para Bernardo M. Cremades: "El arbitraje ad hoc es mucho más personalizado, de forma que las partes eligen directamente, la o las personas a cuya decisión se someten. Lo hacen pensando en sus concretas y determinadas circunstancias y en la confianza que les merece. Ahora bien, la personalización del arbitraje tiene sus inevitables consecuencias desventajosas para las partes: el árbitro elegido puede al pasar el tiempo perder la neutralidad o la autonomía que pudiera disfrutar en el momento de iniciarse las relaciones contractuales, el árbitro en cuanto persona física puede haber contraído vínculos profesionales o incluso familiares con alguna de las partes, puede estar disminuido en sus posibilidades físicas o incluso puede morir."<sup>259</sup>

Agrega el referido autor que: "Todas esas posibilidades dan por consecuencia el hecho de que normalmente el arbitraje, sobre todo si se

---

<sup>259</sup> Cremades, Bernardo M. "La corte española de arbitraje". Pág. 5.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

trata de relaciones contractuales estables y futuras, pueda tener una vida excesivamente aleatoria".<sup>260</sup>

El referido autor hace tales referencias para justificar las ventajas de encomendar el arbitraje a instituciones arbitrales (**arbitraje institucional**) ya que la institución difícilmente desaparecerá a lo largo de la vida contractual. Sin embargo, es demasiado fatalista para justificar el arbitraje institucional de esa manera ya que la experiencia y el prestigio las adquiere un árbitro de manera personal, no institucional porque aunque la institución sea la misma y varíen los árbitros, quienes en primera instancia adquieren la garantía de eficacia en su gestión y acreditada neutralidad son las personas físicas.

Creemos que no importa si este mecanismo alternativo se utiliza indistintamente como **arbitraje ad hoc** ó **arbitraje institucional**, lo que es realmente relevante y de suprema importancia es que las partes en conflicto de intereses económicos se decidan por acudir a este mecanismo alternativo no judicial en lugar de hacerlo por medio de un mecanismo jurisdiccional.

---

<sup>260</sup> Ob. Cit. Pág. 5.

**6.) La cláusula compromisoria.**

Las dos formas que existen para llegar al arbitraje como un mecanismo alternativo para la resolución de controversias de intereses de carácter económico mercantil son bastante claras: la **cláusula compromisoria** y el **compromiso arbitral**.

La **cláusula compromisoria** es aquella estipulación contractual que forma parte de un contrato principal, en donde los sujetos contractuales deciden someter a la decisión de árbitros cualquier diferencia que hubiere en cuanto a interpretación, aplicación o cumplimiento del contrato que motiva la misma. Esta cláusula es, en cierta manera, futurista, no causal, es decir que surge en la mente de los sujetos contractuales antes de que acontezcan los conflictos de intereses y no hasta que se realicen.

La cláusula compromisoria supone para cada región una interpretación adecuada, y deben tener precisión los alcances que pretende ya que de otro modo tanto las partes como quienes interpretan el contrato principal pueden equivocar el espíritu de la misma.

La necesidad de que los compromisos arbitrales queden establecidos por escrito surge de las solemnidades que la relación de derecho principal exige (el negocio jurídico contractual principal que le da origen) y la trascendencia que se pretende alcanzar de los posibles conflictos de intereses que del mismo puedan surgir.

Oswaldo Gozaíni al referirse a las Leyes de las Partidas (Partida III, 4, 23) transcribe lo que las mismas expresaban al respecto: "e de todas estas cosas que las partes pusieren entre sí, quando el pleyto meten en mano de avenidores, deve ende ser fecha carta por mano de escrivano público, o otra que sea sellada de sus sellos, porque non pueda y nacer despues ninguna duda".<sup>261</sup>

Es indudable lo anterior, ya que esa solemnidad escritural lo que pretende es que la voluntad sea libremente expresada, pues el principio que alienta este tipo de cláusulas es el de libertad contractual.

Es obvio que en el derecho comparado la distinción **entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral** se evita por los efectos jurídicos que conllevan. Las Naciones Unidas por ejemplo en la Ley Modelo para el derecho mercantil internacional las unifica bajo la denominación de **acuerdo arbitral**, entendiéndose como aquel por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido entre ellas respecto de una determinada relación jurídica. Esta denominación es ya aceptada por la mayoría de países, y porque no decirlo, por razones metodológicas identifican a ambas instituciones con la referida denominación.

---

<sup>261</sup> Ob. Cit. Pág. 137.

**6.1.) Contenido formal.**

El negocio jurídico en general, y el negocio jurídico mercantil en particular, ante posibles desacuerdos que surjan de la relación jurídica prevé que las partes lo establezcan de tal manera indubitable que cualquier persona que acuda a su consulta tenga la certeza de que lo que las partes acordaron quedó claro y definido.

Aún y cuando los negocios jurídicos mercantiles son los que más frecuentemente utilizan las manifestaciones verbales así como las manifestaciones escritúrales, es bueno muchas veces adoptar la rigidez técnica de lo documental.

Oswaldo Gozaíni al respecto dice: "El Fuero Juzgo, por ejemplo, requería la convención ante testigos; otros lo establecen escrito y debidamente suscrito por los comparecientes; la mayoría impone la escritura pública bajo pena de nulidad; y otros exigen que el acuerdo sea homologado judicialmente."<sup>262</sup>

No debemos especular sobre si la cláusula compromisoria debe estar o no inserta en el texto del contrato, o si basta con cualquier expresión que intuya la intención de realizar el compromiso. Para tal efecto acudimos a lo que manifiesta Alvarado Velloso, citado por Gozaíni quien dice al respecto: "atento la importancia del contenido de esta cláusula, es de pacífica doctrina

---

<sup>262</sup> Ob. Cit. Pág. 138.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

que debe ser analizada con plena autonomía respecto del contrato madre que la contiene; de tal modo, planteada la nulidad de éste, aquélla no resulta alcanzada y permanece inalterable, correspondiendo al propio árbitro resolver sobre su validez de modo independiente de los vicios que pudieren encontrarse en el contrato principal.<sup>263</sup>

Es obvio entonces que las exigencias rituales lo único que persiguen son descalificar este mecanismo alternativo y su implementación. No es indispensable entonces que taxativamente se indique al arbitraje como el mecanismo al que se acudiría, bastará con que en el documento se expresa la intención de que éste sea al que primariamente se acuda para resolver una controversia de intereses mercantiles.

La exigencia técnica es solamente en cuanto a la forma de manifestar la voluntad por parte de los sujetos contractuales, de tal manera que sea pactada el verdadero reflejo de la voluntad negocial. La cláusula compromisoria se puede pactar con independencia del contrato principal y sustancial porque constituye el deseo concreto y valedero de las partes de someter futuras desavenencias al conocimiento de árbitros.

Los aspectos interiores del negocio no inciden en la prevención que persigue la cláusula, pero si determina la validez del acuerdo a la efectividad que tenga el negocio mercantil principal. Es tan determinante que Palacio

---

<sup>263</sup> Ob. Cit. Pág. 139.

citado por Gozaíni señala al respecto "A tal punto se advierte la independencia que, si la estipulación compromisoria la realiza quien necesita autorización judicial (v.g.: tutores y curadores), ella cobra validez una vez saneado el déficit y antes de celebrar el compromiso".<sup>264</sup>

### **6.2.) Efectos.**

La inclusión de esta cláusula compromisoria en los contratos comerciales se fundamenta en la necesidad de que las partes excluyan la solución de sus conflictos de intereses mediante el mecanismo jurisdiccional, posibilitando la alegación de excepcionar por incompetencia en el evento de que cualesquiera de ellas inicie la acción judicial para resolver el diferendo.

Otro efecto importante de esta cláusula compromisoria es que las partes contratantes se obligan a determinar el árbitro por anticipado en caso de surgir controversia.

### **6.3.) Abandono.**

Si las partes contratantes han decidido dilucidar sus diferencias mediante el mecanismo alternativo de arbitraje comercial, obvio resulta que es prematuro plantear el conflicto ante un ente jurisdiccional debido a la cláusula compromisoria que obliga a hacerlo en caso de que no sea funcional.

---

<sup>264</sup> Ob. Cit. Pág. 140.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Sin embargo, como la cláusula compromisoria es de orden privado y no público, cualesquiera de las partes pueden renunciar a ella de manera expresa o tácita. La manera más frecuente es aquella manifestación de voluntad expresada en una demanda judicial incluyendo la renuncia al mecanismo alternativo; o bien cuando se acude a contestar la demanda y no se plantea la incompetencia por existencia de la cláusula compromisoria, hay un abandono tácito de la misma.

Si hubiere rescisión de mutuo acuerdo o judicial del contrato mercantil principal, automáticamente es ineficaz la cláusula compromisoria. De igual manera podría suceder que las partes de mutuo acuerdo hayan convenido en determinar los árbitros que fungirán como tales en el futuro, y cuando el evento de la controversia sucede éstos ya no pueden acudir por diversidad de circunstancias, entonces la obligación se extingue por ser una condición *sine qua non* la individualización de aquellos.

Sin embargo, si en la cláusula compromisoria las partes dejan abierta la posibilidad del nombramiento de los árbitros, al surgir la controversia, se nombran, en caso de imposibilidad de los nombrados al inicio, pueden nombrarse otros. Es aconsejable que cuando se nombren árbitros desde el principio, se designe también a las personas que los sustituirán; y si los árbitros sustitutos tampoco pudieren, queden el libertad las partes en designar a otros nuevos ajenos a los designados originalmente. Esto con el

afán de no evadir que se acuda al mecanismo alternativo del arbitraje comercial.

### **7.) El compromiso arbitral.**

El **compromiso arbitral** es un contrato específico y directo originado de una cláusula compromisoria que han suscrito o suscriben las partes para someterse a este mecanismo alternativo antes de que la controversia de intereses surja, o bien durante la existencia del conflicto.

En este documento se concreta la designación de los árbitros o se les convoca si ya hubieren sido designados y se fija de manera precisa e indubitable el procedimiento a seguir. Este acuerdo define la voluntad del compromiso originario.

Es un verdadero contrato privado, no un acto procesal ni procedimental, que delimita toda la actividad que se desarrollará para poder llegar al laudo arbitral.

#### **7.1.) Formalidades.**

El compromiso arbitral se formaliza mediante el acuerdo de voluntades de las partes en cumplimiento de una cláusula compromisoria o de un mandato legal, y someten su conflicto de intereses a la decisión arbitral, designando árbitros y procedimiento.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Debe formalizarse en escritura pública o documento privado con firmas legalizadas. Si no fuese posible lo anterior, se aconseja que sea ante juez competente. El contenido mínimo que debe contener este compromiso es diverso; sin embargo Gozaíni manifiesta que los requisitos deben ser: "1) fecha, nombre y domicilio de los otorgantes; 2) nombre y domicilio de los árbitros, excepto que la decisión fuese delegada a la autoridad judicial; 3) las cuestiones que se someten al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias; y 4) la estipulación de una multa que deberá pagar a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso."<sup>265</sup>

Hay que diferenciar bien los requisitos mínimos de los requisitos esenciales, principalmente cuando se trata de la elaboración de un instrumento público ya que para ello es la ley la que determina los mismos y no las partes contratantes.

Fundamentalmente es bueno concretar la designación de los árbitros, el procedimiento, el plazo para dictar el laudo y el monto de las multas por incumplimiento. La finalidad de que el arbitraje alcance soluciones inmediatas y susceptibles de cumplimiento es obvia.

---

<sup>265</sup> Ob. Cit. Pág. 145.

### 7.2.) Efectos.

Si el contrato es ley entre las partes, el compromiso arbitral conlleva intrínsecamente la obligatoriedad de su observancia y ejecución porque la fuerza del vínculo contractual nace con dos direcciones: por un lado le permite a los árbitros actuar desde que el conflicto de intereses económicos surge, es decir, que los árbitros designados pueden actuar sin necesidad de requerimiento de las partes en controversia, y para unos autores, aún en contra de su voluntad, salvo claro está, que las partes extingan este compromiso. Y por el otro lado, para algunos autores, hay sustracción de la controversia del conocimiento judicial ordinario.

Sin ahondar sobre el asunto, creemos pertinente asegurar que debe respetarse el acuerdo de voluntades de las partes contratantes en cuanto a someter las diferencias provenientes del contrato al conocimiento de determinadas personas, con un procedimiento previamente acordado, en el plazo y condiciones estipuladas.

Si alguna de las partes obvia este compromiso, la otra podrá excepcionar, no con una incompetencia, sino con una excepción de compromiso de arbitraje en forma dilatoria, si la legislación lo permite, en caso contrario la incompetencia sería la eficaz.

### 7.3.) Nulidad del acuerdo arbitral.

El compromiso arbitral puede ser nulo por causas anteriores a la celebración del contrato, simultáneas o posteriores al mismo. El Código Civil de Guatemala establece claramente los requisitos que para su validez requiere el negocio jurídico, siendo estos: la capacidad del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito<sup>266</sup>.

Son los vicios del consentimiento los que pueden invalidar el compromiso arbitral, es decir conforme a nuestra legislación serían error, dolo, simulación o violencia.<sup>267</sup>

Las causas anteriores que podrían hacer nulo el compromiso es que provenga de una cláusula compromisoria inexistente. Las causas simultáneas serían cualesquiera de los vicios del consentimiento. Y las causas posteriores serían las contingencias que se presenten después de iniciado el arbitraje, es decir, incongruencias con el conflicto y el laudo, defectos en la Constitución del tribunal arbitral, caducidad del convenio, irrespeto a las formalidades del procedimiento, incongruencias en la deliberación, inconsistencia del laudo con el conflicto planteado, etc.

Es obvio que la capacidad de las partes que adquieren un compromiso arbitral debe ser la de ejercicio, es decir que conforme a la ley sean sujetos de

---

<sup>266</sup> Artículo 1251 del Código Civil (Decreto Ley 106).

<sup>267</sup> Artículo 1257 del mismo cuerpo legal.

derechos y obligaciones. Cuando actúa en nombre de otra persona individual debe acreditarse fehacientemente; cuando se actúa en nombre de una persona jurídica debe tenerse la autorización de la autoridad jerárquicamente superior para hacerlo; y cuando se actúa en representación de una persona jurídica mercantil debe tenerse la autorización del órgano superior (consejo de administración, administrador único, y algunas veces de la asamblea general de socios). En todo caso la legitimación de su representación debe ser conforme a la ley del lugar en donde se va a comprometer.

