

ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS (*RECTIUS*: *APROPIADOS*) DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Francisco González de Cossío

I.	INTRODUCCIÓN	2
	A. IDEA	2
	B. PREMISA	3
	C. MÉTODO.....	4
	1. <i>Análisis Económico del Derecho</i>	4
	2. <i>Teoría de los juegos</i>	5
	3. <i>Suposiciones</i>	6
II.	EL CONTINUUM DE LOS MASC	6
	A. IDEA	6
	B. VALOR/UTILIDAD DE CADA HERRAMIENTA	7
	1. <i>Mediación</i>	7
	2. <i>Conciliación</i>	8
	(a) Común denominador entre mediación y conciliación	9
	(b) Distinción entre mediación y conciliación	9
	3. <i>Expertise</i>	9
	4. <i>Arbitraje</i>	10
	5. <i>Dispute Boards</i>	10
	C. MASC REBAUTIZADO: MECANISMOS <i>APROPIADOS</i> DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	12
III.	ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS MASC	12
	A. MEDIACIÓN.....	12
	1. <i>Valor</i>	12
	2. <i>Técnicas</i>	14
	(a) Barreras estratégicas.....	14
	(b) Vence el Problema de Agencia.....	15
	(i) El Problema de Agencia.....	15
	(ii) El mediador ante el Problema de Agencia.....	16
	(c) Sesgos cognocitivos	17
	(i) Aversión a la pérdida.....	17
	(ii) <i>Framing</i>	18
	(d) Devaluación reactiva.....	18
	(e) Barreras psicológicas.....	19
	3. <i>Mediación y estrategia</i>	19
	B. CONCILIACIÓN	21
	1. <i>Valor</i>	21
	2. <i>Estrategia</i>	22
	3. <i>Utilidad ante dilemas ejemplificados por la Teoría de los Juegos</i>	23
	(a) Dilema de prisionero	23
	(b) Equilibrio de Nash.....	24
	(c) La tragedia de los comunes	25
	C. ARBITRAJE.....	26
	1. <i>Valor</i>	26
	(a) Eficiencias	26
	(b) Normas sociales.....	27
	(c) Resultados.....	27
	2. <i>Análisis de temas controversiales</i>	31
	(a) Erosión del derecho.....	31
	(b) La elección del árbitro: comentario conforme a la teoría de los juegos	32
	(i) <i>A juega limpio, B no</i>	33
	(ii) <i>A juega sucio, B también</i>	34
	(iii) <i>A juega limpio, B también</i>	35
	(iv) <i>Conclusión: la estrategia dominante es jugar limpio: designar un árbitro imparcial</i>	36
	(c) Incentivos de los árbitros.....	36
	3. <i>Conclusión: El juego del arbitraje</i>	39
	D. PERITAJE.....	40
	E. DISPUTE BOARDS	40
IV.	CONCLUSIÓN	42

I. INTRODUCCIÓN

Los problemas son perennes. Siempre han existido. Siempre existirán. Lo que varía es cómo los manejamos: golpes o palabras. Fuerza o diálogo. *Diktat* o consenso.

Los problemas suelen ser mal vistos; no deberían. No son más que acomodados en las relaciones. Reconfiguración que debe existir para permanecer. No hay relación que tarde o temprano no requiera acomodo—ya sea en su situación o percepción: es decir, el reacomodo puede ser en su esencia o en su concepción. Y la fricción del acomodo es lo que conocemos como un ‘problema’. Una controversia. Bien manejada, la controversia puede llevar a catarsis.¹ A una mejor relación.² Mal manejada, a su degradación—inclusive destrucción.

A. IDEA

La idea que defenderé en este ensayo se resume en el siguiente postulado:

Las relaciones jurídicas que contienen MASC generan más valor. Son más (Kaldor-Hicks) eficientes.

Expuesto negativamente, cuando una relación *no* utiliza mecanismos de solución de controversias (“MASC”), su valor es inferior. El motivo: la satisfacción de la necesidad que busca toda relación se reduce. Ello pues los problemas generan *riesgo*. El riesgo es *costo*. Si no se gerencia, puede ser tan alto que le reste viabilidad a la relación. Llevado al extremo, que la quiebre. Comprender esto dejar entrever una verdad importante: *el litigio destruye valor*. Siendo ello cierto en principio, el que se actualice (o no) el litigio es irrelevante para efectos de la valoración de la relación jurídica. La mera *posibilidad* del mismo hace que el valor de la relación sea inferior.

¹ Como advierten Gary Friedman y Jack Himmelstein “En lo profundo de nuestros conflictos, hay una humanidad que nos conecta a todos”. (“Deep beneath our conflict, is a humanity that connects us all”). (CHALLENGING CONFLICT: MEDIATION THROUGH UNDERSTANDING, American Bar Association USA, 2008 p. 275.)

² Es por ello que pensadores importantes han indicado que lo que necesitamos no son *menos*, si no *más*, problemas. (Robert Fisher y William Ury, GETTING TO YES, Penguin, Books, 1981.)

B. PREMISA

Lo aseverado en el párrafo anterior tiene como trasfondo aceptar que las relaciones jurídicas tienen un valor. No me refiero a dinero;³ me refiero a la *satisfacción* de una *necesidad*. En $D = O \times E$,⁴ lo ejemplifico con la siguiente función:

$$D = O \times E$$

Donde:

D = Derecho

O = Obligación

E = Ejecutabilidad (Riesgo⁵)

Los MASC mejoran **E**, y como resultado incrementan **D**. El motivo: mejoran la administración del riesgo.

La gestión del riesgo requiere *discernir*. Después de todo, los problemas no son unifacéticos. Son multifacéticos. Contienen ingredientes diversos que hacen que la herramienta idónea para su solución varíe. Como resultado, deben analizarse con miras a ver qué tipo de problema se tiene. Y hecho ello, debe usarse la herramienta correcta para resolverlo.⁶ Es allí donde entra la utilidad de los MASC: la decisión de qué MASC utilizar gira en torno al valor que confiere cada MASC. Dicho valor puede ser entendido acudiendo al análisis económico del derecho (“AED”).

El paso sin embargo es infrecuentemente realizado. A los analistas económicos del derecho parece haberles atraído poco los MASC – y viceversa: los practicantes de MASC parecen no estar muy interesados en el AED.⁷ La ignorancia mutua es, en mi opinión, lamentable: mucho pueden aprender los analistas económicos de los logros que los MASC han tenido;⁸ y mucho podría mejorarse el parque legal de los MASC si el régimen en cuestión se pone bajo la lupa del AED.

³ Es un malentendido frecuente pensar que los economistas se ciñen al dinero – y el mismo puede extenderse a los analistas económicos del derecho. Lo que a los economistas (y analistas económicos del derecho) les interesa es la conducta racional. La asignación inteligente (eficiente) de recursos.

⁴ $D = O \times E$, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, año 2010, número 34, p. 191. Continúo con dicha idea en EL ESTADO DE DERECHO: UN ENFOQUE ECONÓMICO (Ed. Porrúa, 2007, p. 90 *et seq*), y en COMPETENCIA (Ed. Porrúa, 2017, p. 777 *et seq*).

⁵ La transformación de la *falta de certeza* en *riesgo* es un gran paso. La *falta de certeza* implica ausencia de certidumbre que algo ocurrirá. *Riesgo* es la determinación actuarial de la probabilidad de que un evento ocurrirá y por ende la posibilidad de asegurarse en contra del mismo – a un costo adecuado.

⁶ Idea que desarrollo en ARBITRAJE (Ed. Porrúa, 5ª ed., 2018, capítulos II a IV).

⁷ Son pocos los ensayos que se han enfocado en el tema y que arrojan análisis del género que el perfil de esta obra busca propiciar. Los que existen, son citados a lo largo de la misma, en su contexto relevante.

⁸ Cito un ejemplo. En un foro de análisis económico del Derecho que compartí con Eric Posner en el ITAM, expuse el éxito que el medio deportivo internacional ha tenido en la lucha contra el dopaje—lo cual es tildado del problema más acusante del movimiento deportivo internacional. Usando un instrumento severo que contiene responsabilidad objetiva por la existencia de una sustancia prohibida en el organismo del deportista (el Código WADA: *Antidoping Code, World Antidoping Agency*) y arbitraje (del *Tribunal Arbitral du Sport*) el resultado ha sido nada menos que sorprendente: lo que era una pandemia es

Este ensayo busca abordar esta última omisión. Para ello, a continuación analizaré los MASC siguiendo cánones de AED (§III), particularmente la teoría del análisis racional (*rational choice theory*), la teoría de los juegos (*game theory*) y economía conductual (*behavioral economics*), no sin antes hacer un comentario sobre definición, que sirva de punto de partida analítico (§II).

Anuncio desde ahora la idea que defenderé, y que es el corolario del postulado citados párrafos arriba:⁹ *los MASC confieren un valor enorme, que con frecuencia es pasado por alto por muchos, paradójicamente a quienes más sirve*. Su concepción actual (como *alternativos*) debe refinarse. No son *alternativos*, entendidos como una excepción a una regla que guarda más importancia y de la cual son una subcategoría: se trata de herramientas distintas para resolver problemas distintos.

C. MÉTODO

1. Análisis Económico del Derecho

El análisis económico del derecho es el movimiento intelectual que más ha oxigenado y por ende mejorado el Derecho en los últimos cincuenta años. Richard Posner lo considera la disciplina jurídica más interdisciplinaria (“*the foremost interdisciplinary field of legal studies*”).¹⁰ Bruce Ackerman (de Yale) lo describe como el desarrollo académico más importante del siglo XX (“*the most important development in legal scholarship of the twentieth century*”).¹¹ Se trata de una lupa poderosa para analizar y mejorar el Derecho que, como todo instrumento, debe ser evaluado en base a su eficacia. A su utilidad. Atento a la medida en que logre sus objetivos en forma *apropiada*.¹²

El AED descansa, como su nombre lo indica, en el *análisis económico*. En la *economía*. La economía es la ciencia que estudia la asignación eficiente de los recursos. El estudio de la conducta cuando ante opciones, de tal forma que pueda tildarse de ‘racional’ una decisión – lo cual ocurrirá si optimiza resultados (tomando en cuenta el conjunto de circunstancias existente y suposiciones aceptables).¹³

El corazón del AED lo son los **incentivos**. Contrario a lo que muchos piensan, lo que a los analistas económicos les interesa no es el *dinero*, sino la *eficiencia*. Lograr objetivos a través de métodos *adecuados*. Los que arrojen los mejores *resultados*. ¿Y cuáles son los mejores resultados?: Aquellos que se logran con la *utilización más eficiente de recursos*.

ahora una excepción. El éxito se debe a la eficacia del arbitraje y la severidad del Código WADA. Tanto, que las reformas que desde 2003 han existido pueden genéricamente comprenderse como un constante acercamiento a proporcionalidad. (Han existido tres reformas: 2009, 2015 y 2019.)

⁹ §I.A, *supra*

¹⁰ Richard A. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, Wolters Kluwer, Ninth edition, 2014, USA, p. xxi.

¹¹ Robert Cooter y Thoms Ulen, LAW & ECONOMICS, Addison Wesley Longman, third edition, 2000, p. 2.