#### **7.4.) Extinción.**

El compromiso arbitral puede extinguirse por tres causas: a) por acuerdo mutuo de las partes, b) por el transcurso del plazo estipulado sin que las partes hayan acudido a invocarlo a pesar de haber surgido un conflicto de intereses; y c) porque las partes hayan obviado acudir a este mecanismo alternativo renunciando unilateralmente a hacerlo.

Cuando hay **acuerdo mutuo de las partes** debe expresarse mediante un documento que reúna las mismas características del documento originario, es decir, que si se convino mediante escritura pública, será otra escritura pública la que lo deje sin efecto. Esa revocación expresa debe ser indubitable y consensual.



Cuando ha transcurrido el plazo estipulado por las partes para invocarlo sin que lo hagan a pesar de existir el conflicto, se refiere a que muchas veces las partes convienen un plazo para invocar el arbitraje, en el entendido de que si este transcurre luego del conflicto sin que se invoque, ya no se puede invocar.

Y cuando las partes hayan obviado acudir a este mecanismo alternativo renunciado unilateralmente, es porque tienen preferencia por los mecanismos jurisdiccionales.

Por último, es importante indicar que en ambos casos (cláusula compromisoria o compromiso arbitral) el pacto convencional es la exclusión de la justicia ordinaria jurisdiccional estatal, formalista y excesivamente burocrática, sin que, por supuesto, signifique de manera alguna la omisión de la misma, ya que regularmente el defecto más pronunciado que posee el procedimiento arbitral es precisamente la dependencia de los árbitros para la recepción de pruebas, medidas precautorias y ejecución del laudo de un juez estatal.

## **8.) Los árbitros.**

Los árbitros son aquellas personas que por designación de las partes en conflicto van a decidir sobre el problema que se les plantea y dentro de los límites y el procedimiento previamente establecidos.

### 8.1.) Constitución del tribunal arbitral.

Determinar qué persona o personas pueden ser árbitros depende de lo que las partes dispongan en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral. También depende de la asesoría que hubieren tenido al respecto de este mecanismo alternativo y del conocimiento directo y alcances que hayan adquirido respecto del mismo.

La libre selección de los árbitros es buena porque determina las posibilidades de solución de la controversia. Ya sea que las partes determinen el árbitro; que cada una designe uno; que ambas partes designen a la institución o persona que indicará quien será; o que cada uno proponga un árbitro y encargue a otra entidad o persona designada el nombramiento de un tercero es adecuado. Inclusive, ese tercero puede ser designado por los árbitros que cada parte ha designado.

Lo más importante es que exista voluntariedad de las partes en acudir a este mecanismo alternativo, en cualesquiera de sus dimensiones. El carácter *intuitu personae* de los árbitros impide de manera alguna que personas jurídicas puedan ejercer tal función. Esto desnaturalizaría el mecanismo alternativo cuya bondad es precisamente la personalización de los problemas ajenos.

Si las partes no pueden designar a los árbitros, es pertinente de que sea un juez competente quien los designe a petición de las partes controvertidas.

### **8.2.) Capacidad mínima indispensable.**

El sexo no es importante, hay buenos árbitros hombres como mujeres; principalmente ahora que la capacidad se mide por el intelecto y no por la raza, religión o sexo.

La mayoría de edad es indispensable para ser árbitro, La confianza también es adecuado poseerla. Estar en el pleno goce de sus capacidades mentales, físicas y volitivas, es decir, en el pleno goce de sus derechos civiles es un requisito que la misma ley regularmente lo exige.

En cuanto a la clase de arbitraje que se vaya a realizar, ya sea de derecho o de equidad, los requerimientos en cuanto a la capacidad mínima de los árbitros es sencilla; para los primeros ser abogado y para los segundos confiables, responsables y capaces, son los requisitos mínimos.

### **8.3.) Designación.**

Aunque reitere en este apartado la designación del árbitro comercial, diremos que ésta puede hacerse directamente en la cláusula compromisoria ó en el compromiso arbitral. En cualquiera que sea estará bien hecho.

Aunque cometamos el pecado de repetir lo ya escrito, ya sea que las partes designen el árbitro; que cada una designe uno; que ambas partes designen a la institución o persona que indicará quien será; o que cada uno

proponga un árbitro y encargue a otra entidad o persona designada el nombramiento de un tercero es adecuado. Inclusive, ese tercero puede ser designado por los árbitros que cada parte ha designado.

La recusación de los árbitros carece de efectividad cuando se coincide en las designaciones, aunque las personas elegidas libre y espontáneamente tengan con las partes en controversia relaciones de amistad o parentesco que ya conocen las otras partes y así las aceptan.

#### **8.4.) Límites.**

Los límites de laudo quedan plasmados en el compromiso arbitral. Si existen errores formales en el laudo y las partes lo ejecutan sin atacarlo y sin necesidad de acudir a los tribunales, quedan subsanados.

También quedan subsanados los errores de procedimiento que hayan acontecido, si en su oportunidad no se han denunciado.

#### **9.) Procedimiento arbitral.**

Para obtener un laudo arbitral, necesariamente debe existir un procedimiento previo, es decir, un conjunto de pasos que cumplidos conduzcan al fallo que resuelve el problema planteado. Debemos aclarar que previamente a ello los presupuestos son la existencia de una cláusula compromisoria, un compromiso

arbitral, o en último caso, la voluntad mutua de las partes en controversia de dilucidar el problema por medio de este mecanismo alternativo.

### **9.1.) Nombramiento de árbitros y fijación de reglas.**

Cómo se escoge o designa a un árbitro ya lo vimos con anterioridad, es decir cuando es sólo a una persona no hay problema. Ahora nos corresponde indicar la manera como se integra cuando es un tribunal arbitral colegiado.

Uno de los árbitros debe presidir y otro actuar como secretario, ésta designación se hace regularmente por una elección entre ellos mismos. El presidente es quien dicta las resoluciones de trámite. Toda la substanciación del procedimiento se hace regularmente ante el secretario. Para algunos autores el cargo de secretario puede recaer en una persona distinta a los árbitros lo cual consideramos que desnaturaliza la especialidad del mecanismo alternativo, y además puede llegar a invalidar las actuaciones que ante él se realicen.

La fijación de las reglas del arbitraje se establecen, como vimos con anterioridad en el compromiso arbitral que las partes en controversia deben firmar previamente. En dicho documento se debe establecer como mínimo: el procedimiento a seguir, el comportamiento de las partes, los honorarios de los árbitros, el límite del conocimiento, el plazo para emisión del laudo, y

cualesquiera de otros aspectos que las partes gestionen o el tribunal arbitral considere oportuno.

Las gestiones deben enmarcarse dentro de una sencillez que les permita a las partes acudir sin formalismos innecesarios al procedimiento arbitral. No debe complicárseles de ninguna manera su participación en todo el procedimiento.

### **9.2.) Planteamiento del conflicto.**

Este mecanismo alternativo pretende minimizar los esfuerzos de las partes para participar. Es muy evidente la oposición al procedimiento lento, oneroso y burocrático del proceso jurisdiccional. Cualesquiera de las partes individualmente o ambas a la vez tienen la posibilidad de acudir a plantear de una manera concreta el conflicto de intereses que debe resolverse.

Si ambas acuden simultáneamente o por separado no influirá en mucho la variación del procedimiento que se vaya a seguir para la substanciación del caso. Sin embargo, como señala Ramos Méndez citado por Gozáni: "desde un punto de vista práctico se puede convenir que la eficacia de un arbitraje se mide básicamente por tres factores: las expectativas de cumplimiento o ejecución del laudo, la duración y el costo del procedimiento."<sup>268</sup>

---

<sup>268</sup> Ob. Cit. Pág. 173.

Lo anterior es obvio toda vez que lo que pretende el procedimiento arbitral es eliminar los obstáculos habituales del proceso jurisdiccional. Esta diferencia de trámites no es novedosa, sino por el contrario quizás viene desde las Partidas en donde se originaron las diferencias de los trámites, ya que si las normas que regían al proceso jurisdiccional eran rígidas y las que regulaban a los arbitradores eran carentes de rigidez técnica.

Lo que este mecanismo alternativo persigue en cuanto al planteamiento del conflicto es que no sea excesivamente formalista, claro que siempre respetando las reglas de procedimiento previamente establecidas. En cierto modo, resulta irrelevante que persona plantee el conflicto de intereses, basta con que acuda al arbitraje y esté en disposición de cumplir con el resultado que éste arroje.

### **9.3.) Competencia.**

Cuando se constituye un tribunal arbitral mercantil, es obvio que el asunto a tratar es de orden comercial o conexo de esta actividad económica (bancaria, financiera, bursátil, etc.)

Sin embargo, algunos autores tratando de delimitar tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral han manifestado que es cuestión previa de derecho decidir sobre la validez o invalidez de estos dos institutos. Creemos que la negativa posterior de cualesquiera de las partes del

acatamiento a lo voluntariamente aceptado no es susceptible de revisión o convalidación judicial por haberse manifestado voluntaria y libremente en el ejercicio de un derecho.

#### **9.4.) Estructura del proceso.**

Algunos autores le dan al procedimiento arbitral la posibilidad de que sea tramitado conforme al tradicional proceso ordinario civil, otros al proceso sumario. Realmente la fijación que las partes hacen de una determinada modalidad procedimental vincula necesariamente a los árbitros a respetarla.

De igual manera, obliga a los árbitros las formas que deben adoptarse principalmente en cuanto a la Constitución del tribunal, y ejecutar el laudo proferido. Si las partes previamente no se han ocupado de la metodología de este mecanismo alternativo es porque tienden a eludir las excesivas formas procesales y no desean importarlas a este procedimiento.

Muchas veces la cláusula compromisoria vincula tan efectivamente a las partes que hace innecesario el faccionamiento de un compromiso arbitral posterior. En otras oportunidades la cláusula arbitral es tan pobre que obliga a un compromiso arbitral porque colisiona con las normas imperativas.



**9.4.1.) Cuestiones preliminares.**

En algunos procedimientos arbitrales los árbitros verifican previamente algunos elementos que pueden llegar a confirmar su competencia en el asunto sometido a su conocimiento. Principalmente establecen previamente que el problema sujeto a su decisión tenga una decisión posible de ser cumplida. También revisan si no existe la posibilidad de que el procedimiento arbitral haya caducado o precluido, ó prescrito la acción.

En el evento de que el plazo para reclamar el procedimiento arbitral haya prescrito, lógico es que se deba acudir al proceso judicial. Si no se ha establecido el plazo para que se ejercite el procedimiento arbitral, o las partes no lo han previsto, entonces será la ley de la materia la que se aplica. Al decir esto último nos referimos a la ley específica de la actividad en donde se haya dado el conflicto de intereses.

**9.4.2.) Medidas cautelares.**

Existe un verdadero problema para el procedimiento arbitral como un mecanismo alternativo para la resolución de los conflictos en materia comercial. Este problema se refiere a las medidas cautelares y su aplicación.

La **ausencia de jurisdicción en el arbitraje** hace que carezca de **coertio**, o sea la facultad de que se apliquen medidas de coerción o de seguridad a favor de una de las partes y en contra de la otra durante la dilación del procedimiento; principalmente cuando se pretende proteger la resolución futura y su ejecución.

Si bien es cierto el arbitraje alienta la rapidez de las soluciones del conflicto de intereses, también lo es que si el laudo no es aceptado por alguna de las partes se dificulta la ejecución. Esto último se dificulta aún más cuando esa ejecución tiene que realizarse en un país distinto a aquel en donde se ha fallado.

El principal problema que presenta el arbitraje estriba en el hecho de que para poder decretarse las medidas cautelares los árbitros deben acudir a un juez competente (homologación) para que sea éste quien decreta las medidas cautelares necesarias. Esto atendiendo a que el órgano jurisdiccional estatal si posee **notio, vocatio, iudicio, coertio y executio**, mientras que el tribunal arbitral no lo tiene.

Así también, **asignarle jurisdicción a la función arbitral** es ajeno a la naturaleza de los mecanismos alternativos, porque su esencia es precisamente la carencia de este elemento. Algunos autores tienen la idea de que las medidas cautelares perfilan un aseguramiento del

resultado del laudo; otros señalan que lo que sucede es que anticipan la ejecución futura.

Realmente consideramos que la verdadera finalidad de las medidas cautelares en el procedimiento arbitral es asegurar el resultado hipotético del laudo arbitral. En el ámbito internacional la dificultad del pronunciamiento de medidas cautelares es mayor aún, aunque en ese ámbito la finalidad si es de aseguramiento de su ejecución.

Si la justicia estatal jurisdiccional formalista y lenta posee el monopolio de la coerción por la soberanía que los individuos confieren al Estado como un ente supremo es porque la convivencia en una sociedad organizada tiene un precio: respetar los lineamientos beneficio general y no particular.

Solicitar las medidas cautelares a un tribunal arbitral, según Gozáni tiene dos vías de solución: "o se le requieren al árbitro la adopción de medidas cautelares que deberá plantear a un juez común para que las dicte, en claro ejercicio del auxilio jurisdiccional; o bien, las partes someten al tribunal ordinario sus pretensiones cautelares para que ellos las decidan, sin que dicha presentación importe resignar el juicio de árbitros".<sup>269</sup>

---

<sup>269</sup> Ob. Cit. Pág. 178.

La solución a este tipo de problemas la presentan algunos autores al declarar que deberían potenciar las medidas cautelares arbitrales sin necesidad de auxilio jurisdiccional. Sin embargo, creemos que la debilidad que presenta el arbitraje como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de carácter económico es precisamente el hecho de que los árbitros tengan que acudir a un órgano jurisdiccional para emitir medidas cautelares.

Tampoco sería una solución viable que las partes tramitaran judicialmente las medidas cautelares y luego acudir al arbitraje. Posiblemente la solución más viable sería que las partes en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral aceptaran que los árbitros solicitaran al órgano jurisdiccional competente, en caso de necesidad o de prevención de daños irreparables, la adopción de medidas cautelares acordes al caso concreto.

Esto último es lo adoptado por países como Alemania, Austria, e Italia, en donde la convencionalidad de las medidas cautelares corresponde al tribunal arbitral, no a las partes en conflicto, porque difícilmente alguna medida cautelar se va a cumplir espontáneamente, es necesaria la coercibilidad jurisdiccional.

La duración de las medidas cautelares no va más allá del procedimiento arbitral, sin previa audiencia (inaudita parte), ya que le

restaría su efectividad. La forma de adopción es de un *laudo interlocutorio con ejecución inmediata*.