¹² Una obra reciente especula sobre el futuro de la disciplina: Guido Calabresi, THE FUTURE OF LAW & ECONOMICS, Essays in Reform and Recollection, Yale University Press, New Haven, 2016.

¹³ Richard A. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, Wolters Kluwer, Ninth edition, 2014. Henry N. Butler, ECONOMIC ANALYSIS FOR LAWYERS, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 1998.

Después de todo, mientras los recursos son escasos, las necesidades infinitas. Por ende, *entre mejor utilicemos los recursos, mejor podemos satisfacer necesidades*. Llevado el postulado a nuestro tema: entre mejor diseñemos el Derecho, mejor logrará sus objetivos.¹⁴

El análisis del litigio es importante para el AED. La teoría económica del litigio enseña que el litigio—y por extensión los MASC—cumple una función importante: inducen conducta eficiente generando incentivos óptimos.¹⁵ Económicamente, el litigio no es más que un vehículo para traducir normas abstractas en derecho sustantivo. Ello da certeza que permite que las partes “negocien en la sombra del Derecho” (*bargain in the shadow of the law*, como advierte literatura de MASC). Y la certeza es importante inclusive cuando inexacta. Como se dijo en un caso:¹⁶

“in most matters, it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be right”

[en la mayoría de los casos, es más importante que el derecho aplicable sea claro que correcto]

2. Teoría de los juegos

La teoría de los juegos (*game theory*) es el estudio de conducta estratégica, misma que ocurre cuando dos o más personas interactúan y la decisión de cada una depende de lo que se espera de la otra. Es la ciencia que estudia el pensamiento estratégico.¹⁷ Sobre cómo debería jugarse racionalmente un juego.¹⁸ La utilidad de dicha herramienta analítica es que ofrece lecciones para quienes desean entender cómo el Derecho afecta conducta. O quienes desean entender conducta que de otra manera podría parecer extraña. Es decir, permite predecir.¹⁹

Aceptado que el Derecho afecta conducta, si se desean optimizar los recursos sociales, la teoría de los juegos ofrece lecciones normativas sobre cómo diseñar normas de tal forma que se evite desperdicio.²⁰ De allí que el AED vaya de la mano con la teoría de los juegos.

El estudio del Derecho mediante la lupa de la economía es un paso que uno pensaría que ocurriría naturalmente. Después de todo, la economía se centra en

¹⁴ En la medida en que un sistema jurídico no logre sus objetivos, la explicación puede radicar en su diseño. Tal es el caso de un número importante de casos, en mi opinión.

¹⁵ Alan Devlin, FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF LAW AND ECONOMICS, Routledge, London, 2015, p. 229.

¹⁶ *Burnet v Coronado Oil & Gas Co.* (1932) 285 US 393, 406.

¹⁷ Avinash K. Dixit y Barry J. Nalebuff, THINKING STRATEGICALLY, W.W. Norton & Company Inc., New York, 1991.

¹⁸ Philip D. Straffin, GAME THEORY AND STRATEGY, The Mathematical Association of America, 1993.

¹⁹ Steven Tadelis, GAME THEORY, Princeton University Press, Oxford, 2013. Avinash Dixit y Susan Skeath, GAMES OF STRATEGY, W.W. Norton & Company, New York, 2004. Roger B. Myerson, GAME THEORY, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.

²⁰ Injusticias inclusive. Existe una visión que una de las fuentes reales del derecho debe ser la eficiencia. (*Vid*, COMPETENCIA, *ob. cit.*, p. 764.)

conducta. Y la conducta se norma a través del Derecho. Luego entonces, su análisis económico resuena como un paso natural. Obligado inclusive. No obstante ello, el AED ha tenido poco auge en México. Pocas instituciones han tomado en serio la disciplina. Y los intelectuales especializados en esta materia son escasos.

3. Suposiciones

Hago tres revelaciones analíticas importantes, y que el lector debe conocer al considerar el análisis aquí realizado. La primera es que seguiré un triple ángulo analítico: teoría de los juegos (*game theory*), análisis de elección racional (*rational choice theory*) y economía conductual (*behavioral economics*). Segunda, supondré que los actores en el drama de una disputa son racionales y prefieren utilizar más eficazmente sus recursos. Y la tercera es que supondré que prefieren no pelear, a pelear.

Las suposiciones indicadas pueden ser cuestionables para un número (posiblemente no insignificante) de casos, lo admito. Pero son válidas para efectos de modelar. Después de todo, eso es justamente lo que es un modelo: una forma de simplificar para comprender y predecir. Al modelar no se busca *exhaustividad*; se busca *selectividad* que propicie *predecibilidad*. Ello se logra centrándose en el *quid* del problema, no todos sus aspectos. El *test* de un buen modelo no es que sea *realista*, sino si arroja luz al problema enfrentado. Es ante dicho estándar que espero que el lector coteje las ideas que a continuación presento para su consideración invitando retroalimentación.

II. EL CONTINUUM DE LOS MASC

A. IDEA

Propongo que los mecanismos alternativos de solución de controversias no son *alternativos*. Son instrumentos implícitos y disponibles en toda la gestión del problema medular que buscan resolver: el riesgo. Plantearlos como *alternativos* debe ser una visión superada, por varios motivos.

Primero, cuando una parte de la premisa de que la mediación, conciliación, arbitraje y *dispute boards* son *alternativos* a una forma normal de hacer las cosas, se aproximan desde un punto de partida inconveniente: la forma de resolver problemas es mediante el litigio. Lo demás es excepcional. Lo subóptimo de dicha aproximación es que el litigio, como todo instrumento, es ideal para cierto género de problemas, y subóptimo para otros. Siendo que el litigio es batalla, el mensaje social que se manda al concebirlo como la regla es que la forma de resolver problemas es **peleando**. Nuestra sociedad debe apartarse de dicho modelo. Debe preferir diálogo. Debe encomiar mecanismos que lo utilizan – por lo menos como punto de partida.

Segundo, cuando los MASC se conciben como *alternativos*, se detonan procesos inconscientes que dificultan su utilización. Su aceptación. La experiencia enseña que el efecto de dotación (*endowment effect*), las preferencias adaptativas (*adaptive preferences*) y el sesgo por el *statu quo* (*status quo bias*) son sesgos analíticos poderosos. Si a ello se suma *path*

dependence, el resultado es que, en un universo importante de ocasiones, casos que hubieran podido ser mejor manejados, no lo son.

El tercero es el corolario de los dos anteriores: *cuando los MASC se conciben como alternativos, se les pone en un segundo plano*. En una situación inferior a la regla. Ello, propongo, no es la mejor concepción de los MASC. Éstos mecanismos deben ser vistos *al igual que el litigio*: como parte de una palestra de opciones cuya elegibilidad dependerá de las características a atender que ostenta una controversia específica. La palestra de opciones es la siguiente:

- (1) Negociación
- (2) Mediación
- (3) Conciliación
- (4) Peritaje
- (5) Litigio
- (6) Arbitraje
- (7) Dispute Boards

Dicha palestra ofrece herramientas distintas para necesidades distintas. Las necesidades provienen de las características de los problemas, que son variopintas. Los problemas no son uni-facéticos. Son distintos. Dependiendo de sus características, dependerá el instrumento para atenderlos.

B. VALOR/UTILIDAD DE CADA HERRAMIENTA

Aceptado que son diversos, ¿cuál es el valor que brinda cada mecanismo *apropiado* de solución de controversias?

1. Mediación

La mediación consiste en la participación de un tercero que ayuda a las partes a negociar con miras a que las partes mismas logren resolver sus problemas. Es decir, la mediación es mejor entendida como ‘negociación asistida’.

Cuando el tercero neutral actúa como mediador, su labor consistirá en avenir a las partes. Asistirles para que *ellas mismas* lleguen a una solución mutuamente aceptable. Entendida la *misión*, no agoto los *medios* por tratarse de habilidades que rebasan el propósito de esta obra. Lo que aquí deseo hacer ver es *cuándo* conviene usar esta

herramienta, no *cómo* usarla.²¹ Desarrollar el ojo clínico del lector para que identifique las circunstancias en las que es de utilidad.

El mediador realiza una labor *aventadora*, no *evaluadora*. Facilita a las partes a encontrar una solución utilizando técnicas diversas que buscan vencer los obstáculos que se presentan cuando las partes están en polos opuestos de un problema. Los problemas son diversos, e incluyen aspectos psicológicos, de comunicación, de cerrazón, derivada de ser parte de un problema. Ejemplifica lo anterior **‘trampa de la negociación’**: el *impasse* frecuentemente visto y que pone en jaque tantos esfuerzos de reconciliación.

2. Conciliación

Cuando el tercero neutral actúa como conciliador su labor consistirá en identificar espacios de común denominador y hacer sugerencias que caigan dentro de los mismos, y que sean aceptables a ambas partes. El valor que da es diverso a la mediación en cuanto a método y solución. En cuanto a *método*, el conciliador se enfoca en el *qué*, no en el *quién*—el foco de atención del mediador. En cuanto a *solución*, ésta no proviene de las partes. Al provenir del conciliador, puede ahorrarse tiempo en arribar a una solución aceptable para ambas partes sin que sepan por qué. Esto último puede ser importante por motivos diversos. Por ejemplo, por que permite solucionar sin culpar. Encontrar una respuesta sin que tenga una de las partes que aceptar que erró. O que es responsable.²²

A la par de las ventajas, la facultad tiene desventajas que deben conocerse para saber cómo y cuándo usarla. Una es que cierra opciones. Por definición, el conciliador propondrá *una* solución. Y dicha solución proviene *ex hypothesi* del conciliador. Puede por ende ser que dentro del área de común denominador existan muchas opciones.²³ Si las partes fueran encaminadas, ellas mismas podrían verlas. Al solicitar al conciliador que proponga *una*, hará justamente eso: escogerá *una* de entre las existentes. En un caso que el autor vivió, las partes desearon que el tercero no contara con la posibilidad de sugerir puesto que (*sic*) “no querían cerrar opciones”. Entrado el proceso, ante un *impasse* entre las partes, una de ellas propuso que se me diera (como tercero) la facultad de sugerir. Aceptado ello por la otra, hice una sugerencia que sirvió de cimiento de la solución final. Cito el caso no sólo por lo positivo del resultado, sino por que muestra un uso diestro de la herramienta (por las partes).

²¹ Para esto se recomienda tomar talleres sobre el tema. El motivo obedece a que se trata más de habilidades que de conocimiento. Destrezas que requieren entrenamiento. De la misma manera en que no se puede enseñar a nadar leyendo un libro, no se puede enseñar a mediar sin entrenar. Ensayar. (Pero ello no es óbice para indicar cuándo conviene nadar.)

²² Algo que puede ser importante, además de útil, cuando por ejemplo ante un enjambre de relaciones y que la determinación de yerro o responsabilidad en una podría contagiar problemas en otras. Otro ejemplo puede ser cuando el defecto en un servicio se desea solucionar discretamente. En fin, los ejemplos son infinitos. El punto a considerar es que la conciliación permite evitar vergüenza (*save face*), y ello puede ser *el* obstáculo de la solución de un problema.

²³ Y a veces los conciliadores se enamoran de *sus* soluciones. En principio, el fenómeno es entendible; pero cierra puertas.

Como puede verse, la facultad tiene pros y contras. No es que esté bien o mal, sino que tienen ventajas y desventajas, cuyo uso diestro debe considerarlas.

(a) *Común denominador entre mediación y conciliación*

La conciliación y mediación son útiles *inter alia* (i) cuando el problema involucre a partes con las que no se pueden pelear. Se tiene que mantener la relación;²⁴ (ii) por que aquello que interesa es algo distinto a lo que se tiene derecho; (iii) por que el resultado de un fallo adversarial (laudo o sentencia) puede ser subóptimo.

Lo anterior es lo que la mediación y conciliación comparten en común. Sin embargo, existe—y debe existir—una distinción entre ambos, y reside en la facultad con la que se enviste al tercero (conciliador) de recomendar una solución. Mientras que en la mediación, el mediador no propone una solución, sino que ayuda a las partes a que *ellas mismas* lleguen a un resultado que para ellas sea aceptable, en la conciliación el conciliador tiene la facultad de sugerir una solución.

(b) *Distinción entre mediación y conciliación*

La mediación y conciliación se confunden con frecuencia. No deben. Son instrumentos que ofrecen un valor distinto mediante actuación distinta del tercero: mientras que la conciliación es más *evaluativa*, la mediación es más *colaborativa*. En la conciliación el conciliador se hace de información, la evalúa, y propone una solución. En la mediación el mediador trabaja con las partes para propiciar que transijan. Aunque sutil, existe una distinción. Los ejercicios son diversos. Y sus efectos son diametralmente opuestos.

3. Expertise

El peritaje o *expertise* consiste en que un experto emita una opinión sobre una cuestión técnica en la que es experto. Como mecanismo,²⁵ el *expertise* es útil en que, si el problema no versa sobre una cuestión jurídica, sino fáctica—técnica, puede evitarse acudir a un litigio y arbitraje, con el consecuente ahorro de tiempo y recursos. Lo que las partes tienen que hacer es ponerse *de acuerdo* sobre lo que están en *desacuerdo*.

Existe valor en ponerse de acuerdo sobre lo que se está en desacuerdo. Si por ejemplo las partes tienen una disputa sobre el motivo por el que se derrumbó una construcción y acuerdan que el motivo obedeció a la varilla empleada, podrían ahorrarse un litigio largo y costoso simplemente acordando que se designe de común acuerdo a un perito especializado en metales para que analice la calidad de la varilla empleada y determine si se ajusta a las especificaciones acordadas. Ello, la experiencia enseña, puede

²⁴ Por ejemplo, un pariente en una empresa familiar, por que es su mejor cliente, el proveedor de un insumo esencial no replicable.

²⁵ Pues el uso más frecuente de las periciales suele ser como prueba en litigios y procesos arbitrales.

ser veloz y poco oneroso particularmente en comparación con lo que cuesta y toma un proceso—cualquiera.

4. Arbitraje

El arbitraje es litigio privado. Mediante el mismo se recurre a un profesional (el árbitro) para que resuelva la disputa en un fallo que tiene fuerza de cosa juzgada desde su emisión, al no existir recurso alguno que verse sobre el fondo.

El derecho arbitral permite tres cosas medulares, relevantes para la perspectiva de AED:

- (1) **Evaluador:** Confeccionar un órgano que sea idóneo para la cuestión a resolver. Sea porque es un especialista en la materia, o porque es un especialista en actuar cómo árbitro, el valor que confiere es uno que ninguna otra institución jurídica brinda: la posibilidad de escoger el intelecto que decidirá un problema.
- (2) **Proceso:** el derecho arbitral está tejido con hilos de derecho privado. Tienen un sabor procesal, claro: se trata de un proceso. Por ende, los paradigmas de derecho procesal influyen. Pero se invita una participación importante de la autonomía de la voluntad. El beneficio que esto brinda es que permite diseñar procesos como traje a la medida de las necesidades de los problemas.
- (3) **Resultado:** como regla el arbitraje genera mejor calidad de justicia, ejecutable en forma inmediata, dispensando de la enorme cantidad de recursos que existen respecto de una sentencia de primera instancia, y que invitan oportunismo.

5. Dispute Boards

Los *Dispute Boards* o paneles de solución de disputas son órganos que forman parte de una obra de infraestructura; de construcción.²⁶ Tienen por objeto ‘navegar’ a la par de la obra para resolver los problemas que surjan durante la misma en tiempo real. Existen tres especies que dan un valor agregado distinto:

1. *Dispute Review Boards:* que emiten ‘Recomendaciones’ que no son inmediatamente obligatorias. En ocasiones, lo que se necesita es adoptar una solución temporal que permite reducir los efectos negativos del *statu quo*, sujeto a lo que determine en definitiva el tribunal arbitral.
2. *Dispute Adjudication Boards:* emiten ‘Decisiones’ que son inmediatamente obligatorias. Ello permite obtener soluciones temporalmente—además de sustantivamente—adecuadas.
3. *Combined Dispute Boards:* el Panel puede decidir emitir una Decisión o una Recomendación. Al hacerlo, tomará en cuenta las circunstancias de la disputa.

²⁶ Por ejemplo, el Reglamento Relativo a *Dispute Boards* de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Esta facultad da el valor (adicional a las anteriores dos) que permite adoptar una mejor solución no sólo en fondo, sino forma. Si la solución de la disputa es mejor lograda mediante el vehículo de una ‘Recomendación’ no vinculatoria, así se hará.²⁷

Como puede observarse, el efecto jurídico depende del tipo de *Dispute Board* que se escoja: opinión, recomendación, o determinación obligatoria. El efecto que tienen las Determinaciones Obligatorias (es decir, las Decisiones y las Recomendaciones que no han recibido Notificación de Desacuerdo) es que son:

1. **Temporalmente obligatorias;** es decir, tienen que ser observadas durante la obra, y hasta en tanto el juez o árbitro con jurisdicción no decida lo contrario;
2. **Sin que ello afecte el contenido obligacional** de la relación contractual de las partes, lo cual será materia del litigio o arbitraje que tenga lugar; y
3. **No vinculan al juzgador o tribunal arbitral**, quienes pueden decidir que la razón y el Derecho asiste a una parte distinta de aquella que favorece la Determinación Obligatoria.²⁸

En conjunto, el valor agregado que ofrece el instrumento es contar con un órgano empapado de las características de la construcción que pueda, de ser necesario, emitir una respuesta adecuada no sólo en cuanto a tiempo sino otras características—algo visiblemente útil para quien tenga experiencia en controversias de construcción.

El beneficio que otorgan es triple. Primero, el *perfil*: dado que las partes eligen a quienes serán los miembros del *Dispute Board*, pueden confeccionar el intelecto que juzgará los problemas que vayan surgiendo en la obra.

Segundo, el *tiempo*: dado que el *Dispute Board* nace con la obra, y sus miembros están enterados de la misma (incluyendo régimen y peculiaridades), pueden actuar de inmediato ante un acontecimiento o imprevisto y resolver de inmediato los problemas que surjan. Ello tiene como beneficio no sólo velocidad, sino evitar uno de los problemas más serios que aquejan a las disputas de esta disciplina, a lo cual paso como tercer punto.

Tercero, el *efecto ‘bola de nieve’*: la experiencia enseña que muchas obras de construcción e infraestructura tienen como común denominador que su complejidad invita problemas de diversa índole que tienen algo en común: surgidos, propician costos legales importantes. Estos costos legales involucran no sólo el costo legal inherente a los

²⁷ Por ejemplo, cuando la solución *definitiva* debe ser arribada únicamente después de conocer más de la misma. Sin embargo, con la información disponible y dadas las circunstancias, lo más eficiente es que se adopte una solución *temporal*, sujeta a lo que determine en *definitiva* el tribunal arbitral.

²⁸ Aunque el cumplimiento de la Determinación Obligatoria sea algo a tomar en cuenta como parte del fondo de la disputa, por ejemplo en el contexto de la distribución de costas y cuantificación de daños y perjuicios. Este punto merece ser ponderado. Si por ejemplo la Determinación buscaba evitar un efecto bola de nieve de costos, y una parte no la acató, el que eventualmente haya prevalecido en el arbitraje puede no excusar de indemnizar por los costos que generó al no acatar la Determinación, de haber podido éstos ser obviados observándola. (Y lo inverso puede o no ser cierto, dependiendo de las características de la controversia.)

problemas jurídicos, sino costos legales que crecen con el tiempo y complejidad de la obra, atado a sus consecuencias: penas convencionales, intereses y capitalización. Como resultado, son muchos los problemas que han existido y que tienen como característica digna de notar que, de haber sido atacados y resueltos en su origen, hubieran evitado consecuencias graves—tanto económicas como otras. Y con frecuencia lo más oneroso de este tipo de disputas son estas consecuencias secundarias.

C. MASC REBAUTIZADO: MECANISMOS APROPIADOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Propongo que no solo *rebauticemos*—*reconcibamos*—lo que entendemos por “MASC”. Que abandonemos la concepción tradicional “mecanismos *alternativos* de solución de controversias” para adoptar la concepción “mecanismos *apropiados* de solución de controversias”.²⁹ (*Appropriate Dispute Resolution* en inglés.)

No se trata de un juego de palabras. Se trata de una refinación conceptual, filosófica, epistemológica, que los concibe de una mejor y más valiosa manera. Una que, desde la perspectiva de AED, propicia mejores incentivos—a lo cual ahora paso.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS MASC

Entendidos como se describe en la sección II anterior, a continuación se analizarán los MASC bajo la lupa de la teoría de elección racional (*rational choice theory*) y la teoría de los juegos, realizando consideraciones sobre economía conductual (*behavioral economics*).

A. MEDIACIÓN

A continuación analizo el valor que confiere la mediación (§1), comentando las técnicas que se utilizan para conferirlo (§2), y la estrategia que un juego de mediación confiere (§3).

1. Valor

La mediación confiere un valor que desmenuzaré en tres postulados:

- (1) Preserva relaciones.
- (2) Le da a las partes lo que *quieren*, no lo que *tienen derecho* a exigir – que no siempre coinciden.
- (3) Evita resultados indeseables.

²⁹ Esta propuesta es retomada de aquella contenida en ARBITRAJE, *ob. cit.*, p. 9 *et seq.*

Invito al lector a que se haga esta pregunta: ¿Cuántas veces ha presenciado problemas que, aun ganando, se pierde? ¿O que el resultado es una victoria pírrica?³⁰ ¿O que ambos pierden más de lo que ganaron?

Es impresionante la cantidad de energía negativa que personas otrora inteligentes, sensatas, y racionales están dispuestas a canalizar a un problema cuando están capturados por una emoción fuerte (como la ira o el ego o la vanidad, producto por ejemplo de sentir que fueron avergonzados). Y un aspecto interesante de esto es que suele racionalizarse.³¹ Y entre más inteligente es la persona, mejor es para racionalizar. A tal grado que a veces es difícil discernir una *razón* de una *racionalización*. Ello es cierto no sólo para quien incurre en ello, sino terceros observadores desinteresados.