La **procedencia de las medidas cautelares** en el procedimiento arbitral dependerá en gran medida de credibilidad en el derecho (*fumus bonis iuris*), y al peligro que puede representar su demora (*periculum in mora*) porque en los procedimientos arbitrales hay restricción.

En cuanto a la **temporalidad de las medidas**, vale decir que pueden ser emitidas en cualquier estado en que se encuentre el procedimiento. Antes de dictado el laudo o con posterioridad a éste. Lo más adecuado es que sean antes de que se dicte el laudo arbitral.

#### **9.4.3.) Excepciones previas.**

En el procedimiento arbitral no es admisible el planteamiento de excepciones de previas o de previo pronunciamiento toda vez que la simplicidad que conlleva este mecanismo alternativo impide que se formulen y más aún que el tribunal emita una resolución al respecto.

Es menester que las partes al decidirse por este mecanismo alternativo ya han agotado previamente todos aquellos elementos que depuran y delimitan el conflicto de intereses sometido a conocimiento del tribunal arbitral.

De tal manera que si el punto principal del conocimiento y pronunciamiento es el conflicto de intereses carente de avenimiento, es natural que las excepciones previas no tengan cabida en este procedimiento.

#### **9.4.4.) Comunicación y contestación.**

En este mecanismo es pertinente darle traslado a los sujetos en controversia por un plazo prudencial para que las partes concurren a explicar sus intereses y propongan las pruebas para sus respectivas aseveraciones de hecho. Es conveniente que este plazo no sea demasiado largo ni mucho menos corto, lo prudente son diez días.

Se estima que durante ese plazo ambas partes en controversia tendrán la posibilidad de asesorarse adecuadamente para exponer de manera clara al tribunal arbitral o árbitro correspondiente sus pretensiones. Si una de las partes en controversia no acude a la audiencia de formalización y no contesta el emplazamiento, se tendrán por ciertas las expresiones de la otra parte, aplicándose el silencio y sus consecuencias a quien debió pronunciarse.

Es de suponer que en esta etapa las partes especificarán el objeto que requieren haciendo uso del emplazamiento que les fuera corrido

reconociendo, negando o explicando aquello que considere conveniente. El silencio de cualesquiera de las partes en controversia opera de manera favorable a favor de la otra.

#### **9.4.5.) Alegación y proposición de prueba.**

Las partes en controversia deberán hacer sus alegaciones en la audiencia que les ha sido conferida y no más allá de la misma. Deben establecer en sus alegaciones la exposición de sus intereses debidamente motivados.

Es bueno que conforme cada una de las partes hace uso de la audiencia que le fuera conferida haga la proposición de todas aquellas pruebas que conduzcan a los árbitros a dilucidar de mejor manera el conflicto de intereses. Consideramos que si alguna de las partes no acude dentro del plazo que le es conferido a proponer sus medios de convicción ya no es pertinente que se le reciba con posterioridad porque entonces se estaría violando el procedimiento previamente aprobado.

#### **9.4.6.) Período probatorio.**

Si los medios de prueba ofrecidos por las partes en controversia son pertinentes y el desarrollo de las diligencias no requiere un traslado

a un juez competente, los árbitros pueden diligenciarlas, o en su caso designar a uno sólo de ellos para que lo haga.

Este período dependerá del tipo de procedimiento que se haya adoptado en el compromiso arbitral, ya sea libre a discreción de los árbitros o las partes, ó determinado por un proceso jurisdiccional específico. Atendiendo a ello, el tribunal arbitral dispondrá de las diligencias respectivas.

Sería incongruente que se adoptara un procedimiento similar al del proceso jurisdiccional o los plazos de cualesquiera de los procesos existentes toda vez que el respeto al compromiso arbitral es lo que debe regir. Creemos que si se está trabajando en un mecanismo alternativo no jurisdiccional, es obvio que debemos alejarnos en la manera de lo posible de los formalismos del mecanismo jurisdiccional.

La finalidad de este período es de total colaboración de las partes para que los árbitros tengan mayores elementos y emitir un laudo acorde a las necesidades de ambas. Durante este período no se deben proliferar los enfrentamientos, sino contrariamente, se pretende alcanzar una adecuada y pacífica demostración de las razones que respaldan los intereses de cada una de las partes tendientes al esclarecimiento de la controversia.



En algunos casos se permite que sean los árbitros quienes tengan la facultad de seleccionar las pruebas que deben diligenciarse, para ello las partes deben ser claras y precisas en los ofrecimientos que hagan de ellas.

Consideramos necesario mencionar que pueden diligenciarse todos aquellos medios de convicción conforme el procedimiento establecido en el compromiso arbitral y a falta de este al procedimiento por lo que para el efecto establezca el proceso civil y mercantil en cuanto a los medios de prueba admisibles y su forma de ser producidos.

Los árbitros deben estar facultados para poder diligenciar todos los medios de prueba tendientes al esclarecimiento del problema. Pensamos que si ninguna de las partes ha hecho el ofrecimiento de algún medio de convicción que a juicio de los árbitros es indispensable para poder emitir un laudo más efectivo y realista, debe diligenciarse.

#### **9.4.7.) Audiencia final.**

Una vez se hayan diligenciado las pruebas ofrecidas por las partes en controversia, o aquellas que a juicio del tribunal arbitral servirán para el mejor esclarecimiento y solución del problema, vale la pena que se les corra audiencia a las partes para que sean ellas mismas las que se

pronuncien haciendo un análisis de la prueba rendida y concreten en definitiva sus pretensiones.

Para ello, puede ponérseles el expediente a la vista por un plazo no muy largo, y que al finalizar éste se pronuncien al respecto por escrito, haciendo mención sobre lo que se ha recabado y sobre todo de la interpretación que cada parte estime conveniente.

#### 10.) El laudo arbitral.

El medio por el cual los árbitros emiten su opinión respecto al problema que les fue planteado es el **laudo arbitral**. Mediante el laudo arbitral dirimen el conflicto de intereses que les fuera sometido a su conocimiento y consideración.

Aquí se fija la posición definitiva de cada uno de los árbitros que han intervenido en el procedimiento arbitral, sin que puedan retractarse de su pronunciamiento, o peor aún sustituirlo. Para muchos autores el laudo arbitral se asemeja a la sentencia jurisdiccional, para otros no. Sin embargo, para Gozaíni "el juicio, propiamente dicho, es idéntico, pues tanto el juez como los árbitros desenvuelven el procedimiento habitual de construcciones lógicas, históricas y críticas que llevan a un convencimiento dado."<sup>270</sup>

---

<sup>270</sup> Ob. Cit. Pág. 189.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

También Serra Domínguez, citado por Gozaini confirma el anterior punto de vista al señalar: "El juicio arbitral no se distingue en absoluto del juicio judicial jurisdiccional. En el mismo se insertan los juicios históricos, lógicos y críticos en la misma forma que en la normal dinámica del juicio judicial. Es preciso recordar que los árbitros de derecho, como letrados en ejercicio tienen formados unos especiales hábitos jurídicos que, al no estar sometidos a una disciplina administrativa, posibilitan una mayor perfección teórica del laudo arbitral. Obsérvese además que la sentencia debe dictarse con arreglo a derecho, no con arreglo a las normas legales, por lo que el árbitro o árbitros deben tener presente la ley como criterio orientador, pero no como norma que les imponga una resolución. Deberán aplicar los preceptos legales en cuanto debieron ser cumplidos por los comprometidos, pero no porque se dirijan a ellos específicamente."<sup>271</sup>

Y agrega: "En último extremo el laudo arbitral constituye por sí mismo la concreción del derecho en el caso concreto, sea este derecho o no contrario al establecido rígidamente en las normas legales."<sup>272</sup>

Es obvio lo anterior, ya que si bien es cierto en el laudo arbitral se deben respetar ciertos cánones de comportamiento durante el procedimiento, al dictarse el laudo éste también debe tener ciertos requisitos de forma que deben cumplirse, pero sin caer en excesivos formalismos que puedan perjudicar a las partes o el

---

<sup>271</sup> Ob. Cit. Pág. 189.

propio pronunciamiento.

El laudo no puede equipararse a la sentencia, por principio por los sujetos que lo emiten. Aunque ambos son interpretaciones imperativas de terceras personas (heterocomposición) sobre las pretensiones que se encuentra contrapuestas por los sujetos en controversia de intereses económicos.

Las partes en controversia, y el objeto de la controversia (intereses económicos contrapuestos) son la causa de que uno o varios terceros (árbitro o árbitros) intervengan a decidir en nombre de ambos. Debe existir esa dualidad de pretensiones sobre un mismo asunto para que pueda existir un laudo arbitral.

Los árbitros deben pronunciarse sobre todas las pretensiones de los sujetos en controversia de intereses y que previamente fueron sometidas a su conocimiento dentro del plazo que previamente se ha convenido en el compromiso arbitral. Para algunos autores pueden haber prórrogas para su pronunciamiento a solicitud de las partes o por decisión de los mismos árbitros. Creemos que salvo fuerza mayor, o caso fortuito, el laudo se debe emitir en el lugar y fecha indicados en el compromiso arbitral, no después.

La emisión del laudo es y debe ser obligatorio y debe contener por sobre todas las cosas como mínimo un pronunciamiento expreso y fundado de cada una

---

<sup>272</sup> *Ibidem.*

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

de las cuestiones sometidas a conocimiento y propuestas previamente, con estimación final de la decisión.

En cuanto a la toma de la decisión final, tanto la doctrina como algunas legislaciones establecen tres formas para emitirlo: **laudo unánime**, **laudo por mayoría** y **laudo del umpire**. Es un **laudo unánime** cuando la opinión es coincidente de todos los árbitros, ya sea en las razones que fundamentan la decisión como en el acuerdo que resuelve. Es un **laudo por mayoría** cuando se hay divergencia en alguno de los árbitros, ya sea por mayoría coincidente en cuanto a los fundamentos del fallo; o por mayoría en la resolución pero con diversidad o diferencias de enfoque. Realmente lo que importa es la resolución única aunque haya discrepancias en cuanto a la fundamentación o el enfoque que se le vaya a dar.

Muchas veces el discrepante vota por separado y su voto se adhiere a la pieza principal del expediente. El voto verbal es y debe ser inadmisibile. El llamado **laudo de umpire** es más conocido en nuestro medio como el **laudo de un tercero en discordia**, y éste trata de romper con el equilibrio que se presenta con el empate que representan los pares. Cuando esto sucede es pertinente que el tercero en discordia antes de votar tenga a la vista los votos de los árbitros disidentes.

**10.1.) Requisitos.**

Si estamos dentro de un mecanismo alternativo poco formalista, obvio resulta que el laudo arbitral tenga que llenar ciertos requisitos formales para que sea aceptado y aceptable. Lo que si es cierto es que debe perderse toda rigidez prevaleciente en el proceso jurisdiccional.

Bastará que tenga cumplidos requisitos mínimos y de vital importancia para su efectiva validez frente a las partes en controversia y peor aún si debe ejecutarse ante un tribunal. Estar escrito es uno de ellos, haberse emitido en el lugar y tiempo establecidos en el compromiso arbitral, y por sobre todo, suscribiere con la firma de los sujetos que han intervenido como árbitros.

**10.2.) Plazo.**

El laudo arbitral debe emitirse dentro del plazo establecido en el compromiso arbitral. En ningún caso debe admitirse su extemporaneidad porque invalidaría el mismo. Es decir, que si el laudo se emite fuera del plazo establecido en el compromiso arbitral es nulo o anulable a petición de cualesquiera de las partes.

Bastaría que cualesquiera de las partes denunciara el vicio para que su validez se perjudique. Si lo consienten se convalida por confirmación pero no es lo correcto. En muchos países se compele al tribunal arbitral a que emita su fallo dentro de un plazo determinado y determinable. La prórroga es admisible, sin embargo nuestra posición al respecto la hicimos saber con anterioridad.

Si transcurre el tiempo de laudo y los árbitros no han emitido fallo alguno, las funciones para las que fueron contratados se extinguen perdiendo automáticamente la autoridad que se tenía. Si esto acontece puede que se elija otro tribunal arbitral de mutuo acuerdo o bien que sea un juez el que lo mande a integrar a petición de las partes en controversia. Es bueno que las partes en controversia establezcan en el compromiso arbitral un segundo tribunal arbitral para que sustituya de inmediato al tribunal principal para evitar acudir a un órgano jurisdiccional.

**El lugar en donde debe emitirse el laudo** es el mismo en donde se ha planteado el conflicto, se han recibido las pruebas y han establecido de común acuerdo los árbitros o previamente las partes lo han designado en el compromiso arbitral. Rige para este efecto la ley del lugar en donde esté reunido el cuerpo arbitral.

**El contenido y límites del laudo arbitral** comprende todas las cuestiones que previamente hubieren sido propuestas por las partes en controversia, incluyendo los honorarios de los árbitros. En el compromiso arbitral se establecen los parámetros dentro de los cuales los árbitros tienen libertad y autonomía para decidir.

La pretensión de una de las partes y la resistencia de la otra con respecto a los intereses controvertidos son los límites del laudo. Debe estar fundamentado, sin excesos, con el debido cuidado de no colisionar con los conflictos de intereses sometidos a solución. Sin violentar la moral, las buenas costumbres de cada lugar y el orden público.

Hay sin embargo, una diferencia entre el **laudo arbitral de derecho** y el **laudo arbitral de equidad**. Los **árbitros de derecho** deben dictar su fallo conforme a derecho, conforme lo probado y alegado por las partes en controversia y lo que a juicio de ellos está dispuesto en la ley. Los **árbitros de equidad** por el contrario no están condicionados estrictamente a la ley, sino que pueden decidir de la manera que estimen oportuno para alcanzar la paz de los sujetos controvertidos. Lo único que se les exige es que obren de buena fe y sin prejuicios o engaños para los sujetos en controversia.

### **10.3.) Audiencia de notificación.**

Luego de emitido el laudo arbitral, el problema se presenta en cuanto a la forma de hacérselo saber a las partes en controversia. Algunos autores estiman pertinente que sea mediante la **notificación personal**, es decir aquella por la cual las partes concurren a una audiencia en donde los árbitros les dan a conocer el laudo.



Otra forma que los autores aceptan es la llamada **notificación impersonal**, y no es sino aquella mediante la cual, sin la presencia de las partes, se les hace llegar el fallo de manera segura, indubitable y precisa, teniendo eficacia y funcionalidad.