Siendo la mediación ‘negociación asistida’, el valor que ofrece es que ayuda a que los responsables del problema sean generadores de la solución. Ello es ideal para cierto tipo de relaciones. Por ejemplo, las relaciones con un componente personal importante. Otro: las relaciones continuadas; particularmente cuando la implementación de la solución implica un actuar en el tiempo (relaciones de tracto sucesivo); o colaboración.

El mediador es una persona conocedora de la teoría de la mediación y entrenada en las técnicas de la mediación – dos cosas distintas. Ambas son, en mi experiencia, no solo interesantes sino profundas: evocan y capitalizan lecciones humanas preciosas por profundas. Dicho acervo de conocimiento es ideal para manejar y resolver cierto tipo de problemas. No todos, pero sí problemas que reúnen ciertas características. Tales, que si se encausan por vías distintas, el resultado final es insatisfacción – inclusive si se obtiene un fallo favorable.

Esto último podría parecer una paradoja. Inclusive podría parecer ilógicamente obstinado: ¿Cómo es posible que si te dieron lo que querías no estés satisfecho? (pensarán algunos). La respuesta a la ironía está en su expresión misma: lo que sucede es que lo que obtuviste no es *en verdad* lo que querías – aunque no lo supieras.

Una persona que, obteniendo un fallo favorable, aún así le queda un sabor amargo, suele estar en presencia de una decisión que no soluciona. Un anticlimax propiciado por descubrir que una esfera de lo que motivó su acción no es satisfecha por la (re)solución. Ello deriva, en esencia, de una mala prognosis: el problema de raíz no se ceñía a quién tenía la razón (jurídica), sino que necesitaba algo disinto a lo que el mecanismo empleado confería. Y sobre esto, el problema no es del paciente, sino del médico. El paciente (el cliente) se pone en manos de su doctor (el abogado) para que palpe su problema, y lo

³⁰ Es decir, que se gastó más en el resultado que el valor del resultado. Ello tiene aparejado un beneficio neto negativo—salvo por el (a veces morboso) sentimiento de victoria; de hacer prevalecer la voluntad de uno por encima de otro. Esto último suele, en mi experiencia, ser efímero. Con el tiempo, la conclusión que aflora es que hubiera sido mejor no entregarse ciegamente a un sentimiento negativo, que exigió invertir en lesionar.

³¹ Por ‘racionalizar’ me refiero al fenómeno diverso (de hecho, inverso) a ‘razonar’. Mientras que el segundo llega a una conclusión a través de premisas ciertas que arrojan una conclusión válida, el primero implica comenzar con una conclusión preconcebida—con frecuencia deseada—para buscar las premisas que *podrían* (pseudo)justificarla, y que con frecuencia no la justifican. Sólo palian el actuar en base a la conclusión preconcebida.

diagnostique. Lamentablemente, muchos abogados no tienen en su radar los paradigmas de los mecanismos apropiados de solución de controversias. Proviene de una formación que los entrenó a una cosa y sólo una cosa: a pelar. A litigar. Como resultado, recomiendan lo que les es natural: a iniciar un proceso. Después de todo, *para el que lo único que tiene es un martillo, todos los problemas parecen clavos*.

Entendido lo anterior, desde la perspectiva de AED, la mediación es un instrumento a preferirse cuando el problema enfrentado es uno con un componente *humano* importante, más que uno donde lo que se busca es encontrar una solución que satisfaga únicamente ciertos intereses materiales o pragmáticos. Lo ejemplifican las relaciones entre hermanos, entre parejas, entre ascendientes y descendientes, en los cuales los orígenes del problema son cuestiones de sabor más humano que material.³²

2. Técnicas

La mediación entendida como *negociación asistida* parte de la premisa que el diálogo entre dos partes en disputa se topa, a veces de inmediato, con obstáculos que lo frustran. Y que dichos obstáculos, de ser superados, podrían liberar energía positiva que abra los poros de los participantes a cuál es el verdadero problema, y cómo resolverlo de una manera positiva. Que preserve la relación. Que deje a todos satisfechos. Ello es lo que busca la mediación: superar las barreras que frecuentemente se observan que frustran el arribo a una solución. Destacan las barreras estratégicas, los problemas de agencia, los sesgos cognocitivos, la devaluación reactiva.³³ Veamos cada uno por separado.

(a) Barreras estratégicas

Los participantes en una controversia suelen adoptar posturas e incurrir en conducta estratégica. Una metáfora frecuentemente escuchada es ilustrativa: la del pastel. Existen medidas que pueden tomarse para *hacer crecer* el pastel. Y también existen pasos que pueden seguirse para obtener una *rebanada mayor* del pastel. Se trata de dos ejercicios diversos, que exigen apertura y cooperación para sondear formas de lograr ambos: crear valor y repartirlo. Si se hacen bien, con frecuencia pueden coexistir y arrojar resultados positivos: que maximicen el pastel y lo distribuyan de una manera que tenga a todos los participantes satisfechos. Pero la apertura es riesgosa; puede mermar la posición de negociación de quien es abierto, o darle una ventaja táctica al contrario.³⁴ Y la cooperación suele darse una vez que el que coopera obtiene seguridades de que el

³² Piénsese por ejemplo en la disputa sucesoria por una cosa cuyo valor es menor al monto invertido en resolverla: en dichos casos, las partes no se están peleando por la cosa, sino por otros motivos. *Bleak House*, la novela de Dickens de 1852-1853 ejemplifica la lección. En dicha novela, un problema sucesorio tomó décadas en resolverse, y el costo legal consumió la mayoría del valor de la herencia. (¿Suena familiar?)

³³ Robert H. Mnookin, WHY NEGOTIATIONS FAIL: AN EXPLORATION OF BARRIERS TO THE RESOLUTION OF CONFLICT, 8 Ohio St. J. on Disp. Resol. 235 1992-1993.

³⁴ Si por ejemplo en la negociación entre *A* y *B*, *B* sabe que *A* valora algo más de lo que *A* dice que lo valora, y *A* no sabe nada de lo que es importante para *B*, *B* puede diseñar una estrategia que extraiga más valor de *A* del que hubiera obtenido si *A* conociera las preferencias de *B*.

beneficiario de la cooperación no apropiará (vorazmente, egoistamente, sin compartir con el cooperador) los beneficios que arroja la cooperación, sin ser recíproco.

El corolario: la conducta estratégica—aunque puede ser racional—puede arrojar resultados Pareto ineficientes.³⁵ Tales, que lejos de hacer *crecer* el pastel, lo achique.³⁶

El papel del mediador será entender lo anterior y diseñar con las partes un formato que permita lograr arrojar los beneficios de la apertura y cooperación, sin vulnerar a nadie.

En la medida en que el mediador cuenta con la confianza de las partes, puede confiársele información sensible, calificándola de confidencial, sobre los intereses, necesidades, preferencias de las partes, sin temor a que sea revelada. Ello puede abrir espacios de oportunidad para resolver un problema. Puede además generar una atmósfera de confianza y ánimo pro-solución de la controversia que reduzca la tentación de incurrir en estrategias que lleven a las partes a un escenario subóptimo. Para ello, el mediador debe convencer a las partes que dejen de adoptar posturas que complican, para poder arribar a una forma de resolver un problema.

(b) *Vence el Problema de Agencia*

Para explicar cómo los problemas de agencia suelen complicar, inclusive obstruir, negociaciones, explicaré lo que se entiende por ‘Problema de Agencia’ (§i), para luego hacer ver lo que al respecto puede hacer el mediador (§ii).

(i) El Problema de Agencia

En términos económicos, existe una relación de ‘agencia’ entre dos personas cuando una de ellas (el ‘principal’) se beneficia de la actividad de la otra (el ‘agente’).³⁷ Dicho género de relaciones suelen provocar una tensión: mientras que el principal se beneficia más cuando el agente se esmera más, el agente prefiere emplear menos esfuerzo, a menos que se le remunere el esfuerzo incremental. Esta tensión es la que se le conoce como un ‘problema de agencia’.

Si el principal tiene certeza del nivel de esmero empleado, podría remunerarlo – y el agente por ende lo emplearía. Se esmeraría. Pero si el principal no puede observar el nivel de esfuerzo del agente, se acentúa el ‘problema de agencia’: el agente empleará poco esfuerzo – lo que se conoce como *‘moral hazard’*.

³⁵ Un escenario es ‘Pareto eficiente’ cuando mejora a una persona sin afectar a otra.

³⁶ Por ejemplo, mediante el costo de litigio.

³⁷ Existe mucha literatura económica sobre la teoría de la agencia. Una expresión sencilla y profunda digna de recomendación es la de Eric A. Posner, AGENCY MODELS IN LAW AND ECONOMICS, CHICAGO LECTURES IN LAW AND ECONOMICS, Eric A. Posner (ed.), Foundation Press, 2000, p. 225.

El problema de agencia suele complicarse al existir una asimetría de información: el principal no puede observar el nivel de esfuerzo del agente; o hacerlo puede implicar mecanismos de supervisión que pueden ser onerosos.

El agente puede comprometerse a utilizar cierto nivel de esfuerzo. Sin embargo, a menos que el principal pueda observarlo o corroborarlo, la promesa del agente es vacua, por lo que el principal tendría motivos para dudar de la promesa del agente.

El problema básico en una relación de agencia es que el principal desea que el agente actúe atento a los intereses del principal, no los intereses del agente. Pero siendo que existe una asimetría de información, el principal no puede remunerar adecuadamente al agente – o el otro lado de la moneda: el agente puede sentir que su esmero incremental no es apropiadamente remunerado.

La tensión expuesta no debe ser subestimada: los intereses del principal y del agente pueden no coincidir. De hecho suelen no coincidir—por lo menos en ausencia de algún mecanismo que los alineen. De allí que los economistas se enfoquen tanto en lo que en verdad mueve a las personas: los incentivos.

Genéricamente, los mecanismos que pueden emplearse para resolver un problema de agencia son:

- (1) **Incentivar:** Diseñar un contrato que haga que la remuneración del agente sea contingente al resultado.
- (2) **Monitorear:** Invertir en un esquema de monitoreo del esmero. Esto sin embargo suele ser oneroso e imperfecto.

Las formas *específicas* de lograr lo anterior varían.³⁸

(ii) El mediador ante el Problema de Agencia

Las disputas están plagadas de problemas de agencia. Sus participantes pueden, suelen, tener incentivos distintos al de las partes. Quien negocia por una de las partes puede no estar en línea con los intereses de dicha parte. Quien administra una empresa puede tener incentivos no alineados con el dueño de la misma.³⁹ Alinear incentivos no siempre es

³⁸ Los ejemplos son diversos, y varían en su sofisticación. Oscilan entre esquemas sencillos y fáciles de entender, hasta mecanismos sutiles, pasando por esquemas complejos e invasivos. Ejemplifican los primeros las propinas de los meseros, las comisiones de los vendedores, y la cuota litis. Ejemplifican los segundos, el ‘banderazo’ de los taxis. Y los terceros tanto los tarjetones de horario de entrada y salida de empleados como los ‘targets’ de rendimiento que los profesionales (v.gr., abogados) deben reunir para hacerse acreedores a bonos por rendimiento. También la calificación que algunos sistemas solicitan del usuario. Piénsese en la calificación que pide el App de Uber al final de un trayecto o la elección de la ‘carita’ que ilustra el estado de un baño público: carita feliz o carita triste.

³⁹ Dicho sea de paso, lo mismo puede ocurrir con el mediador. Bien puede ocurrir que el mediador tenga una agenda distinta y capitalice el problema de forma diversa a la subóptima. Un ejemplo mexicano reciente es ilustrativo. En la controversia entre los taxistas y los usuarios de (Uber, Cabify, etcétera.) la solución que el gobierno de la Ciudad de México adoptó fue una que—además de que no resolvió el problema de raíz— buscó beneficiar a la clase burocrática de un problema entre empresarios. El *Acuerdo por el que se crea el Registro de Personas Morales que Operen y/o Administren Aplicaciones y Plataformas Informáticas*

fácil. Y se observa que con frecuencia ni siquiera es algo que está en la mente de las partes.

Un mediador puede lograr que las partes se sienten a dialogar, ayudarlos a *comprender*; a detectar los intereses en común, de tal manera que sirvan de cimiento de la solución. Y si uno de los interlocutores ostenta complicaciones del género que explica el problema de agencia, podrían invitarse a otros miembros de la parte (v.gr., el director general en vez del abogado externo) para percibir cómo existen elementos para resolver que pesan más que perpetuar.

(c) *Sesgos cognocitivos*

El tema de los sesgos cognocitivos está de moda.⁴⁰ Sin embargo, me cuestiono si se han derivado las lecciones correctas del mismo, mismas que perfilaré y ceñiré a los fines de este ensayo: un estudio de AED de los mecanismos apropiados de solución de controversias.

La forma en que la mente humana procesa información, maneja la incertidumbre, y asimila, evalúa y juzga, genera barreras que pueden obstaculizar una negociación. Propicia una gestión subóptima del riesgo. El motivo: la forma en que la mente razona se aparta con frecuencia de lo que en economía se consideraría *racional*. Es decir, bajo la perspectiva de *rational choice*, podría concluirse que cierta forma de decidir y actuar es *irracional*, cuando lo que en verdad está ocurriendo es distinto. Tomemos dos ejemplos: aversión a la pérdida y *framing*.

(i) **Aversión a la pérdida**

La aversión a la pérdida (*loss aversión*) consiste en la preferencia cognitiva por no perder que por ganar. Se trata de una cuestión poderosa que puede fácilmente ser pasada por alto. Para ilustrar, tomemos un ejemplo. Invito al lector a que se pregunté cual de las siguientes dos opciones prefiere:

OPCIÓN 1: si una persona le indica que le dará \$50 dólares; o

OPCIÓN 2: si la misma persona le indica que le ofrece un volado por \$100. Si sale cara, se llevará los \$100. Si sale cruz, no se lleva nada.

para el Control, Programación y/o Geolocalización en Dispositivos Fijos o Móviles, a través de las cuales los Particulares pueden Contratar el Servicio Privado de Transporte con Chofer en el Distrito Federal (“Decreto”) exige que los prestadores de servicio de paguen el 1.5% de sus ingresos por viaje a un “Fondo para el Taxi, la Movilidad y el Peatón”. ¿Porqué? El paso es criticable por varios motivos (por ejemplo, ¿porqué tiene un competidor que financiar una asimetría de otro? Acaso pedimos que Apple le pague a Nokia para ver si se puede poner al día y regresar al mercado). Dado el perfil de este ensayo, lo que deseo resaltar es que uno debe tener presente el problema de agencia en todas sus expresiones.

⁴⁰ Ver Richard H. Thaler, *MISBEHAVING: THE MAKING OF BEHAVIORAL ECONOMICS*, W.W. Norton & Company, New York, London, 2015.

La mayoría de la gente prefiere la OPCIÓN 1. Sin embargo, son financieramente idénticas. Lo que comunica la elección es el perfil de riesgo del lector: si prefirió la OPCIÓN 2, ello quiere decir que no es adverso al riesgo (*risk averse*).⁴¹ Y viceversa.

El corolario: la proporción de personas que apostaría para evitar perder es mayor que la que apostaría por ganar. Llevado a nuestro tema: el que algo sea visto como una ganancia o pérdida depende del cómo se presenta—lo cual es manejable. Ello nos lleva a *framing*, a lo que ahora paso.

(ii) *Framing*

Framing consiste en la forma en que una cuestión se plantea. El vaso puede estar medio vacío, o medio lleno. Mucho depende de cómo se plantean las cosas, particularmente cuando quien lo plantea es una parte neutral – este es el valor que puede dar la mediación: el presentar las cosas de una manera proclive a remediar, en vez de una encaminada a exacerbar – algo que suele ocurrir cuando las partes están emocionalmente involucradas en un problema. El motivo: la forma en que la mente contabiliza es distinta dependiendo de cómo es planteado. Por ende, la moraleja para el mediador es que si una solución posible es planteada como una pérdida o ganancia tendrá resultados muy distintos en una negociación. Ergo, *framing* tiene implicaciones importantes en la solución de los problemas. El mediador debe tomarlo en cuenta al momento de diseñar la forma en que conduce la mediación; al momento de exponer pros y contras de un conjunto de circunstancias; al momento de presentar una solución. El mediador puede por ejemplo seguir técnicas distintas que permitan que las partes entiendan aspectos del caso que habían pasado desapercibidos, que faciliten comprender—aunque no se comparta—la perspectiva contraria, y plantear los hechos y posibles soluciones de una manera que sea más asequible. Más fácil de aceptar.

(d) *Devaluación reactiva*

La devaluación reactiva consiste en cómo se aprecia una solución, lo cual depende de dónde proviene. Estudios empíricos demuestran que una solución pudo haber sido aceptada por una parte de no ser que no hubiera provenido de la contraparte. Cuando así ocurre, su atractivo disminuye. Se desconfía. Hace dudar. Provieniendo del oponente, se percibe como algo digno de sospecha.⁴²

Su utilidad en mediación es que si, por ejemplo, una concesión *ofrecida* es valorada como inferior a una concesión *retenida*. Un compromiso es valorado más antes de ser ofrecido, en cuyo momento se devalúa.

La devaluación reactiva es una barrera a la solución eficiente de problemas. Dicho fenómeno puede ser manejado si las soluciones, compromisos o concesiones provienen

⁴¹ El ejemplo citado es sencillo, pero detrás de la conclusión que propongo existe mucho estudio conceptual y empírico que la apoya.

⁴² Por ejemplo, poder considerarse que, proviniendo de un adversario, la concesión es valorada menos: “si lo ofreció es porque no le importa mucho; “¿qué esconde?” razonará la contraparte.

del mediador en vez de una de las partes. Un mediador puede evitar la devaluación reactiva si la fuente de la propuesta es neutral. No una de las partes. Ya sea por que ocurra mediante caucus o por la forma en que es planteada, el mediador puede evitar que una solución perfectamente asequible sea rechazada por el sencillo hecho que proviene de la otra parte.

(e) *Barreras psicológicas*

Cuando enojados o enfrascados en un problema, los sentimientos y la forma en que actúa nuestro cerebro complica la resolución de los problemas. Ello se conoce como **‘trampas emocionales’**. Algunos ejemplos de trampas emocionales son:

- (1) El juicio presente está influenciado por experiencias pasadas. Luego entonces, una opción pudo haber sido seguida por una persona, sino es por su ‘bagaje’, que la sesga hacia otra conclusión.
- (2) Al evaluar conducta de otros, tendemos a exagerar la importancia de las disposiciones o características de una persona y subestimar la influencia del contexto – lo que se conoce como *fundamental attribution error*.⁴³
- (3) La gente percibe la realidad y hace juicios de dos maneras diferentes: razonamiento intuitivo y razonamiento analítico. Ambos procesos coexisten, pero varían en cuál es el dominante. Cada modalidad, sola, es incompleta. Se complementan, pero de forma diversa pues toman tiempos distinto. Mientras que el intuitivo es instantáneo, el analítico requiere esfuerzo y toma tiempo.
- (4) Muchos razonan intuitivamente. Sin embargo, los razonamientos intuitivos no siempre son sábios.
- (5) Las *trampas negativas* hacen que exageremos los costos de la negociación y subestimemos los beneficios. Las *trampas positivas* hacen lo opuesto.

¿Cómo evitar estas trampas?: teniendo cuidado con las emociones fuertes. Exponiéndonos a las perspectivas diversas. Ello puede ser logrado por un conciliador.

3. Mediación y estrategia

Una mediación es un ‘juego’ en su sentido de la teoría de los juegos. Es decir, una interacción entre dos o más partes en una disputa. En dicho juego, cada participante desea algo que la otra parte no quiere dar, o quiere dar de una forma distinta – y viceversa.

En el juego de la información cada participante tiene una lista de opciones, una prelación de entre las mismas, y cosas que definitivamente no puede aceptar. Dicha información es delicada; y es mantenida confidencial. Y es lo que explica la postura que

⁴³ Robert Mnookin, *BARGAINING WITH THE DEVIL*, Simon & Schuster, USA, 2010, p. 26

adoptan en las negociaciones. Son los intereses debajo de las posturas que toma cada parte.

Al enfrentarse en un diálogo de negociación o posterior mediación, cada parte desea comportarse de una manera que optimiza las posibilidades que extraiga la mayor cantidad de valor posible. Dicha confrontación genera nodos: puntos de fricción. Temas que se presentan como diferencias irreconciliables entre cada parte. Dependiendo de la importancia que tienen para cada parte, pueden generar *impasse*—diferencias irreconciliables inclusive. Pero sin una manera de conocer la información que conoce cada parte, es imposible saber si hay espacios de oportunidad que no están siendo explorados. La asimetría de información consistente en que cada parte sabe cosas que la otra parte no sabe, pero que podrían ser útiles para resolver el problema.

‘¿Porqué no revelar toda la información?’ preguntará el lector ávido. Por que demasiada transparencia puede ser contraproducente. Cuando un participante en una negociación abre todas sus cartas, se hace vulnerable a su contraparte, quien puede usar esa información en contra de la parte cándida. Ello explica que las partes no sean transparentes – lo cual es racional. Dicho en lenguaje de *rational choice*: ser no-transparente es racional.^{44,45} Conforme al argot de teoría de los juegos, se trata de un juego de información incompleta (*incomplete information game*).⁴⁶

Pero la no transparencia de ambas partes puede llevar a las partes a una situación subóptima: que no se logre un acuerdo que podría lograrse si hubieran tenido acceso a su respectiva información privada. (O si un tercero hubiera tenido acceso a la misma y, manteniéndola confidencial, guiará a las partes hacia la zona de posible arreglo.)

Es en este contexto en que la intervención del mediador puede dar valor. Conocida la información privada de cada parte, manteniéndola confidencial, puede:

⁴⁴ Después de todo, un jugador escogerá su estrategia dominante siempre que sea posible, y no escogerá cualquier otra estrategia que sea la estrategia dominante de su adversario.

Una extensión de este análisis es lo que se conoce como *Iterated dominance*: un jugador pensará que otros jugadores evitarán sus estrategias dominantes y actúa en base a esta suposición. Más aún, un jugador considerará que otros jugadores también piensan que el primer jugador no jugará las estrategias dominantes de los otros, y actúan en base a esta creencia. Un jugador también creerá que otros suponen que el primer jugador considera que los otros no jugarán estrategias estrictamente dominadas, y sucesivamente *ad infinitum*.