Otros autores estiman conveniente que el laudo arbitral se protocolice previamente a su notificación lo cual es formalizar algo que debe carecer de formalismos excesivos. Nuestro criterio es que basta que se fije una audiencia ineludible y personalísima de los sujetos en controversia, y allí, en el lugar, día y hora señalados, se les dé a conocer el contenido del laudo arbitral, entregándoles a cada una de las partes una copia certificada del mismo para su ejecución futura.

#### **11.) Impugnación del laudo arbitral.**

Si bien es cierto el laudo arbitral le pone fin al procedimiento propiamente dicho ya que una vez emitido el mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de carácter económico ha concluido; el árbitro o tribunal arbitral que lo ha hecho no tiene otra facultad más.

Es por eso que para Antonio M. Lorca Navarrete, citado por Gozaíni: "el laudo es el único modo formal o adjetivo de finalizar el arbitraje".<sup>273</sup> Y no deja de tener razón, formalmente hablando, aunque también hay que tomar en cuenta que

---

<sup>273</sup> Ob. Cit. Pág. 200.

el laudo resuelve las pretensiones de las partes en controversia, afirmativa o negativamente.

Algunos autores como Lorca Navarrete el laudo admiten la aclaración cuando posee errores de cálculo, copia, conceptos oscuros, u omisión de algunos puntos sometidos a la decisión que dejaron de conocerse. Desde este punto de vista es viable la aclaración como recurso para evitar que las partes acudan a un órgano jurisdiccional planteando la nulidad por incongruencia o falta de concordancia.

Sin embargo, en principio, el laudo arbitral es irrecurrible extrajudicialmente, es decir que solamente admite los recursos planteados ante un órgano jurisdiccional, y esto para mantener la vigencia de un debido proceso, y al hablar de proceso estamos hablando de orden público.

**El llamado principio de irrecurribilidad del laudo arbitral** evidencia que se desnaturaliza el laudo arbitral si se acude a un órgano jurisdiccional para revisar lo laudado, ya que si las partes de mutuo acuerdo han decidido someter su diferendo a terceras personas escogidas por ellos mismos, acudir a otro tercero no escogido por ellos para subsanar errores les es desfavorable.

Esto conduce muchas veces a que las partes previamente en el compromiso arbitral renuncian a los recursos que pudieran corresponderles por omisión de algún punto de la controversia por parte de los árbitros.

En conclusión a este respecto, algunos países adoptan en el procedimiento arbitral la reserva de revisión o aclaratoria de conformidad con lo pactado en el compromiso arbitral por las partes.

#### 11.1.) Recursos.

Normalmente los recursos de aclaración ó revisión planteados ante el mismo árbitro o tribunal arbitral que ha emitido el laudo permiten al mismo árbitro o tribunal arbitral conocer de aquellos aspectos que el laudo no ha contemplado, y evita acudir ala justicia común.

Por el contrario para algunos autores el recurso de apelación surge como una necesidad de que un órgano jurisdiccional sea quien analice el laudo arbitral para velar por el respeto a la voluntad de las partes. Para otros este recurso es inadmisibile por su jurisdiccionalidad y porque este mecanismo alternativo en donde la voluntad de las partes es someter su diferendo a personas determinadas (árbitros), excluye por completo la posibilidad de que otro órgano distinto revise el fallo.

Muy distinto es el recurso de nulidad cuya singularidad reviste y obedece al hecho de que no revisa cuestiones de fondo que tenga el laudo, sino simplemente controla la legalidad de las formas. También se instituyó como una garantía para las partes en controversia en cuanto a la violación de las garantías del debido procedimiento que cause agravio a alguna de las

partes. Para algunos autores más que un recurso se trata de una acción de nulidad.

### 11.2.) Ejecución del laudo arbitral.

Vimos con anterioridad que la carencia total de la **executio** en este mecanismo alternativo para la resolución de conflictos de carácter económico hace imposible la obligatoriedad de su cumplimiento.

Recordemos que dentro de los elementos propios de la jurisdicción (**notio, vocatio, iudicio, coertio y executio**) el acto de autoridad lo caracteriza la obligatoriedad que otorga la **executio** que se obtiene mediante los mecanismos adecuados y con el auxilio de la justicia común.

La carencia de **imperium** del laudo arbitral no es absoluto desde el punto de vista de la ejecutoriedad del laudo arbitral porque la coacción es un elemento propio del poder judicial estatal. Por lo que para que se cumpla un laudo arbitral hay que acudir ante un juez competente para que sea ante éste ante quien se reclame su cumplimiento por la parte que se niega a hacerlo.

La posibilidad de que los laudos arbitrales fuesen ejecutados dentro y fuera de los territorios en donde se hubieren emitido surgió concretamente

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

hasta que se emitió la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York 1958) se equipararon los laudos arbitrales con las sentencias judiciales. El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889 y el de 1940 el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante) suscrito en la Habana en 1929 el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra 1961, El Protocolo relativo a cláusulas arbitrales en materia comercial de Ginebra 1923, y la Convención Europea que contiene una ley uniforme en materia de arbitraje de Estrasburgo 1966.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional Panamá 1975) y el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Washington 1965), la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas (UNCITRAL) de 1985 y el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias de 1992.

También vale la pena mencionar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones del Banco Mundial (conocido más por sus siglas en inglés ICSID) cuyo origen normativo es el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados suscrito en Washington en el año 1965, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, Francia.

Es importante mencionar que para la ejecución de los laudos arbitrales en el extranjero debe revisarse previamente si se aplica el **principio de reciprocidad** entre las naciones por la previsión que éstas tengan en la ejecución de sentencias extrajeras.

Si se desea elaborar una ley sobre el arbitraje mercantil acorde a los lineamientos generales del comercio internacional es adecuado tomar en cuenta la **Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre el arbitraje comercial internacional**,<sup>274</sup> la cual establece: dentro de los lineamientos generales: el ámbito de aplicación, reglas de interpretación, recepción de comunicaciones escritas, renuncia del derecho a objetar, alcance de la intervención del tribunal, asistencia y supervisión durante el arbitraje.

Dentro del **acuerdo de arbitraje** establece la definición y forma del acuerdo de arbitraje, demanda en cuanto al fondo y la adopción de medidas provisionales. En cuanto a la **composición del tribunal arbitral**, esta propuesta prevé el número de árbitros, nombramiento, motivos de recusación, procedimiento de recusación, falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones y nombramiento de un árbitro sustituto. La **competencia del tribunal arbitral** regula la facultad del tribunal arbitral para decidir, competencia y orden de medidas cautelares.

---

<sup>274</sup> Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

La **substanciación de las actuaciones arbitrales** incluye el trato equitativo de las partes, determinación del procedimiento, lugar del arbitraje, inicio de las actuaciones, idioma, demanda y contestación, audiencias y actuaciones, rebeldía de las partes, nombramiento de peritos y asistencia de tribunales para práctica de pruebas.

En cuanto al **pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones** incluye las normas aplicables al fondo del litigio, adopción de decisiones cuanto hay más de un árbitro, transacción, forma y contenido del laudo, terminación de las actuaciones, corrección e interpretación del laudo y laudo adicional.

Para la **impugnación del laudo** establece la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. El **reconocimiento y ejecución de laudos** establece los motivos para denegarlo.

Esta propuesta también posee su **Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional**<sup>27E</sup>, cuyo contenido es procedimental con sujeción a las modificaciones que las partes en controversia puedan acordar por escrito, excepto cuando una de las normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso

---

<sup>27E</sup> Resolución 31/98, aprobado por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976.

prevalecen las disposiciones de la Ley modelo y su reglamento propuestos por la Organización de las Naciones Unidas.

No entramos a profundizar sobre el contenido específico de las normas indicadas en virtud de que la materia del presente trabajo difiere en su contenido de la realización de un análisis crítico sobre las mismas. Sin embargo, vale la pena agregar que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) al elaborar la **Guía Jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales**<sup>276</sup> en el Capítulo XXIX (Solución de controversias) incluye dentro de los mecanismos alternativos para aplicar: la negociación, la conciliación, actuaciones ante un perito árbitro, el arbitraje, y sobre todo establece el contenido de la cláusula compromisoria y un acuerdo de arbitraje. Además de fijar los lineamientos para un procedimiento judicial.

En Guatemala el arbitraje estaba regulado en el Código Civil<sup>277</sup> y en el último párrafo del Artículo 671 del Código de Comercio. Como proceso jurisdiccional en el Código Procesal Civil y Mercantil.<sup>278</sup>

La Ley de Arbitraje<sup>279</sup> en el Capítulo I (Disposiciones Generales) (del Artículo 1 al 9) reconoce el **arbitraje nacional e internacional** en cuanto al territorio dentro del cual se va a aplicar. Establece también que se aplica en

---

<sup>276</sup> Informe del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional en su 20o. periodo de sesiones.

<sup>277</sup> Artículos: 2170, 2171, 2175 y 2176 del Decreto Ley 106.

<sup>278</sup> Artículos: del 269 al 293 del Decreto Ley 107.

<sup>279</sup> Ley citada.



aquellos casos en que la controversia verse sobre materias en que las partes tengan libre disposición y cuando la ley lo prevea. Regula el procedimiento arbitral incluyendo la renuncia al derecho de impugnación.

Al respecto es conveniente aplicar las **Normas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Ley de Comercio Internacional (UNCITRAL)** por sus siglas en inglés, adoptadas el 28 de abril de 1976.

En el Capítulo II (Acuerdo de Arbitraje) (del Artículo 10 al 12), establece las dos formas ya indicadas de existencia escrita, ya sea como cláusula compromisoria ó como compromiso arbitral; así también la excepción de incompetencia fundada en el mismo acuerdo y la adopción de medidas provisionales (providencias cautelares) solicitadas al tribunal arbitral.

En el Capítulo III (Composición del tribunal arbitral) (del Artículo 13 al 20), regula el número de árbitros, al indicar las calidades de los mismos excluye a los miembros del Organismo Judicial, el nombramiento está sujeto al acuerdo de las partes y en caso de desacuerdo fija los límites para que se realice adecuadamente. Indica los motivos de recusación y su procedimiento; así también la falta o imposibilidad del ejercicio de la función y el nombramiento de un sustituto. Los gastos y honorarios se regulan por anticipado al procedimiento arbitral.

En el Capítulo IV (Competencia del tribunal arbitral) (del Artículo 21 al 22) establece la competencia del tribunal arbitral y las facultades para ordenar providencias cautelares, las cuales el tribunal arbitral requerirá al juez competente. En el Capítulo V (Substanciación de las actuaciones arbitrales) (del Artículo 23 al 35), estimula el trato equitativo a las partes por los árbitros, regula el procedimiento, lugar e iniciación de las actuaciones arbitrales, el idioma, demanda y contestación, audiencias y actuaciones escritas, legitimación y representación de los sujetos en controversia, notificaciones, rebeldía, nombramiento de peritos, asistencia obligatoria de los tribunales jurisdiccionales competentes en cuanto a la práctica de las pruebas indicando el procedimiento para la prestación del auxilio judicial.

En el Capítulo VI (Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones) (del Artículo 36 al 42) se encuentran establecidas las normas aplicables al fondo del litigio, la amigable composición, la forma de adoptar las decisiones cuando hay más de un árbitro, la transacción, la forma y contenido del laudo, terminación de las actuaciones, corrección e interpretación del laudo y laudo adicional.

En el Capítulo VII (Impugnación del laudo) (del Artículo 43 al 44), se establece el recurso de revisión como único recurso contra el laudo arbitral ante una Sala de la Corte de Apelaciones conforme la competencia territorial y el trámite de la revisión. En el Capítulo VIII (Reconocimiento y Ejecución de los Laudos) (de los Artículos 45 al 48) se regulan las normas aplicables al

reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, motivos para su denegatoria y procedimiento.

En el Capítulo IX (Otros métodos alternativos para la resolución de conflictos entre particulares) (del Artículo 49 al 50) regula la conciliación como la intervención de un tercero imparcial cuya función debe estar establecida por acuerdo de las partes por escrito en escritura pública, acta notarial o documento privado con firmas legalizadas.

En el Capítulo X (Disposiciones Finales y Derogatorias) (del Artículo 51 al 56), afirma la capacidad del Estado y Personas de Derecho Público para someterse al arbitraje y la derogatoria de disposiciones arbitrales en otras leyes.

Para reglamentar el procedimiento, tanto los árbitros como los Centros de Arbitraje utilizan un reglamento específico. Vale la pena mencionar el **Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual** que se aplica en el Centro de Arbitraje de la OMPI, una dependencia de la Oficina Internacional de la OMPI. En dicho reglamento se regula básicamente: Las disposiciones generales (del Artículo 1 al 5), el comienzo del arbitraje (del Artículo 6 al 13), la composición y establecimiento del tribunal (del Artículo 14 al 36), el procedimiento arbitral (del Artículo 37 al 58), Laudos y otras decisiones, Tasas y costas (del Artículo 67 al 72), Confidencialidad (del Artículo 73 al 76).

Los honorarios de los árbitros regularmente están regulados por un reglamento específico, y básicamente se calculan en porcentajes sobre los montos de la controversia en donde intervienen.

## 12.) El arbitraje acelerado.

Dentro de los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos económicos aparece el **arbitraje acelerado** como una alternativa más, que difiere del **arbitraje convencional** ya que este lo ofrece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) por medio del Centro Internacional para la solución de controversias en materia de propiedad intelectual<sup>280</sup>. En el Centro de Arbitraje de la OMPI, se encuentra la figura novedosa del denominado **ARBITRAJE ACELERADO**, y el mismo centro lo define como "una forma de arbitraje en la que se introducen ciertas modificaciones a fin de garantizar que se pueda llevar a cabo el arbitraje y se pueda dictar un laudo en un plazo limitado y, por consiguiente, a costo reducido."<sup>281</sup>

Los objetivos que la OMPI se fija para lograr este tipo de arbitraje son de manera específica: la participación de un solo árbitro (no un tribunal con varios árbitros), plazos más cortos para cada etapa del procedimiento arbitral, y audiencias sumarias ante el árbitro único.

---

<sup>280</sup> OMPI. "Los servicios del Centro de Arbitraje de la OMPI". Pág. 17.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Esto representará para las partes en controversia el ahorro de tiempo, esfuerzos y dinero en gastos y honorarios. Este tipo de arbitraje se ajusta particularmente a los casos en los que el valor de la controversia no es lo suficientemente elevado como para justificar el recurso al litigio ante un tribunal o al arbitraje convencional.