⁴⁵ Una persona es racional si prefiere resultados con pagos (*payoffs*) superiores a resultados con pagos inferiores. Ello es sensato pues los individuos se centran en *sus* intereses y son maximizadores de *sus* utilidades. Como suposición, no siempre se cumple. Sin embargo, por lo general, la gente suele hacer las mejores decisiones posibles dadas ciertas percepciones de lo que otros harán.

⁴⁶ Douglas G. Baird, Robert H. Gertner y Randall C. Picker, GAME THEORY AND THE LAW, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1994.

- (1) *Discernir* el margen de acuerdo (*bargaining range* en argot de teoría de los juegos;⁴⁷ *zone of possible agreement* en lenguaje de negociación⁴⁸) entre las posturas de las partes. La zona de posible transacción que sea mutuamente benéfica.
- (2) *Puentear* las diferencias de las partes encontrando un común denominador o espacio de oportunidad que el desconocimiento de la información permite hallar.

Dicho en términos de AED, el juego se puede mejorar acercando a un resultado Pareto-eficiente mediante la intervención del mediador.

B. CONCILIACIÓN

Bajo la óptica de AED, analizaré el valor que brinda la conciliación (§1), el juego que la conciliación invita (§2) y los dilemas que dicha utilidad puede resolver, expresados conforme a la teoría de los juegos (§3).

1. Valor

El valor que brinda la conciliación es que:

- (1) Permite encontrar soluciones, comunes denominadores y escenarios ganar-ganar cuando las posturas de las partes los esconden u obstaculizan.
- (2) Cuando el tiempo es limitado, una propuesta que proviene del conciliador puede lograr una solución en menor tiempo que la mediación, y que un proceso legal (arbitral o litigioso).
- (3) Cuando la confidencialidad de los motivos es importante, este mecanismo es óptimo: permite llegar a una solución (y transacción) sin tener que revelar los motivos por los que se aceptó.

Se trata de un valor distinto al de la mediación. En la mediación se premia el que el origen de la solución provenga de las partes mismas, lo cual tiene muchos beneficios. Por ejemplo, se centra en intereses (se sigue un proceso que permite que afloren las necesidades subyacentes a las posturas⁴⁹), logra catarsis, preserva relaciones, hace que las partes sean parte de la solución del problema. Esto quiere decir que, mientras que la mediación es más útil cuando el factor humano es más importante, la conciliación es más útil cuando lo que se busca es una solución adecuada, más por sus términos sustantivos, que por la catarsis que propicie en las personas involucradas.

Expuesto lo anterior, desde la perspectiva de análisis económico del derecho, la conciliación es un instrumento de utilización preferente cuando la disputa tiene un menor componente humano y un mayor componente pragmático o material. Lo ejemplifican

⁴⁷ Devlin, *ob. cit.*, p. 213.

⁴⁸ Robert Fisher y William Ury, *GETTING TO YES*, Penguin, Books, 1981.

⁴⁹ Como advertía Einstein: “uno no puede componer un problema en el nivel en que ocurrió”.

las relaciones entre socios pasivos, en relaciones no-continuadas (*one-shot transactions*, como se laman en teoría de los juegos).

2. Estrategia

La estrategia dominante de partes involucradas en una disputa suele ser doble: (i) sobre-exponer y (ii) esconder. *Sobre-exponer* su postura *real* con miras a obtener ventajas tácticas. *Esconder* información sensible que podría darle una ventaja al contrario o restarle una ventaja a la parte que la posee. Si ambas partes adoptan dicha estrategia, puede estarse dificultando encontrar un común denominador posible si existiera alguna manera de ‘transparentar’ la (verdadera) postura de las partes. Ello puede ser realizado por el conciliador. La siguiente gráfica ilustra el punto.

ESCENARIO 1: La postura de las partes está apartada.

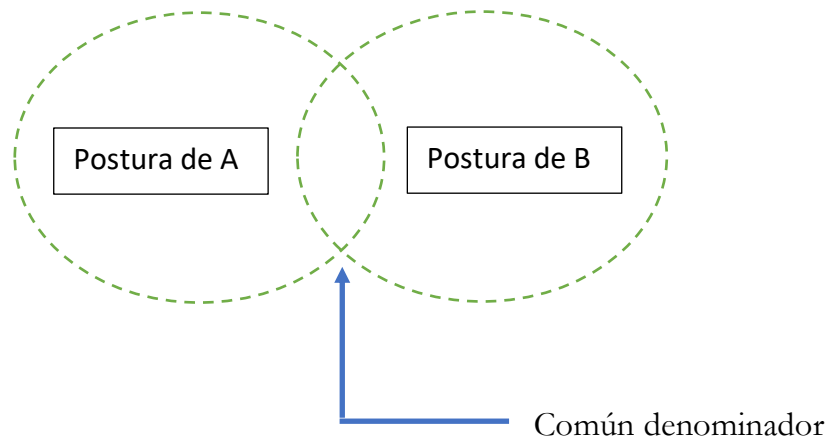


Existe distancia entre la postura de A y la postura de B . Las partes han expresado sus posturas de una manera adversarial. Tal, que el resultado es desacuerdo.

Mediante la intervención de un conciliador pueden ‘transparentarse’ las verdaderas⁵⁰ posturas de las partes, identificando así la existencia de algún común denominador posible. La siguiente gráfica ilustra el punto:

⁵⁰ Es decir, lo que en verdad quieren las partes, pero que está enterrado dentro de la postura ostentada. El adjetivo busca ilustrar que lo que las partes piden y lo que las partes en verdad quieren no siempre coincide. Está sobre-expuesto dadas las estrategias descritas arriba.

ESCENARIO 2: Las diferencias son reconciliables por existir un común denominador.



Conocida la verdadera postura de las partes, el conciliador puede sugerir una solución que se encuentre dentro del área de traslape sin decir porqué. Así, las partes pueden—manteniendo su cara de poker—aceptar la propuesta sin tener que admitir que la postura era exagerada. El beneficio de lo anterior es que se logra acuerdo sin tener que evidenciar a nadie, ni revelar nada. Ello evita las consecuencias de los motivos, que puede ser el óbice del arreglo. (No es infrecuente que lo que divide no sea el *qué* sino el *porqué*.)

Desde la perspectiva de AED, ello es *eficiente*: ahorra tiempo, recursos, y brinda una solución más cercana a lo que las partes necesitan—y no un fallo (sentencia o laudo) sobre quién tiene derecho a qué.

3. Utilidad ante dilemas ejemplificados por la Teoría de los Juegos

La conciliación beneficia cuando ante partes que tienen posturas que descansan en perspectivas diversas e información privada. Pero pueden ser especialmente útiles para resolver dilemas serios. Me centraré en tres: el dilema del prisionero, el Equilibrio de Nash subóptimo, y el problema de los comunes.

(a) Dilema de prisionero

El dilema del prisionero consiste en la siguiente interacción: dos criminales son arrestados por haber cometido un delito grave. No se les puede juzgar exitosamente sin que por lo menos uno confiese, pues se carece de pruebas. El fiscal puede encarcelarlos a ambos por un delito menos grave sin la cooperación de ambos. El fiscal le dice a cada uno que, si ninguno confiesa, ambos serán encarcelados por una ofensa menor, que implica cárcel por dos años a cada uno. Pero si uno confiesa y el otro no, el primero saldrá libre y el segundo será juzgado por el delito grave, siendo encarcelado por 10 años. Si ambos confiesan, ambos irán a la cárcel por un delito grave, más no el máximo (10 años) sino

por seis años.⁵¹ Los criminales están en cuartos separados, por lo que no pueden comunicarse. No pueden llegar a un acuerdo sobre cómo comportarse.⁵²

Graficados, los resultados que arroja el juego descrito son los siguientes:

		Criminal 2	
		Silencio	Confesar
Criminal 1	Silencio	-2, -2	-10, 0
	Confesar	0, - 10	-6, -6

Como puede observarse, la estrategia dominante (en negritas) consiste en que ambos confiesen, lo cual implica que ambos acaban en la cárcel por seis años. (Eso explica que los resultados del recuadro inferior derecho estén destacados: son la estrategia dominante.) El resultado no sólo no es óptimo, sino que es el peor escenario posible (-6, -6). Existen resultados que serían mejores, más Pareto-eficientes—lo cual es la lección a aprender: el dilema del prisionero demuestra *inter alia* la utilidad de cooperar. Si los participantes tuvieran una manera de comprometerse a no hablar, y el compromiso fuera creíble, podrían ambos procurar el resultado óptimo: el de la esquina superior izquierda: ambos pasarían en la cárcel la menor cantidad de tiempo posible (-2, -2).

Corolario: hay casos en que la cooperación puede evitar un resultado desafortunado. Cuando ante una disputa, dicha cooperación puede ser lograda mediante conciliación. Ese es el valor que confiere la mediación: procurar los beneficios de la cooperación.

(b) *Equilibrio de Nash*

El **Equilibrio de Nash** (o *Cournot-Nash Equilibrium*) consiste en la combinación de estrategias que jugadores probablemente escogerán en la que ningún jugador podría mejorar eligiendo una estrategia diferente dada la estrategia que el otro elige. La estrategia de cada jugador debe ser la mejor respuesta a la estrategia del otro. En otras palabras, es el par de estrategias que son, cada una, la mejor respuesta a la otra. Es decir, es el *detente* generado una vez que ambas partes en un juego conocen sus respectivas estrategias y eligen no dar paso adicional alguno por considerar que no tienen nada que ganar de cambiar el *statu quo*.

Los juegos pueden arrojar Equilibrios de Nash distintos. Y éstos pueden ser tales que no maximicen la riqueza agregada de los participantes. Una intervención por un

⁵¹ El único objetivo de cada criminal es optimizar su tiempo; ir a la cárcel por el menor tiempo posible, siendo indiferente por el tiempo que el otro permanezca encarcelado.

⁵² El juego descrito se acuñó en los años 50 por Merrill M. Flood y Melvin Dresher.

tercero (conciliador) puede ayudar a que las partes no sigan ciegamente su estrategia dominante, encausándolas a la estrategia que propicia mayor riqueza agregada.

Un ejemplo puede ilustrar. Y lo tomaré de hollywood:⁵³ en *A Beautiful Mind* (una película sobre la vida del John Nash, la persona cuyo nombre lleva el equilibrio citado) se describe un juego curioso: ¿cuál es la estrategia dominante de un grupo de tres jóvenes que en un bar conoce a tres mujeres? *Ex ante*, la estrategia dominante de cada uno de los varones es intentar cortejar a la más guapa. Pero como son tres hombres y una sola mujer, la mujer no podrá más que escoger uno, en cuyo caso los dos restantes voltarán a ver a las otras dos mujeres. Sin embargo, en dicho caso, las mujeres—no queriendo sentirse plato de segunda mesa—rechazarán a los varones. La estrategia dominante arroja un resultado Pareto-ineficiente: sólo un varón saldrá del bar ese día con pareja. Conocido este resultado *ex post*, puede rediseñarse una estrategia *ex ante* que cambie el resultado, propiciando que todos los varones salgan con una pareja ese día del bar: que, cuando las tres mujeres entren al bar, los varones se coordinen. Que encuentren una manera de ‘asignar’ quién intentará coquetearle a quién, para evitar que, ante un rechazo, se recurra a la ‘segunda opción’, detonando así el rechazo de lo que de otra manera pudo haber sido un ‘sí’. Resultado: todos salen acompañados del bar esa noche.

El corolario del ejemplo citado es que *es útil conocer las implicaciones de una estrategia dominante*. Y con la intervención de un agente—en nuestro caso, un tercero; un conciliador—puede reencausarse la conducta de una manera que el resultado indeseable sea evitado.

(c) *La tragedia de los comunes*

La tragedia de los comunes (*tragedy of the commons*) es la forma en que la microeconomía tilda el siguiente resultado desafortunado: cuando ante un recurso compartido, en donde usuarios individuales, actuando en forma independiente, atendiendo exclusivamente su interés individual, se comportan en forma contraria al bien común de todos los usuarios, agotando o arruinando el recurso común a través de su acción colectiva. El motivo: exceso de consumo. En ausencia de ciertos límites sobre bienes de propiedad o explotación común, la estrategia dominante de las partes será sobre-explotar el bien común en un primer momento, generando desperdicio, y agotando el bien común. Pero si hubiera habido coordinación—misma que puede lograrse mediante conciliación (cuando ante información asimétrica)—podría acercarse un nivel óptimo de consumo. Uno que no arruina o agota el recurso común.

La tragedia de los comunes puede evitarse con cooperación, misma que puede facilitarse con la intervención de un tercero; alguien distinto a las partes mismas. Un conciliador.

53

Confieso que me tomo ciertas libertades en aras de lograr los propósitos de este ensayo.

C. ARBITRAJE

Hay mucho que decir sobre el arbitraje desde la perspectiva del AED. Dados los objetivos de este ensayo, a continuación me centraré en la utilidad que confiere (§1), abordando algunos aspectos controversiales (§2), para finalizar con una conclusión (§3).

1. Valor

El valor que ofrece arbitraje es que:

- (1) **Quién/Órgano decisor:** Permite confeccionar el intelecto que resolverá una controversia. Ello es especialmente valioso cuando la solución apropiada requiere pericia. O cuando la decisión exija discusión sobre temas sutiles, o requiere mucho tiempo o laboriosidad del evaluador para llegar a la postra correcta.
- (2) **Cómo/Proceso:** Permite diseñar el proceso como traje a la medida para atender las necesidades del caso.
- (3) **Cuándo/Finalidad y Tiempo:** permite obtener decisiones finales (con fuerza de cosa juzgada) en un tiempo inferior al que el proceso general permitiría.

El valor descrito arroja eficiencias importantes (§a), cuyo logro preciso depende de las normas sociales que se desarrollen (§b), por lo que se ha logrado de forma dispar (§c).

(a) Eficiencias

Desde la perspectiva de análisis económico del derecho, el valor de lo expuesto es que permite gerenciar el riesgo de una mejor manera. Ello pues cerciora que quien resolverá es el mejor situado para hacerlo: el experto. O que el proceso atiende a una necesidad del problema (por ejemplo, velocidad). A su vez, que será temporalmente atinado, evitando procesos en los que la finalidad de un problema se prolonga en el tiempo, lesionando la relación, o propiciando otros problemas.

Desde la perspectiva de AED, todo lo anterior significa que el resultado es riesgo gerenciado, y por ende reducido. El valor expuesto es con frecuencia subestimado, a veces ignorado. No debería; no existe otro concepto jurídico que brinde este valor. Luego entonces, desde la perspectiva de análisis económico del derecho, el valor último que el arbitraje brinda es que incrementa la calidad de la justicia cuando el problema tiene que cursarse jurídicamente.

El valor expuesto es no solo importante, sino con una importancia creciente. En un mundo complejo, la posibilidad de cursar problemas al mejor situado para resolverlos, de una forma que atiende a las necesidades del problema, en forma veloz y definitiva, es una opción valiosa. Y dado que el mundo es incrementalmente complejo, dicho valor será incrementalmente útil.

(b) *Normas sociales*

Las normas sociales son las actitudes sociales de aprobación o desaprobación que especifican qué debe ocurrir y lo que no debe ocurrir.⁵⁴ Existen normas sociales sobre todos los aspectos de la conducta humana.

Enfrentado con el concepto, lo primero que suele pensar una persona es en las normas de cortesía. Por ejemplo, saludar en el primer encuentro; masticar con la boca cerrada; decir *gesundheit* cuando alguien estornuda. Las normas sociales son sin embargo mucho más amplias. Abarcan todo. Ello a veces asombra pues parecerían no estar presentes. Parecen invisibles. Si ello ocurre es porque se dan por hecho. Se suponen.

La relevancia económica de las normas sociales es que pueden (o no) promover la libertad y el bienestar. **Libertad**, pues, sin las mismas, la vida social no sería posible.⁵⁵ **Bienestar** pues operan como *impuestos* sobre, o inclusive *subsidios* de, cierta conducta.

De las muchas lecciones que sobre las normas sociales arroja el análisis económico del Derecho, las siguientes son relevantes y merecen ser destacadas para nuestros propósitos:

- (1) Las normas sociales juegan un papel primordial en las elecciones de las personas. Las elecciones individuales son una función de las normas sociales.
- (2) Los agentes individuales tienen poco control sobre las normas sociales. Quien busque realizar cambios enfrenta un problema de acción colectiva.
- (3) Algunas normas sociales son obstáculos a la autonomía humana y el bienestar.

Luego entonces, la comprensión y atención de las normas sociales es crucial para el logro de las finalidades de una institución legal. Pasemos ahora a comentar su resultado en cuanto al arbitraje.

(c) *Resultados*

Mientras que algunas jurisdicciones han logrado cimentar normas sociales positivas y robustas sobre el comportamiento de los abogados y árbitros, otras no. La consecuencia es un desempeño disímulo de los beneficios de la institución jurídica arbitral. Para explicar porqué, centraré mi comentario en los dos ejes citados: normas sociales

⁵⁴ Una reseña breve, atinada y propositiva es la de SOCIAL NORMS AND SOCIAL ROLES de Cass R. Sunstein (CHICAGO LECTURES IN LAW AND ECONOMICS, Eric A. Posner (ed), Foundation Press, New York, 2000, p. 135). Para un tratado exhaustivo y atinado, se recomienda Erick Rasmusen, LAW AND SOCIAL NORMS, Harvard University Press, 2000.

⁵⁵ Sin las normas sociales, la atención de problemas de acción colectiva exigiría coerción, incentivos e inversiones fuertes.

aplicables a los abogados, y las aplicables a los árbitros. El enfoque en dichos dos deriva de su importancia y el ángulo de este ensayo. Sin embargo, no son los únicos.⁵⁶

Abogados: la rivalidad derivada de una contienda existe siempre. Esa es la labor (y vida) del abogado: pelear. Confrontar. Defender. La actitud ante la misma no está dada, sin embargo. *Grosso modo*, existen dos especies de actitudes que abogados adoptan en un proceso arbitral. Las catalogaré en decente y chicanera.

- *Decente:* el abogado que, aunque enérgico,⁵⁷ no incurre en tácticas deontológicamente reprobables.
- *Chicanera:* el abogado que recurre a tácticas deontológicamente deplorables con miras a obtener ventajas sobre su rival, infligir costo o molestias a su adversario, o sabotear un proceso que busca hacer responsable a su cliente. Lo que el medio arbitral llama “tácticas de guerrilla”.

Desde la perspectiva económica, la relevancia de lo anterior reside en que las normas sociales son un contrapeso. Y dado el régimen y praxis arbitral, inciden de dos maneras en nuestro tema: la **reputación** y los **costos**.

La *reputación* juega un papel económico importante: comunica el riesgo de tratar con una persona, atento a su conducta pretérita. El motivo: la reputación establece un vínculo entre la conducta previa y las expectativas a futuro. Involucra conducta que uno no esperaría en una interacción aislada.⁵⁸ Ello es relevante siempre, pero aún más en juegos de información incompleta. Sea que se trata de un juego aislado (un *one-shot transaction*) o una relación continuada (un *repeated game*), la reputación es un elemento que nutre y cambia la estrategia de los jugadores, particularmente la de quien inicia (el *first-mover*).

Si una persona desacata cánones de conducta, se hará de una reputación consecuente. Y ello hará que sus tratos futuros sean menores y más onerosos. *Menores* pues enfrentará menos demanda: la gente prefiere tratar con gente decente. Ello implica *costo de oportunidad*: La mala reputación tiene como resultado menos operaciones potencialmente benéficas: el universo de personas que querrán tratar—y tratan—personas con mala reputación es inferior a aquellas con buena reputación. *Más onerosos* pues el co-contratante potencial tomará pasos de precaución, de resguardo (por ejemplo, garantías – *de facto* y *de iure*), lo cual implica un *costo de transacción*. Es decir, a la gente con mala reputación le cuesta más celebrar operaciones potencialmente benéficas en comparación con la gente con buena reputación.

⁵⁶ Otros relevantes son los clientes, la institución arbitral y el poder judicial. Cada uno participa de, y nutre, las normas sociales aplicables. Y su comportar también incide en el desempeño—la eficiencia—de la materia.

⁵⁷ Lo cual no se puede recriminar – existe un deber de defender a su cliente con ahínco.

⁵⁸ Ver al respecto George J. Mailath y Larry Samuelson, REPEATED GAMES AND REPUTATIONS, Oxford University Press, Oxford/New York, 2006, p. 459 *et seq.*

Respecto de *costos*, hay mucho que se puede decir. Desde la perspectiva de normas sociales y su incidencia en el logro del valor del arbitraje, tres comentarios son procedentes:

- Primero, la norma social aplicable es variable; sin embargo, tiende a involucrar la distribución a la mitad de los costos arbitrales. Es decir, los árbitros no suelen asignar los costos del arbitraje y costos de representación legal. Suelen decidir que cada quién cubra sus costos, y la mitad de los costos arbitrales.⁵⁹
- Segundo, la regla en arbitraje es significativa pues, contrario a la praxis visible en otros contextos,⁶⁰ conforme a derecho arbitral, el tribunal arbitral tiene discreción en la distribución de los costos del arbitraje.⁶¹ Ello es una norma más perfecta que la norma genérica visible en algunas jurisdicciones – que adoptan *tabula rassa* la regla americana o inglesa.
- Tercero, el ejercicio de la facultad de distribución de costos es una excelente oportunidad para propiciar incentivos correctos: un tribunal arbitral que evalúa cómo distribuir los costos del arbitraje haría bien en tomar en cuenta tres variables: (i) el resultado sustantivo del caso; (ii) la conducta procesal de las partes durante el proceso;⁶² y (iii) demás aspectos que puedan ser relevantes.⁶³

Lo anterior ocurre dada una norma social. Al respecto se observa que el tema de costos es sensible: cuando han existido asignaciones de costo superiores a dividir por la mitad, las partes responden con virulencia. Y cuando involucran contribución a costos legales, aún más. Ello parece no paliar, y mucho menos cambiar, al citárseles el precepto que establece el principio “el que pierde paga” como punto de partida del análisis.⁶⁴

⁵⁹ Esta apreciación es criticable en que existe una enorme cantidad de casos en que árbitros han distribuido los costos del proceso de forma distinta a simplemente dividirlos por la mitad, a veces empleando criterios sofisticados, anclándose en aspectos objetivos del caso, y citando motivos plausibles. Sin embargo, como aseveración general, parece ser justificada.