Puede resultar conveniente por las pequeñas empresas que no pueden dedicar recursos financieros ni permitir que sus directivos dediquen tiempo al litigio ante un tribunal o al arbitraje convencional. Es el procedimiento adecuado cuando se pretende obtener resultados urgentes.

Este procedimiento de arbitraje acelerado tiene, al igual que todos los mecanismos alternativos que ofrece OMPI su propio reglamento.

### **13.) Perfil de los árbitros.**

La constante capacitación de los árbitros es importante, ya sea porque sea un profesional (árbitro de derecho) o porque no lo sea (árbitro de equidad). En todo caso debe ser una persona que posea una serie de habilidades y conocimientos sobre el problema en donde va a arbitrar.

En el ámbito comercial no es difícil encontrar una persona que posea conocimientos sobre determinada área del comercio. El éxito del arbitraje depende

---

<sup>281</sup> Ob. Cit. Pág. 17.

no sólo de los árbitros que intervengan sino de la capacidad de desentrañar del planteamiento del problema que se les hace y las pruebas que se les presenta un laudo que no perjudique a los sujetos en controversia, sino por el contrario que les ayude a reflexionar y mantener la relación comercial.

No es suficiente ser un profesional o un comerciante hay que capacitarse constantemente. Un buen árbitro comercial debe conocer el comercio en general y específicamente la actividad mercantil en donde va a intervenir para laudar.

Debe poseer conocimientos prácticos, legales, financieros, mercadológicos, publicitarios, bancarios, bursátiles y hasta aspectos personales de la actividad en donde va a decidir.

Hay quienes pretenden ser árbitros en todas las actividades comerciales; o por el contrario han sido árbitros en otra área distinta al comercio y arbitran sin conocimiento directo del mismo lo cual no es adecuado. Un buen árbitro comercial por lo menos debe entender el conflicto de intereses que se ventila, conocer el procedimiento arbitral comercial, tener habilidades para desentrañar el verdadero conflicto de intereses, conocimiento significativo y ética comercial, conciencia de emitir un laudo que tenga posibilidades de cumplimiento por las partes en conflicto sin que se perjudique aún más la relación comercial ya deteriorada.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

El Segundo Seminario Iberoamericano de Arbitraje Comercial Internacional<sup>282</sup> en sus memorias deja establecidos los requisitos mínimos para un nuevo perfil de árbitros internacionales que podemos resumirlos en:

a) Poseer una competencia legal para arbitrar, excepto en algunos arbitrajes calificados que se refieren más a un expertaje técnico que a una disputa legal. Haber adquirido cierta especialización legal en el campo de la disputa.

b) Las habilidades lingüísticas. Es decir que además del idioma propio hable como mínimo inglés y francés que son los idiomas oficiales en la Cámara Internacional de comercio.

c) La disponibilidad del tiempo y de viajar es importante para la eficacia y habilidad del procedimiento arbitral. Muchas veces árbitros competentes y conocedores no están preparados para viajar.

d) Tener una mente abierta hacia otros sistemas legales extranjeros.

e) Tener una mente culta.<sup>283</sup>

Si logra lo anterior, puede afirmarse que es un árbitro comercial de éxito.

El arbitraje internacional y nacional posee aún grandes deficiencias que lo hacen ineficaz. Entre esas deficiencias podemos mencionar:

- 1) Existencia de formalismos innecesarios en el procedimiento,
- 2) carencia de coercibilidad del tribunal arbitral para dictar medidas precautorias.

---

<sup>282</sup> Celebrado en Guatemala en noviembre de 1987 y realizado por el Instituto Centroamericano de Derecho Arbitral (ICADA).

<sup>283</sup> Memorias del Segundo Seminario Iberoamericano de Arbitraje Comercial. Págs. 10 y 11.

3) dependencia del tribunal arbitral de un órgano judicial para la recepción y diligenciamiento de pruebas,

4) la inexistencia de un plazo para que el tribunal arbitral emita su laudo,

5) falta de coercibilidad para hacer que se cumpla el laudo por cualesquiera de las partes.

**14.) Cláusula compromisoria recomendada de arbitraje.**

Toda controversia, diferencia o reclamación que surja del presente contrato mercantil y de cualquier enmienda, adición, supresión, rescisión parcial, incluyendo en particular, su formación, validez, obligatoriedad, interpretación, ejecución, incumplimiento o resolución, así como las reclamaciones extracontractuales, serán sometidas a arbitraje. El arbitraje tendrá lugar en \_\_\_\_\_. El procedimiento será establecido por \_\_\_\_\_. Los honorarios del árbitro (ó árbitros) serán cancelados por \_\_\_\_\_.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

## CAPITULO VII

### MECANISMOS ALTERNATIVOS EN EL DERECHO COMPARADO.

Los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil tienen del objetivo primordial de evitar que las partes en controversia acudan a un mecanismo judicial en donde la onerosidad, burocracia, exceso de formalismos y confrontaciones personales han hecho crisis del modelo.

Esa desconfianza se ha incrementado y se ha hecho más evidente en la modalidad de los mecanismos judiciales porque el tradicional sistema latino escrito impide que el juzgador vea directamente a las partes y participantes del proceso, lo aleja de las vivencias y percepción humana y dificulta su trabajo.

Elo ha contribuido a que en los Estados Unidos, en donde los mecanismos alternativos han tenido un renacimiento muy marcado y efectivo, surjan otras formas alternativas distintas a las ya desarrolladas, pero en donde eventualmente encontramos la participación de un juez con autoridad y firmeza pero con una visión distinta del tradicional proceso jurisdiccional.

En este capítulo desarrollaremos muy abreviadamente algunos de esos mecanismos alternativos para la resolución de conflictos de carácter económico.

### 1.) La temprana evaluación neutral.

Este mecanismo alternativo es aplicable cuando las partes en controversia tienen la perspectiva de que el conflicto de intereses va a causar crisis, previniendo un enfrentamiento directo, contratan a un **evaluador neutral**, conjuntamente o por separado, para que éste les haga un estudio del problema que los enfrenta, teniendo a la mano todos los medios de convicción necesarios para poder emitir una evaluación imparcial del resultado que puede esperarse si llegare a efectuarse la controversia en definitiva.

Este mecanismo alternativo es viable cuando las partes tienen todavía la posibilidad de comunicarse directa o indirectamente, y les ayuda a obtener un resultado previo o previsible, que a la vez les anuncia el resultado que se puede llegar a obtener, y mejor aún, les permite crear opciones para resolver directamente el conflicto con alternativas de beneficio común.

### 2.) La mini trial.

Pareciera que la traducción literal fuese un **pequeño juicio**, realmente se refiere a un encuentro voluntario y directo que realizan los abogados de los sujetos con intereses en controversia o contrapuestos.

Como afirma Gozaíni: "consiste en un procedimiento informal mediante el cual las partes interesadas (o sus representantes de más elevada jerarquía en el caso de sociedades anónimas) toman conocimiento íntimo y detallado de la disputa mediante su concurrencia a reuniones organizadas por los respectivos abogados de las partes".<sup>284</sup>

Realmente constituye una reunión con pequeñas formalismos que se inicia con la presentación del caso ante los interesados o sujetos en controversia. El abogado de cada una de las partes en controversia hace uso de un tiempo prudencial durante el cual menciona el respaldo legal de sus verdades en cuanto a los intereses de su cliente, analiza los medios de convicción que posee en mérito y le avisaron un resultado favorable y venturoso.

Posteriormente el abogado de la otra parte en controversia realiza la misma actividad, con igualdad de tiempo y posibilidades de exposición. Ambos abogados no discuten posiciones, sino exhiben pruebas y contrapruebas del derecho que le asiste a su cliente.

Este mecanismo alternativo es eficiente en la medida en que los abogados de las partes en controversia tengan capacidad y destreza para alcanzar puntos de coincidencia que la razón jurídica pueda encontrar acuerdos en donde la realidad aflore las posibilidades y riesgos de cada sujeto en controversia.

---

<sup>284</sup> Ob. Cit. Pág. 318.

La informalidad de las reuniones es característico de este mecanismo alternativo, sin plazos ni condicionantes. El éxito depende de la visión que se obtenga de la ganancia o la pérdida de las pretensiones de cada parte en controversia que en un momento determinado puede vislumbrar el abogado de cada una de ellas, o bien que ambos encuentran una forma de satisfacer los intereses mutuos.

Los honorarios de los abogados son cancelados por cada una de las partes que los ha contratado.

### **3.) El oyente neutral (neutral listener).**

Este mecanismo alternativo es semejante al llamado arbitraje voluntario, en donde un tercero neutral y previamente elegido por las partes en controversia, con la confianza de cada una de ellas recibe una propuesta que sugiere a la contraparte.

La tarea del tercero (oyente neutral) consiste en evaluar las posibilidades de cada oferta de avenencia sobre las cuales intenta convenir en un acuerdo final que se debe suscribir después de la reunión final. Todo el procedimiento es confidencial y reservado para las partes o sus representantes.

Al respecto de este mecanismo alternativo Cueto Rúa, citado por Gozaíni señala: "las propuestas se formulan en un contexto de sencillez e informalidad. En

el modelo de *neutral listener* elaborado por el Center for Public Resources, se sugieren criterios de actuación como los siguientes: a) si la cifra propuesta por el reclamante es menor que la cifra propuesta por la reclamada, se acepta como debida la cifra menor más la mitad de la diferencia; b) si las cifras se encuentran separadas por una cierta diferencia determinada de antemano (v.g. 10%), las partes instruyen al oyente neutral para que medie entre las partes y procure un arreglo amistoso de la diferencia; c) si las propuestas de las partes exceden el porcentual de diferencia aceptado, las partes pueden acordar la presentación de una nueva propuesta al oyente neutral<sup>285</sup>.

El objetivo de este mecanismo es persuadir a las partes de llegar a un entendido viable para ambas. Las sugerencias y recomendaciones que el oyente proporciona están revestidas del secreto profesional que le impide proporcionarla a personas ajenas a la controversia. Los honorarios del oyente son pagados por las partes en controversia en forma alícuota.

#### 4.) El dictamen de expertos.

Este mecanismo es muy similar al denominado *peritaje o dictamen pericial*, su diferencia se basa en que el acuerdo previo y anterior se complementa por diferencias mínimas existente entre las partes controvertidas sobre el dictamen que ha emitido un experto determinado. En los Estados Unidos se denomina a este *neutral expert factfinding*.

---

<sup>285</sup> Ob. Cit. Pág. 320.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

En cuanto al pronunciamiento del experto tercero, Gozáini señala "Este pronunciamiento puede ser indicativo u obligatorio dependiendo de cómo se hubiere establecido contractualmente en el compromiso. En ambos casos puede ser utilizado el dictamen judicialmente.

Es frecuente este mecanismo alternativo en las diferencias en los casos de propiedad intelectual (derecho de autor y propiedad industrial) en donde la aceptación del dictamen de expertos es aceptada sin mayores cuestionamientos cuando la especificidad del caso lo amerita.

**5.) El adjudicator.**

En algunos conflictos de intereses económicos la perspectiva publicitaria representa para las partes en controversia un peligro que afecte su imagen pública con proyecciones incontrolables. Las diferencias evidenciadas pueden provocar entre las partes la promulgación de revelaciones inconvenientes que los sujetos controvertidos quieran ocultar para no afectar su intimidad.

Es aquí cuando las partes ante la posibilidad de que su diferendo trascienda (v.g. divulgación de descubrimientos por terceros puede afectar la utilización competitiva del producto para las partes) toman la decisión de acudir a este mecanismo alternativo.

Al referirse al adjudicator Gozáini señala: "Este recibe bajo compromiso de consideración confidencial y reservada la petición y la prueba instrumental de cada una de las partes. En consecuencia, cada una de las partes ignora lo elegido por la otra y la información técnica suministrada. En base a dichas presentaciones, el adjudicator resuelve la disputa. Esta resolución no obliga a las partes. Su valor se encuentra en que ella suministra una nueva base para la negociación de un arreglo o transacción. El adjudicator suele participar de esas negociaciones como una suerte de mediador".<sup>286</sup>

Realmente lo que se realiza en este mecanismo es una actividad eminentemente mediadora secreta, principalmente cuando las partes en controversia se dan cuenta de la crisis que presenta el diferendo, y sobre todo, que esa crisis les puede dañar en forma personal de manera tan grande que la publicidad les perjudique personalmente y comercialmente en cuanto al hecho de que de saberse por la sociedad les perjudicaría económicamente (v.g. un conflicto de intereses entre los mayores accionistas de una financiera, les perjudica personalmente para poder seguir desarrollando su actividad fuera de la entidad, y a la entidad en cuanto a la credibilidad de los inversionistas para continuar con sus capitales en dicho lugar).

---

<sup>286</sup> Ob. Cit. Págs. 321 y 322.



#### **6.) El arbitraje delegado.**

Este mecanismo alternativo es frecuente en los Estados Unidos de América y consiste en que los jueces tienen en los juicios de menor cuantía la facultad de someter las causas a examen y decisión de un tribunal arbitral.

Para algunos autores esta delegación de la actividad jurisdiccional desnaturaliza el mecanismo judicial, sin embargo el beneficio que representa es el descongestionamiento de la actividad judicial con problemas de intereses contrapuestos de muy poca cuantía.

El respaldo del tribunal arbitral delegado lo constituye el hecho de que las partes lo pueden elegir, o bien, aquella parte que acudió inicialmente a requerir la protección judicial escoge el procedimiento arbitral y la otra debe acogerse al mismo por mandato judicial.

#### **7.) El juicio sumario por jurado (summary jury trial).**

Este mecanismo alternativo es usualmente aplicado en forma simultánea con la mediación. En los Estados Unidos de América un juez federal Thomas Lambros lo aplicó, y según Cueto Rúa, citado por Gozaíni: "Consiste en la formación de una suerte de jurado (*mock jury*), integrado por personas incluidas en las listas generales de jurados potenciales. Este jurado ficticio (*mock trial*) está facultado para dictar un veredicto, pero éste no es obligatorio. Se lo utiliza para dar a las partes litigantes una idea razonablemente precisa del probable criterio que

aplicaría un jurado de verdad si el caso hubiera sido sometido a su consideración. También permite ganar un conocimiento preciso de la posición de las partes.<sup>287</sup>

Este mecanismo es adecuado cuando hay divergencias entre las aspiraciones de una de las partes en controversia y su abogado sobre los alcances que puede tener el conflicto de intereses y las expectativas de obtener un fallo favorable.

Así también puede servir para que tanto las partes en controversia como sus abogados puedan tener una visión más clara del análisis de los hechos, pruebas y aplicación del derecho antes de realizarse en forma real.

Por sobre todas las cosas, este mecanismo le permite a las partes en controversia y a sus abogados experimentar previamente un resultado favorable o adverso, que en un momento determinado les permitirá crear mutuamente mayores opciones para que ellos resuelvan directamente el conflicto sin necesidad de acudir a un verdadero juicio.

#### **8.) Los buenos oficios.**

Las controversias pueden existir no solamente dentro del contexto de una relación contractual previamente existente, como lo puede ser la relación entre un fabricante y el distribuidor o entre el inversionista y el corredor, sino también entre

---

<sup>287</sup> Ob. Cit. Págs. 322 y 323.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

partes que no están vinculadas por ninguna relación contractual escrita o verbal previa.

En tales casos, debido a la ausencia de esa relación contractual formalista o no, las comunicaciones entre las partes suelen limitarse a intercambios formales de información en donde cada una fija sus derechos y responsabilidades en relación con la controversia. Como resultado de ello, prevalece entre las partes una situación en la que, con toda probabilidad, cada una insistirá para que se reconozcan los derechos y las responsabilidades que le asisten en lugar de deliberar sobre los diversos mecanismos posibles para resolver el diferendo.

El objetivo de los buenos oficios es consultivo y consiste en ofrecer una oportunidad para que las partes en una controversia consideren las ventajas que supone el sometimiento de la controversia a este procedimiento abreviado.

Este mecanismo alternativo ofrece, con este propósito, la intervención de una persona o una institución para desempeñar el papel de intermediario neutral en la tarea de acercar a las partes controvertidas. Si las partes en conflicto están de acuerdo el tercero individual o el Centro presidirá una reunión de las partes convocada para deliberar sobre el posible sometimiento de la controversia a un procedimiento administrado por el tercero o el Centro, y prestar asistencia en las circunstancias adecuadas y en la redacción de un compromiso.

Este mecanismo es informal completamente, no es necesario para acudir a solicitudes o peticiones especiales. Basta con que la parte en controversia que desee acudir a este mecanismo acuda con el tercero o al Centro a solicitarle que procure convocar a una reunión entre las partes controvertidas o sus representantes, y una breve descripción del diferendo, para que el tercero o el Centro identifique a las partes y el conflicto.

Este mecanismo es confidencial, ya que las informaciones que proporcionen las partes permanecerá en secreto y no se comunica a ninguna parte ajena al diferendo. Las reuniones no se registran en ninguna parte, y no perjudican a ninguna de las partes con el objeto de la controversia.

Regularmente basta con que las partes antes de la reunión firmen un documento de compromiso en donde ninguna de ellas utilizará todo lo que se conozca en la reunión para ningún tipo de actuación judicial o extrajudicial.

Este mecanismo, al igual que otros, es voluntario y no vinculante. De tal manera que cualesquiera de las partes pueden retirar su solicitud de convocatoria para la reunión en cualquier momento que lo desee. De igual forma, no se puede mediante este mecanismo alternativo obligar a la otra parte, o mejor dicho, a ninguna de ellas a cooperar de modo alguno, pudiendo ignorar la solicitud de tomar parte en la reunión.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Regularmente este mecanismo alternativo lo ofrecen los Centros de arbitraje, conciliación y mediación de manera gratuita como una forma de acercar a los sujetos en controversia hacia la conveniencia de los mecanismos alternativos.

Tener un lugar para conversar, para discutir la determinación del mejor mecanismo alternativo para decidir la controversia como un abanico de ideas disponibles para las partes en controversia, definir el procedimiento más adecuado a las circunstancias y sobre todo, el total y absoluto control de las partes hacen de los buenos oficios un mecanismo viable, cómodo y funcional.

La OMPI lo utiliza muy acertadamente, y el Centro no obtiene ningún beneficio económico por su intervención. Quizás la remuneración que se recibe al utilizarse es que las partes en controversia decidan por resolver su diferendo mediante un mecanismo alternativo y no mediante un mecanismo jurisdiccional, esa es la retribución más grande que se puede obtener.

**9.) Alto-bajo (high-low).**

Conforme Elena Y. Highton y Gladys S. Alvarez: "se trata de una metodología que se puede utilizar para acordar una cifra máxima y otra mínima que puede obtener el acreedor, luego de que un tercero neutral árbitro determine si tiene derecho a la prestación".<sup>288</sup>

---

<sup>288</sup> Highton, Elena I. Alvarez, Gladys S. "Mediación para resolver conflictos". Pág. 125.

Este método, más que un mecanismo alternativo se utiliza para iniciar a las partes en controversia de intereses económicos para que aceptan el arbitraje u otro mecanismo alternativo que será vinculante.

#### **10.) Programas de quejas y reclamos.**

Las referidas autoras Highton y Alvarez también se refieren a este mecanismo alternativo que básicamente consiste en: "las secciones de reclamos o quejas en oficinas gubernamentales (especialmente fiscalías), u operadas por los medios de prensa y comunicación, como ser diarios, radio y televisión. Se basan en la conciliación y la mediación, generalmente efectuada por correo o por teléfono".<sup>289</sup>

Las diversas formas innovadoras que implementan las empresas para manejar reclamos y quejas de consumidores y de empleados mejora su imagen pública, sus ventas y sus relaciones con sus trabajadores. Constituyen verdaderos sistemas para evitar que las personas insatisfechas acudan a los tribunales, así como para darles satisfacción y que no sólo resuelvan su conflicto de intereses sino a la vez vuelvan en otra oportunidad y la relación de comercio continúe.

---

<sup>289</sup> Ob. Cit. Pág. 130 y 131.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

**CONCLUSIONES:**

- 1.) Hay desconfianza en los mecanismos jurisdiccionales tradicionales para resolver los conflictos de carácter económico.
- 2.) Esa desconfianza en los mecanismos jurisdiccionales es debido al exceso en los formalismos, el alto costo que significa para el Estado y para las partes el mantenimiento de procesos, a la burocracia que detiene los procedimientos, al roce personal y desgaste emocional que sufren los sujetos en controversia.
- 3.) En materia mercantil los conflictos suceden de improviso y deben resolverse lo más pronto posible debido a que mientras más tiempo transcurra mayor es la pérdida que tienen las partes.
- 4.) En materia mercantil hay pérdida por la ganancia no percibida y por la inversión no realizada, por la clientela perdida, o por no tener la disponibilidad de efectivo, bienes o servicios para ofrecer al consumidor.
- 5.) En el comercio no sólo la pérdida cuantificable en dinero es la importante, también existe la **pérdida de la relación comercial**.
- 6.) Los mecanismos alternativos para resolver los conflictos en materia mercantil como la conciliación, la mediación, la negociación, el arbitraje y otros; son los medios más eficaces para disminuir la problemática que generan los mecanismos jurisdiccionales.
- 7.) Los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en materia mercantil contempla todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

- 3.) En comparación con los procesos judiciales o jurisdiccionales, los mecanismos alternativos para la resolución de los conflictos en materia mercantil presentan muchas ventajas teóricas y prácticas en común.
- 9.) Todos y cada uno de los mecanismos alternativos poseen ventajas propias que los particularizan de los demás, y diferencias específicas que los hacen propios para resolver determinados conflictos.
- 10.) Los procedimientos que cada mecanismo alternativo ofrece es abreviado y varían en cuanto a la finalidad y a la forma de hacerlo funcionar, y pueden dar como resultado un considerable ahorro de tiempo, esfuerzos, dinero, fricciones personales y sobre todo permiten que las partes en controversia continúen desarrollando la actividad económica a la que se dedican.
- 11.) Cualesquiera de los mecanismos alternativos pueden comenzar en cualquier momento y las partes no necesitan esperar que les sea asignado juzgador o turno para iniciarlo.
- 12.) Los procedimientos que ofrecen los mecanismos alternativos para la resolución de controversias en materia mercantil son autónomos a las partes, aunque muchas veces son ellas mismas las que los fijan o establecen, inclusive la ley que se va a aplicar. El idioma en que se realiza es convencional a las necesidades de las partes y el desarrollo de las actuaciones también lo es.
- 13.) Los procedimientos son flexibles y se puede concebir o adaptar el procedimiento según las circunstancias particulares de los sujetos en controversia y del asunto sometido a la solución.
- 14.) Los procedimientos de cada mecanismo alternativo en materia mercantil se fundamentan en la legislación vigente en cada Estado en donde se aplican,

tomando en cuenta las prácticas resultantes de la experiencia y el comercio nacional e internacional.

- 15.) Los mecanismos alternativos son neutrales desde el punto de vista de la legislación, el idioma y la cultura institucional de las partes en controversia. Se desarrolla el procedimiento preferentemente en un lugar neutral de las partes.
- 16.) Con la tecnificación, los procedimientos hacen posible contar con experiencia, madurez y capacitación adecuada del personal específico que en cada mecanismo alternativo participa.
- 17.) La confidencialidad del asunto en su conjunto y en lo individual es esencial con respecto a las partes que intervienen como sujetos controvertidos, de tal manera que se han establecido medidas especiales en cada uno de ellos para que el carácter confidencial de los secretos comerciales implicados en cada controversia estén seguros para los sujetos y el tercero que interviene.
- 18.) Cualquiera de los mecanismos alternativos para la resolución de controversias en materia mercantil ofrece procedimientos diferentes, aunque pueden conjugarse adecuadamente conforme las necesidades de cada caso que se presenta. Muchas veces el objeto de una controversia abarca legislaciones de varios países, y ahí es donde los mecanismos alternativos pueden presentar las mayores ventajas particulares en cuanto a economía y eficacia respecto a la eliminación de varios procesos judiciales en diversos países.
- 19.) Pueden acudir a la utilización de éstos mecanismos alternativos tanto comerciantes individuales como sociales.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

- 20.) Evitar una controversia constituye un aporte importante en la construcción de una justicia de paz.

**RECOMENDACIONES:**

- 1.) Proporcionar mayor preparación técnica a comerciantes, estudiantes, docentes y profesionales sobre los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos en general, y en especial en materia mercantil.
- 2.) Incluir en los pensum de estudios universitarios la capacitación sobre los mecanismos alternativos.
- 3.) Dar lineamientos técnicos a comerciantes, estudiantes, docentes y profesionales sobre el contenido y alcances de las cláusulas compromisorias de cada mecanismo alternativo para que las implementen.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

BIBLIOGRAFIA.

DICCIONARIOS:

- Cabanellas, Guillermo. "Diccionario de Derecho Usual." Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- Cabanellas, Guillermo. "Repertorio jurídico." Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1979.
- Codera Martín, José María. "Diccionario de derecho mercantil." Editorial Pirámide, S.A., Madrid, España, 1963.
- Couture, Eduardo. "Vocabulario jurídico." Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983.
- Garrone, José Alberto. "Diccionario Jurídico." Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- Ossorio, Manuel "Diccionario de ciencias Jurídicas, políticas, y sociales." Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1974.
- Pallares, Eduardo. "Diccionario de derecho procesal civil." Editorial Porrúa, S.A., 1983.
- "Diccionario de la real academia española." XIX Edición. Editorial Espasa Calpe, S.A. Talleres Tipográficos, Madrid, España, 1974.
- "Diccionario de derecho usual." Primera Edición, Editorial Atalaya, Buenos Aires, Argentina, 1946.
- "Diccionario y enciclopedia práctica de derecho." Editorial Labor, Barcelona, España, 1952.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

- "Enciclopedia jurídica Omeba." Editorial Driskill, S. A., Buenos Aires, Argentina 1982.

**LIBROS:**

- Aguirre Godoy, Mario. "Derecho procesal civil." Tomos I y II, Unión Tipográfica, Guatemala, 1962.
- Aisenson Kogan, Aída. "Resolución de conflictos un enfoque Psicosociológico." Editorial Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1994.
- Alchourron, Carlos E. Bulygin, Eugenio. "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales." Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- Alsina, Hugo. "Tratado teórico práctico de derecho procesal civil comercial", VII Tomos, Editorial Ejea, Buenos Aires, Argentina, 1961.
- Alvarez, Gladys S. Highton, Elena I. Jassan, Elías. "Mediación y justicia." Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Alvarez, Gladys S. Highton, Elena I. "Mediación para resolver Conflictos." Editorial Ad-Hoc, S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1998.
- Arellano García, Carlos. "Derecho procesal civil.", Editorial Porrúa, S. A., México D. F., 1981.
- Arias Ramos, José. "Manual de derecho romano." Editorial Guillermo Kraft Ltda. Buenos Aires, Argentina, 1949.
- Arias Ramos, José. "Derecho romano". Editorial Revista de Derecho Privado, II Tomos, Madrid, España, 1951.
- Barrios de Angelis, Dante. "Teoría del proceso.", Editorial Depalma, S. A., Buenos Aires, Argentina, 1979.

- Bailey, F. Lee. McMahon. Regan, Ed. "Warfighting. Táctics for Managing confrontation." Editorial Doubleday Publishing Group. Estados Unidos de América, 1994.
- Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones civiles." Editorial Harla, México, D.F. 1984.
- Beltramino, Juan Carlos M. "Como negociar internacionalmente entre Gobiernos, entre empresas, en organismos y-conferencias". Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Bianchi, Roberto A. "Mediación prejudicial y conciliación". Editorial Zabalia, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Borda, Guillermo. "Tratado de derecho civil argentino". Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1976.
- Briseño Sierra, Humberto. "El arbitraje en el desarrollo privado: situación internacional". Editorial Zabalia, Buenos Aires Argentina, 1995.
- Brum, Baltazar. "La doctrina del arbitraje amplio". Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Casares, Tomas P. "La justicia y el derecho". Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1973.
- Clariá Olmedo, Jorge A. "Derecho Procesal". II Tomos, Editorial Depalma, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1982.
- Couture, Eduardo J. "Estudios de derecho procesal civil". III Tomos, Editorial Depalma, S. A., Buenos Aires, Argentina, 1984.
- Couture, Eduardo J. "Fundamentos de derecho procesal civil." Editorial Depalma, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1984.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

- Cremades, Bernardo María. "Panorámica española del arbitraje comercial internacional." Depalma, Argentina, 1990.
- Dávalos Mejía, L. Carlos. "Títulos y contratos de crédito-quebras." Editorial Harla, México, D.F. 1984.
- De la Vega Vélez, Antonio. "Bases del derecho de obligaciones." Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1978.
- De Solá Canizares, Felipe. "Tratado de derecho comercial comparado." Editorial Montaner y Simón, S. A. Barcelona, España, 1966. Tomo I.
- Devis Echandía, Hernando. "Teoría general del proceso.", II Tomos, Editorial, Universidad Buenos Aires, Argentina, 1984.
- Bravo, Arturo. "Contratos mercantiles." Colección Textos jurídicos Universitarios, México, D. F. 1983.
- D. J. de V. y C. "Tratado elemental de los procedimientos sobre negocios y causas de comercio." Editorial Imprenta de Boix y Compañía, Madrid, España, 1850.
- Dromi, José Roberto. "Derecho subjetivo responsabilidad pública." Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1980.
- Dworkin, Ronald. "Los derechos en serio." Editorial Ariel, S. A., Barcelona, España. 1995.
- Fernández de la Gándara, Luis. Y Calvo Caravaca, Alfonso Luis. "Derecho mercantil internacional. Estudios sobre derecho comunitario y del comercio internacional." Editorial Tecnos, S. A. Madrid, España, 1993.
- Folberg, Jay. Taylor, Alison. Mendoza. Blanca. "Mediación y resolución de conflictos sin litigio." Editorial Civitas, Madrid, España, 1995.

- Garrigues, Joaquín. "Curso de Derecho mercantil." II Tomos Imprenta Aguirre, Madrid, España, 1974.
- Gottheil, Julio. Schiffrin, Adriana. "Mediación: una transformación en la cultura." Editorial Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Gozaini, Osvaldo A. "Formas alternativas para la resolución de conflictos". Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Gozaini, Osvaldo A. "Mediación y reforma procesal". Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Kelsen, Hans. "Que es la justicia". Editorial Leviatan, Buenos Aires, Argentina, 1991.
- Kestler Farnés, Maximiliano. "Introducción a la teoría constitucional guatemalteca". Centro Editorial José de Pineda Ibarra, Guatemala, 1964.
- Larenz, Karl. "Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica". Editorial Civitas, S. A., Madrid, España, 1993.
- Leonardi de Herbon, Hebe. Y Feldstein de Cárdenas, Sara. "Arbitraje interno e internacional". Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 1994.
- Mancun Milian, Ana Elizabeth. "Ejercicio de la jurisdicción del Estado a través de la conciliación". Tesis, Universidad Francisco Marroquín, 1998.
- Martínez Val, José María. "Derecho mercantil". Editorial Bosch, Barcelona, España, 1979.
- Melini Minera, Marco Tulio. "Las fuentes del derecho mercantil en Guatemala". Tesis de Post Grado, Universidad Rafael Landívar, 1989.
- Milla, Fernando A. "El conflicto extrajudicial. Mediación. arbitraje. negociación." Editores Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 1997.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

- Monroy Cabra, Marco Gerardo. "Principios de derecho procesal civil", Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1979.
- Mosset Iturraspe, Jorge. "Negocios simulados, fraudulentos y Fiduciarios." II Tomos, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 1975.
- National Center Associates, Inc. Editorial IFEEUSA, Washington, E.E.U.U., 1989.
- Nierenberg, Gerard. "El negociador completo". Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 1995.
- Oderigo, Mario A. "Lecciones de derecho procesal." II Tomos, Editorial Depalma S.A., Buenos Aires, Argentina, 1982.
- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta Eduardo. "Teoría General de los actos o negocios jurídicos". Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1983.
- Ovalle Favela, José. "Derecho procesal civil". Editorial Textos Jurídicos Universitarios, México, D. F. 1984.
- Pallares, Eduardo. "Derecho Procesal civil". Editorial Porrúa, S.A., 1983.
- Peirano Facio, Jorge. "Responsabilidad extracontractual". Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1981.
- Pérez Luis, Antonio Enrique. "La seguridad Jurídica." Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1994.
- Petit, Eugene. "Tratado elemental de derecho romano". Editora Nacional, México, D. F. 1963.
- Quiroga Lavié, Humberto. "Curso de derecho constitucional". Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Raiffa, Howard. Cárdenas, Guillermo. "El arte y la ciencia de la negociación." Ediciones Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1995.

- Rawls, John. "Libertad, igualdad y derecho." Editorial Ariel, S. A., Barcelona, España, 1988.
- Rocco, Alireda. "Principios de derecho mercantil." Editora Nacional, México, D. F. 1963.
- Rocco, Ugo. "Tratado de derecho procesal civil." VII Tomos, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1983.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. "Tratado de sociedades Mercantiles.", II Tomos, Editorial Porrúa, S. A., México, D. F. 1977
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. "Derecho mercantil.", II Tomos, Editorial Porrúa, S.A., México, D. F. 1977.
- Schmitt, Cari. "Teoría de la Constitución." Editorial Nacional, S. A., México. D. F. 1952.
- Singer, Linda R. "Mediación. Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y Legal." Ediciones Paidós, Buenos Aires, Argentina, 1996.
- Sparvieri, Elena. "Principios y técnicas de mediación. Un método de resolución de conflictos." Editorial Biblos, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Ury, William L. Brett, Jeanne M. Goldberg, Stephen B. "Como resolver las disputas. Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto." Editores Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 1995.
- Ury, William L. Fisher, Roger y Patton, Bruce. "¡Sí... ¡de acuerdo! Como negociar sin ceder." Grupo Editorial Norma, Bogotá, Colombia, 1991.
- Valcárcel, Amelia. "El concepto de igualdad." Editorial Pablo Iglesias. Madrid, España 1994.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

- Véscovi, Enrique. "Teoría general del proceso". Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1984.
- Von Hayeck, Friedrich August. "Derecho, Legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política". Editorial Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, 1980.
- Yuan, Gao "Las 36 estrategias chinas". Editorial Edaf, S.A. Madrid España.
- Fisher, Roger. Eitel, Eitel Danny. "Sí... de acuerdo!" en la práctica. Guía paso a paso para cerrar con éxito cualquier negociación". Grupo Editorial Norma, S.A. Bogotá, Colombia. 1998.
- Ury, William L. "Supere el no! Cómo Negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas". Grupo Editorial Norma, Bogotá Colombia, 1998.
- Von Senger, harro. "the book of stratagems Tactics for Triunf and Survival." Editorial Penguin Books, Estados Unidos de América, 1991.
- Instituto Centroamericano de Derecho Arbitral (ICADA). "Memorias del Segundo Seminario Iberoamericano del Arbitraje Comercial Internacional". Editorial Tipografía Nacional, Guatemala, 1987.
- Boix, D. Ignacio. "Tratado elemental de los procedimientos sobre negocios y causas de comercio". Editorial Imprenta De Boix, Madrid España, 1850.
- Carpizo, Jorge. "Estudios Constitucionales". Editorial Porrúa, México, D.F. 1996

**OTRAS FUENTES:**

**REVISTAS.**

- Revista del Colegio de Abogados de Guatemala Nos. 4, 5, 6, 7. Julio-Diciembre 1976, Enero-Julio 1977. Julio-Diciembre 1977, Enero-Julio 1978. "Derecho Constitucional". Editorial Serviprensa Centroamericana, Guatemala, 1978.

**LEGISLACION NACIONAL.**

- Constitución política de la República de Guatemala (aprobada por la asamblea nacional constituyente el 30 de mayo de 1985).
- Código civil (Decreto Ley 106)
- Código procesal civil y mercantil (Decreto Ley 107).
- Código de comercio de la República de Guatemala (Decreto 2-70 del Congreso de la República).
- Ley del organismo judicial (Decreto 2-89 del Congreso de la República)
- Ley de arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República).
- Código de derecho internacional privado (Código de Bustamante), La Habana, Cuba, 1928.
- Ley del mercado de valores y mercancías (Decreto 34-96 del Congreso de la República).
- Ley General de Electricidad (Decreto número 93-96 del Congreso de la República).

**LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL**

---

- Reglamento de la Ley General de Electricidad (Acuerdo gubernativo número 256-97).
- Reglamento para la prestación del servicio telefónico internacional (Acuerdo gubernativo número 408-99).
- Reglamento para dirimir conflictos entre los agentes del subsector eléctrico (Resolución CNEE 31-98).
- Estatutos y Reglamento del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Guatemala.

**CONVENIOS.**

- Tratado de Derecho procesal internacional Montevideo, Uruguay, 1940.
- Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional, Panamá, 1975.
- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, Washington, Estados Unidos de América 1965.
- Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras del 10 de junio de 1956.
- Tratado de derecho procesal internacional Montevideo, Uruguay, 1986.
- "Manual sobre el arreglo pacífico de controversias entre Estados." Naciones Unidas, Nueva York, 1982. Oficina de Asuntos Jurídicos, División de Codificación.
- Normas de arbitraje de United Nations Commission on International Trade Law. La Comisión de las Naciones Unidas sobre Ley de Comercio Internacional (UNCITRAL). 1976.

## MARCO TULIO MELINI MINERA

---

- Reglamento de conciliación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). (Resolución 35-52 aprobada por la Asamblea General el 4 de diciembre de 1980.)
- Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el arbitraje comercial internacional. (Aprobada por la comisión el 21 de junio de 1985)
- Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Resolución 31-98 aprobada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976
- Notas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la organización del proceso arbitral. Editorial NN.UU. Viena, Austria, 1997.
- Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el arbitraje transferencias internacionales de Crédito.
- Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente.
- Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías.
- Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías.



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

- Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de mercancías, 1978. (Reglas de Hamburgo)
- Ley modelo de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) Comercio electrónico con al Guía para su incorporación al derecho interno, 1996.
- Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre al insolvencia Transfronteriza con la guía para su incorporación eventual al derecho interno.
- Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre la Contratación pública de Bienes, Obras y Servicios con la Guía para su incorporación eventual al derecho interno.
- Guía Jurídica Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) para la redacción de Contratos Internacionales de Construcción de las Instalaciones Industriales.
- Los Servicios de Centro de Arbitraje de la Organización Mundial de propiedad Intelectual. Editorial Publicación OMPI. Ginebra, Suiza, 1994
- Guide to Wipo Mediation. Wipo Arbitration and Mediation Center. Editorial Publicación OMPI. Ginebra, Suiza. 1996.
- Reglamento de Mediación de la OMPI (en vigencia desde el 1 de octubre de 1994).
- Reglamento de Arbitraje de la OMPI. (En vigencia desde el 1 de octubre de 1994).
- Reglamento de arbitraje acelerado de la OMPI. (En vigencia desde el 1 de octubre de 1994).

## MARCO TULIO MELINI MINERA

---

- Cláusulas Contractuales y acuerdos de Sometimiento recomendados de la OMPI. Ginebra, 1998.
- Acuerdo entre la Organización Mundial de la propiedad Intelectual (OMPI) y la organización Mundial del Comercio (OMC). Concretado en Ginebra, Suiza el 22 de diciembre de 1995 y entró en vigor el 1 de enero de 1996
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). Anexo IC del Acuerdo de Marrakech por el que se estableció la OMC. Concertado el 15 de abril de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1995.
- Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial. (1967).
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1971)
- Disposiciones de la Convención Internacional sobre al protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los productores de fonogramas y las organismo de Radiodifusión. (Convención de Roma) 1961.
- Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto a los Circuitos Integrados (1989).
- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. (GATT de 1994).
- Entendimiento de la OMC relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. (1994).

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

**INDICE ANALÍTICO**

**A**

Abandono (cláusula  
compromisoria, arbitraje  
mercantil).....465

Abrir de par en par las puertas de la  
ciudad vacía. ....340

Adjudicator .....518

Adornar los árboles con flores  
falsas.....333

Alegación y proposición de  
prueba.(estructura del proceso  
arbitral) .....486

Alegaciones (procedimientos de  
conciliación).....69

Aliarse con un estado lejano para  
atacar al estado vecino .....321

Alternativas .....367

Alto-bajo (high-low) mecanismos  
alternativos en el derecho.....524

Ámbito-territorial de aplicación  
(clasificación del arbitraje  
mercantil).....458

Análisis del caso .....245

Antecedentes (mecanismos no  
jurisdiccionales) .....39

Antecedentes (mecanismos para la  
resolución de conflictos...) .....28

Aparentar tomar un camino  
mientras se entra a hurtadillas  
por otro .....299

Apertura de la sesión,  
presentación, declaración  
preliminar del mediador

procedimiento de mediación  
mercantil

Arbitraje..... 438

Arbitraje acelerado ..... 507

Arbitraje delegado ..... 520

Arbitrar..... 438

Atraer al tigre fuera de las  
montañas. .... 310

Audiencia de notificación (laudo  
arbitral)..... 495

Audiencia final (estructura del  
proceso arbitral)..... 488

Audiencia final (procedimientos de  
conciliación) ..... 94

Audiencia preliminar ..... 87, 249

Audiencia preliminar véase anterior

Autocomposición ..... 70

**C**

Capacidad mínima indispensable  
(los árbitros)..... 474

Capturar al cabecilla para prender a  
los bandidos..... 315

Características (arbitraje mercantil)  
..... 451

Características (la conciliación  
mercantil)..... 67

Características (los mecanismos  
alternativos para la resolución de  
conflictos...)..... 52

Características (mecanismos para  
la resolución de conflictos...) .. 37

Características (mediación  
mercantil)..... 121

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Características de la negociación mercantil).....	236	Concentrarse en los intereses, no en las posiciones.....	273
Características(mecanismos no jurisdiccionales).....	44	Conciliación.....	65
Celebridades ...mediación mercantil		Conciliador mercantil .....	66
Cerrar la puerta para atrapar al ladrón .....	320	Confidencialidadvéase protección de los asuntos privados d la revelación pública	
Ciclo de vida de un conflicto .....	20	Confirmación del caso y delimitación de los motivos del conflictoprocedimiento de mediación mercantil	
Clasificación (el arbitraje mercantil) .....	453	Conflicto .....	22
Clasificación (la conciliación mercantil) .....	69	Conflicto latente.....	20
Clasificación (mecanismos alternativos para la resolución de conflictos..) .....	55	Conflictos .....	17
Clasificación. (mediación mercantil) .....	131	Conocimiento del conflicto (perfil del negociador).....	425
Cláusula compromisoria (arbitraje mercantil) .....	461	Conocimientos significativosel perfil del mediador	
Cláusula compromisoria recomendada de arbitraje.....	511	Conocimientos significativos. (perfil del negociador).....	428
Cláusula compromisoria recomendada de negociación	436	Conseguir un camino seguro para conquistar el reino de guo.....	324
Competencia (procedimiento arbitral).....	478	Consideraciones generales. (la negociación mercantil) .....	221
Compromiso arbitral.....	467	Constitución del tribunal arbitral .....	473
Comunicación .....	270	Contenido formal (clausula compromisoria, arbitraje mercantil) .....	463
Comunicación y contestación .....	91	Contrato .....	56
Comunicación y contestación (estructura del proceso arbitral) .....	485	Controversias .....	18
Comunicación y proposición.....	251	Cooperación mutua (la negociación mercantil) .....	243
Comunidad .....	mediación mercantil		
Con intervención de terceros .....	57		

Creación de opciones y alternativas.Procedimiento de mediación mercantil	
Crear algo a partir de nada.....	298
Crisis ..... mediación mercantil	
Criterios de evaluación procedimiento de mediación mercantil	
Cruzar el mar confundiendo al cielo.....	290
Cuestiones preliminares (estructura del proceso arbitral) .....	480
<b>D</b>	
Definición (la conciliación mercantil).....	63
Definición (la negociación mercantil).....	229
Definición (mecanismos no jurisdiccionales) .....	43
Definición (mecanismos para la resolución de conflictos...) .....	36
Definición (mediación mercantil) .....	103
Definición. 8 el arbitraje mercantil) .....	437
Definiciones. (la conciliación mercantil).....	13
Dejar que el espía enemigo siembre la discordia en su propio campo .....	341
Deshacerse del enemigo permitiéndole escapar.....	311
Designación (los árbitros).....	474
Desprenderse del caparazón de la cigarra.....	319
Diagnóstico del conflicto.....	278
Dictamen de expertos .....	517
Diferencias(mecanismos para la resolución de conflictos...) .....	45
Dinámica véase estática en esta misma sección	
Discusión de temas del conflicto, expectativas y posiciones procedimiento de mediación mercantil	
Discusión y abordaje.....	246
Disponibilidad de hacer concesiones (la negociación mercantil).....	243
Duración del conflicto procedimiento de mediación mercantil	
<b>E</b>	
Ecuanimidad (summa quisque aequitas .....	210
Ecuanimidad (summa quisque aequitas(perfil del negociador) .....	430
Ecuanimidad comercial distributiva .....	125
Efectos (compromiso arbitral) ..	469
Efectos de la negociación .....	253
Efectos del acto conciliatorio.....	97
Efectos jurídicos(los mecanismos alternativos para la resolución conflictos...).....	61

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Efectos(clausula compromisoria, arbitraje mercantil) .....	465	Estrategias para situaciones de confusión .....	316
Eficiencia .....	258	Estrategias para situaciones desesperadas .....	336
Ejecución del laudo arbitral .....	499	Estructura del proceso (procedimiento arbitral) .....	479
El arbitraje mercantil .....	437	Estructurada... mediación mercantil	
El equilibrio del poder .....	20	Etapa 1: introducción-creación de estructura y confianza.	
El método de penetración para la negociación .....	348	Procedimiento de mediación mercantil	
El método harvard para la negociación .....	256	Ética de la mediación y normas de práctica.....	206
El perfil del conciliador .....	100	Ética de la negociación y normas de práctica (perfil del negociador).....	428
Emoción.....	267	Excepciones previas (estructura del proceso arbitral).....	484
Encadenar juntos a los buques enemigos.....	345	Executivóvase ejecución del laudo arbitral	
Encubrimiento del haio .....	190	Extinción (compromiso arbitral)	471
Entendimiento del conflicto .....	200	F	
Entre las partes (efectos jurídicos, los mecanismos alternos...) .....	61	Fabricar un ladrillo para obtener jade. ....	312
Equidad o amigable composición (clasificación del arbitraje mercantil) .....	457	Facultativa o convencional (clasificación de la conciliación mercantil) .....	81
Equipo.....mediación mercantil		Familiar .....	mediación mercantil
Esclarecimiento y redacción de un planprocedimiento de mediación mercantil		Fingir ir hacia el este mientras se ataca por el oeste. ....	297
Escrito(clasificación de los mecanismos alternativos) .....	59	Firma del contrato de prestación del servicio de mediación.	
Estática véase dinámica en esta misma sección		Procedimiento de mediación mercantil	
Estrategias de ataque.....	307		
Estrategias de confrontación ....	297		
Estrategias para ganar terreno ..	325		
Estrategias para ser utilizadas cuando se domina la superioridad.....	290		

Formal o pianificada. (clasificación de la conciliación mercantil) .....76  
 Formalidades (compromiso arbitral) .....467  
 Formalización del acuerdo o negocio final.....255  
 Forzoso o necesario (clasificación del arbitraje mercantil) .....455  
 Frente a terceros (efectos jurídicos, los mecanismos alternos.....61  
 Fuerza..... mediación mercantil

**G**

Golpear la hierba para asustar a la serpiente.....307

**H**

Habilidad para inventar opciones de mutuo beneficio antes de actuar.....277  
 Habilidades de la mediación .....201  
 Habilidades del negociador (perfil del negociador).....425  
 Hacer que el anfitrión y el invitado intercambien sus sitios.....335  
 Hacerse daño a sí mismo para ganarse la confianza del enemigo .....344  
 Hacerse el tonto sin dejar de ser listo. ....330  
 Honorarios de los árbitrosvéase ejecución del laudo arbitral

**I**

Identificación de criterios objetivos .....281

Imperiumvéase ejecución del laudo arbitral  
 Impugnación del laudo arbitral : 496  
 Informal (clasificación de la conciliación mercantil) ..... 78  
 Inmediación;..... 138  
 Insistir en que el resultado se base en un criterio objetivo..... 281  
 Intensidad de los sentimientos acerca del conflicto procedimiento de mediación mercantil

Intereses del negociador ..... 264  
 Intereses..... 364

Internacional (clasificación del arbitraje mercantil, ámbito territorial de aplicación) ..... 459

Interno o doméstico (clasificación del arbitraje mercantil, ámbito territorial de aplicación) ..... 458

Introducción..... 7

Introducción..... 1

**J**

Judicial .....mediación mercantil

Juicio sumario por jurado (summary jury trail)..... 520

Jurídico o de derecho (clasificación del arbitraje mercantil)..... 456

Justiciael perfil del mediador comercial (ética de la mediación y normas de práctica)

Justicia (perfil del negociador) : 429

Justicia participativa ..... 126, 240



LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

<b>L</b>	
La búsqueda de equilibrio .....	20
La conciliación mercantil .....	63
La cooperación y sus 5 obstáculos .....	355
La discusión sobre los intereses .....	276
La identificación de los intereses. ....	274
La iniciación del conflicto .....	20
La negociación con criterios objetivos .....	282
La negociación mercantil .....	221
La preparación del negociador. ....	352
La ruptura del equilibrio .....	20
La técnica negocial .....	241
La teoría de la actividad negocial .....	240
Laboral .....	mediación mercantii
Las 36 estrategias chinas para negociar. ....	283
Laudo arbitral .....	489
Legal .....	mediación mercantil
Levantar un cadáver de entre los muertos. ....	309
Ley 4, título 17, libro 11 de la novísima recopilación .....	441
Ley del talión .....	7
Límites (los árbitros) .....	475
Litigios comerciales .....	36
Locación y acomodo. Procedimiento de mediación mercantil	
Los árbitros .....	472
Los buenos oficios. ....	521
	Los mecanismos jurisdiccionales .....
	..... 36
	Los pasos del método de penetración .....
	..... 370
	<b>M</b>
	Mandato legal .....
	..... 55
	Manejo de conflictos .....
	..... 21
	Matar con un cuchillo prestado. ....
	293
	Mecanismos (conciliación mercantii) .....
	..... 13
	Mecanismos alternativos .....
	..... 14
	Mecanismos alternativos en el derecho comparado .....
	..... 513
	Mecanismos jurisdiccionales .....
	..... 24
	Mecanismos jurisdiccionales .....
	..... 24
	Mecanismos para la resolución .....
	..... 7
	Mediación .....
	..... 104
	Mediación mercantii .....
	..... 103, 115
	Mediar .....
	..... 103
	Medidas cautelares (estructura del proceso arbitral) .....
	..... 480
	Método .....
	..... 255
	Método de negociación .....
	..... 227
	Métodos de conciliación .....
	..... 99
	Métodos de negociación .....
	..... 255
	Métodos y técnicas para perfeccionar la actividad del mediador .....
	..... 180
	Mini trial (mecanismos comparativos..) .....
	..... 514
	<b>N</b>
	Naturaleza jurídica (el arbitraje mercantil) .....
	..... 443

Naturaleza jurídica (la negociación mercantil).....	234	Nombramiento de negociadores y fijación de reglas.....	247
Naturaleza jurídica (los mecanismos alternativos).....	47	Normas .....	366
Naturaleza jurídica (mediación mercantil).....	116	Normas de práctica y limitaciones éticas.....	212
Naturaleza jurídica del acuerdo y formalización.....	99	Normas de práctica y limitaciones éticas (perfil del negociador). 431	
Naturaleza jurídica (la conciliación mercantil).....	67	Nulidad del acuerdo arbitral .....	470
Negocia duramente .....	226	O	
Negocia suave .....	226	Objetivos (la negociación mercantil).....	239
Negociabilidad del asunto (objeto de la negociación).< La negociación mercantil> .....	242	Objetivos. (mediación mercantil) .....	125
Negociación .....	223	Obligatoria (clasificación de la conciliación mercantil) .....	79
Negociación dura .....	245	Observar los fuegos que arden al otro lado del río.....	301
Negociación mercantil .....	233	Ocultar la daga tras una sonrisa	302
Negociación suave.....	244	Opciones .....	365
Negociación y toma de decisiones. Procedimiento de mediación mercantil .....	424	Orden judicial.....	55
No atacar		Oyente neutral (neutral listener. 516	
Usar el poder para educar.....	403	p	
No discutir		Patrimonial .....	mediación mercantil
Ponerse del lado de su oponente .....	379	Perfil de los árbitros.....	508
No presionar		Perfil del mediador comercial....	197
Tender un puente de oro.....	390	Perfil del negociador.....	424
No rechazar: replantear .....	381	Periodo probatorio .....	92
Nombramiento de árbitros y fijación de reglas .....	476	Periodo probatorio (estructura del proceso arbitral).....	486
Nombramiento de conciliadores y fijación de reglas. ....	84	Pescar en aguas turbias .....	318
		Planteamiento de hechos y aislamiento de problemas. Procedimiento de mediación mercantil	

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Planteamiento del conflicto .....	88	Procesal o judicial (clasificación de la conciliación mercantil).....	73
Planteamiento del conflicto (procedimiento arbitral).....	477	Proceso.....	136
Planteamiento del conflicto. ....	250	Programas de quejas y reclamos .....	525
Plazo (laudo arbitral) .....	493	Propuesta negociadora .....	252
Por el origen (clasificación del arbitraje mercantil).....	453	Propuestas.....	369
Por la forma que adoptan (clasificación de los mecanismos alternativos).....	59	Protección de los asuntos privados de la revelación pública. ....	214
Por las formas como se desarrolla (clasificación del arbitraje mercantil) .....	456	Protección de los asuntos privados encomendados y revelación pública.....	432
Por las personas que intervienen	57	Puesta en práctica, análisis y revisión procedimiento de mediación mercantil	
Por su origen (mecanismos alternativos para la resolución de conflictos...).....	55		
Preprocesal o extrajudicial (clasificación de la conciliación mercantil) .....	69	<b>R</b>	
Principio de reciprocidad véase ejecución del laudo arbitral		Razón .....	51
Privilegio de testimonio en tribunal .....	217, 435	Recurso de apelación véase recursos de impugnación del laudo arbitral	
Procedimiento arbitral.....	475	Recurso de nulidad véase recursos de impugnación del laudo arbitral	
Procedimiento de conciliación....	83	Recursos (impugnación del laudo arbitral) .....	498
Procedimiento de mediación .....	mediación mercantil	Recursos de aclaración ó revisión véase recursos de impugnación del laudo arbitral	
Procedimiento de negociación..	244	Redactor .....	mediación mercantil
Procedimiento para concesión de la palabra a los sujetos en controversia.....	149	Reemplazar las vigas y los pilares con madera podrida. ....	326
Procedimiento y suposiciones de la mediación.....	201	Remedios para crear opciones..	278
		Requisitos (la conciliación mercantil) .....	68
		Requisitos (laudo arbitral).....	493

Requisitos (mediación mercantil) ..... 123

Requisitos(el arbitraje mercantil) ..... 452

Requisitos(los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos...),..... 54

Requisitos. (la negociación mercantil)..... 238

Resolucion de conflictos ..... 21

Resoluciones ..... 16

Resoluciones (conciliación mercantil)..... 16

Resolver ..... 16

Restricciones sobre los abogados ..... 213

Resultados de la actuación conciliadora..... 96

Retirar la escalera después de haber subido ..... 331

Retirarse..... 346

Revisión de los criterios de mediación procedimiento de mediación mercantil

Revisión legal y procesamiento procedimiento de mediación mercantil

Revisión y firma del convenio de empleo y fijación de honorarios del mediador ..... 154

Rigidez de las posiciones procedimiento de mediación mercantil

Robar la leña de debajo de la caldera ..... 316

**S**

Sacrificar el ciruelo por el melocotonero ..... 304

Saquear una casa en llamas..... 296

Señalar la morera y maldecir el algarrobo. .... 328

Separar las personas del problema ..... 262

Sigilo y responsabilidad ..... 214

Sigilo y responsabilidad (perfil del negociador) ..... 432

Similitudes. (mecanismos para la resolución de conflictos...) ..... 45

Simple acuerdo de voluntades.... 57

Sin intervención de terceros..... 58

Sistema de los jueces comerciantes ..... 33

Sistema de los jueces juristas especializados en el derecho comercial ..... 34

Sistema mixto de jueces comerciantes y jueces juristas 34

Sistema que no establece distinción entre asuntos civiles y comerciales ..... 34

Sitiar el reino de wei para salvar el reino de zhao..... 292

Supervisión ..... mediación mercantil

**T**

Temprana evaluación neutral (mecanismos alternativos...)... 514

Teoría contractualista (arbitraje mercantil)..... 443

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS  
EN MATERIA MERCANTIL

---

Teoría ecléctica. (arbitraje  
mercantil)..... 449  
Teoría jurisdiccional. (arbitraje  
mercantil)..... 447  
Terapéutica.....mediación mercantil

**U**

Ubicación del conflicto  
procedimiento de mediación  
mercantil

Utilizar a una mujer para tender una  
trampa a un hombre ..... 337

**V**

Verbales (clasificación de los  
mecanismos alternativos)..... 60

Voluntario (clasificación del  
arbitraje mercantil) ..... 453