⁶⁰ Por ejemplo, la ‘regla americana’ (*American Rule*) consistente en que los costos legales involucrados en un proceso son pagados por cada parte. Contrástease con la ‘regla inglesa’ (*English Rule*): el que pierde paga. Un análisis de teoría de los juegos de dichas reglas arroja resultados diversos que, dado el propósito de este ensayo, resumiré en un doble comentario. Primero, las reglas descritas, formalmente estudiadas, arrojan resultados (1) distintos a la sabiduría convencional; y (2) de difícil generalización. Segundo, mientras que en ocasiones la regla americana puede incentivar transacción, en otras no (por ejemplo, en casos grandes). Mucho depende de qué tan alineadas están las expectativas de las partes, el apetito o aversión al riesgo, el monto en disputa, entre otros factores (Vid Devlin, *ob. cit.*, pp. 211-217).

⁶¹ Artículo 1453 del Código de Comercio.

⁶² Si una de las partes incurre en tácticas de guerrilla, el tribunal arbitral haría bien en tomar dos pasos. Primero, determinar el costo generado por dichas tácticas, y exigir que el mismo sea pagado por la parte que los propició. Segundo, que la distribución del costo total del caso tome en cuenta conducta procesal reprochable.

⁶³ En DISTRIBUCIÓN DE COSTOS EN ARBITRAJE: EL MÉTODO PORCENTUAL (Revista del Club Español del Arbitraje, No. 24, 2015, p. 69) se propone que los costos del arbitraje se dividan conforme a la siguiente fórmula: $C = G/R$; donde: C = Costo; G = Ganado; y R = Reclamado.

⁶⁴ Artículo 1455 del Código de Comercio.

Árbitros: el árbitro tiene el deber (deontológico además de jurídico⁶⁵) de ser imparcial. La ‘imparcialidad’ es la *liberté d’esprit*. La ausencia de predisposición a favor de una u otra parte o postura *in casu*. Su observación implica una labor consciente. Esmerarse por cerciorar que ha comprendido ambas posturas, y que ha optado por la que considera correcta, con pleno conocimiento de los motivos por los que pesa más que la postura contraria. Ello incluye estar consciente de que, como todo ser humano, tiene predisposiciones, mismas que deben manejarse para que no arrojen el resultado incorrecto.⁶⁶ Y las preconcepciones importan inclusive cuando lo único que uno hace es determinar hechos.⁶⁷

No faltará quien objete, inclusive cuestione, que tiene preconcepciones, presumiendo su *total* imparcialidad. Sin embargo, como dice Posner, “*everyone is at the mercy, to some degree, of his preconceptions.*”⁶⁸ El motivo: todos las tenemos.⁶⁹ Son los antecedentes personales y experiencia que sirve de fundamento de muchas determinaciones que hacen los juzgadores.⁷⁰

El punto de lo anterior en esta reflexión es que la promesa de imparcialidad es una que a veces se cumple, a veces no. Y cuando ocurre, ello es un prerequisite para que se logre el valor del arbitraje: ofrecer a quienes tienen un problema, una diferencia, el que una persona neutral, inteligente y abierta a ser convencida en cualquier sentido, analizará con cuidado y apertura su caso y hará su mejor esfuerzo por decidir a quien asiste el Derecho y la razón.

Atando ambas líneas de análisis (normas sociales de abogados y normas sociales de árbitros) entre más logre un núcleo social determinado (una jurisdicción) procurar normas sociales correctas, más abonará a lograr el valor último del arbitraje: constituirse en una opción valiosa para canalizar problemas sutiles, que requieren una pericia particular, un tiempo determinado, o flexibilidad procesal, que permita atender las necesidades peculiares de un problema particular.

⁶⁵ Artículo 1428 del Código de Comercio.

⁶⁶ Como explica Posner en HOW JUDGES THINK (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2008, 2008, p. 67) las preconcepciones tienen un papel en el pensamiento racional. Aunque tienen mala fama, son producto de la interacción entre impresiones sensoriales—el impacto que el mundo exterior tiene en los órganos del sentido—y las funciones clasificatorias del cerebro. Siguiendo terminología Kantiana sobre la epistemología de las impresiones sensoriales, las impresiones son inteligibles al ser sujetas a las categorías mentales. Como solía decir Cardozo: “*we may try to see things as objectively as we please. None the less, we can never see them with any eyes except our own*”.

⁶⁷ Ello recuerda lo que puede entenderse como el legado más importante de Friedrich Hayek: el reconocimiento que los límites del conocimiento presentan un problema económico, aún cuando el comportamiento analizado no se supone egoista. (Posner, HOW JUDGES THINK, *ob. cit.*, p. 38.)

⁶⁸ HOW JUDGES THINK, *ob. cit.*, p. 76.

⁶⁹ En *How Judges Think*, Posner analiza cinco frecuentes (*ob. cit.*, p. 69 *et seq*): “(1) Conscious falsification, (2) priors shaped by experience, temperament, ideology, or other personal, nonlegalist factors, (3) cognitive illusions, (4) Priors shaped by irrelevant reactions, (5) twisting the facts to minimize the likelihood of being reversed.”

⁷⁰ HOW JUDGES THINK, *ob. cit.*, p. 75.

2. Análisis de temas controversiales

Del universo de temas arbitrales que pueden ponerse bajo la lupa del AED, a continuación abordaré un cuestionamiento académico ocasionalmente escuchado (§a), para luego hacer un comentario sobre la elección del árbitro bajo la lupa de la teoría de los juegos (§b), para concluir con un análisis de los incentivos de los árbitros (§c).

(a) *Erosión del derecho*

En *What do Arbitrators Maximize?*⁷¹ Richard Posner hace eco de lo que algunos consideran un problema del arbitraje: al no publicarse los laudos, se reduce predecibilidad. En sus palabras:⁷²

Problem of unpublished awards. Arbitration doesn't provide as much guidance to future parties as a conventional legal system does

[el problema de los laudos no publicados. El arbitraje no prevé a las partes orientación para el futuro, como lo hace el sistema legal convencional]

No es la primera vez que escucho esta objeción. Suele expresarse por académicos provenientes del sistema de *common law*. Y en justicia, es una observación que tiene más espacio de posible aceptación en sistemas *common law*: después de todo, en sistemas civiles, el foco de atención es el derecho escrito. Por ende, el volumen de la casuística jurisprudencial no suele tener el mismo peso que en países de tradición de *common law*.

La inquietud padece de problemas diversos que le restan seriedad. Es probablemente por ello que se le escucha poco—y cada vez menos.

Primero, es exagerada. El volumen de casos que se siguen por la vía arbitral es muy inferior al que se sigue por la vía litigiosa local. Por ende, aún suponiendo que tuviera algún asidero (no lo tiene), parecería estar sobre-expuesta.

Segundo, forza la siguiente pregunta: ¿acaso existe un deber de generar derecho consuetudinario? El cuestionamiento parece insinuar que sí. La respuesta es un evidente 'no'.

Tercero y más importante, supone que es preferible que las partes *no* tengan lo que prefieren—una mejor manera de resolver sus problemas—con tal de que sus problemas arrojen estela legal que sea de utilidad para otros en el futuro.

Por lo anterior, la crítica es del género que no merece ser atendida, mucho menos aceptada. Simplemente no detecta yerro, y mucho menos propone una mejoría en el estado de las cosas.

⁷¹ Peter Nobel, Katrin Kehan and Philipp von Ins, LAW AND ECONOMICS OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Deutsche Nationalbibliothek, Switzerland, 2013, pp. 123-135.

⁷² Id. p. 126.

(b) *La elección del árbitro: comentario conforme a la teoría de los juegos*

La literatura arbitral aduce con frecuencia que la decisión táctica más importante en un caso es la elección del árbitro. “Tan bueno es el arbitraje como lo es el árbitro” reza el adagio. Sin embargo, la decisión suele encontrar aproximaciones diversas. Existe, por ejemplo, quien considera que la elección del árbitro debe ser realizada en base a consideraciones *realpolitik*: “el motivo para escoger un árbitro es porque te puede ayudar a ganar” – una vez escuché a alguien decir. Otros en cambio consideran que la elección del árbitro obedece a motivos más ‘idealistas’: pericia, decencia, inteligencia.

¿Qué postura defiende la teoría de los juegos? A continuación trataré de dar una respuesta a dicha pregunta analizando un conjunto de circunstancias, haciendo un análisis de teoría de los juegos.

Hechos: Los hechos serán los que arroja un ‘juego’ sencillo: dos partes en pleito: **A** (demandante) y **B** (demandado). Ambos enfrentan el mismo dilema: ¿designar un árbitro parcial o uno imparcial? La premisa siendo que designar un árbitro parcial propicia una ventaja; pero si ambos lo hacen, el resultado es subóptimo: el único que en verdad decide es el presidente. Y ello es indeseable pues es preferible que el árbitro designado incida en el resultado del fallo.

Los escenarios que analizaré son: (i) **A** juega limpio, **B** juega sucio; (ii) **A** juega sucio, **B** también; (iii) **A** juega limpio, **B** también.

Suposiciones: El siguiente análisis supone que:

- (1) Que las reglas típicas de designación aplican: (a) cada parte designa a ‘su’ árbitro, y los árbitros de parte designan al presidente; (b) ante ausencia de acuerdo sobre el presidente, lo designa la institución arbitral.
- (2) Es preferible incidir en la confección del proceso y laudo, pues incrementa calidad. Reduce también la posibilidad de error.
- (3) Mientras que el árbitro imparcial buscará decidir a quién asiste el Derecho y la razón, el árbitro parcial incurrirá en todo tipo de artimañas para beneficiar a la parte que lo designa: no sólo estará cargado apriorísticamente a favor de quien lo designó, sino que realizará comunicaciones *ex parte* y de ser necesario saboteará el proceso.
- (4) Existe información. La reputación de los árbitros es conocida, por lo que su elección comunica mucho del tipo de ‘juego’ que las partes desean jugar.
- (5) El árbitro imparcial es decente pero no inocente: conoce las técnicas que existen para desarmar a un árbitro parcial en deliberación. Y para no premiar conducta oportunista en el proceso y la elección del presidente.
- (6) La institución arbitral percibirá el ‘juego’ que está teniendo lugar y escogerá como presidente a un árbitro imparcial.

Las gráficas que haré hacen un análisis simplificado de los resultados (*payoffs*) que arroja cada opción: +10 y -10. Analizados dichos juegos, trataré de llegar a conclusiones predictivas y normativas.

(i) **A juega limpio, B no**

Empecemos por el principio. Siendo que **A** empieza el juego, de designar un árbitro parcial, se manda el mensaje que el juego será tal que la estrategia dominante de **B** será también escoger un árbitro parcial. Después de todo, **A** ha obtenido una ‘ventaja’ que **B** tiene que contrarrestar. Por contra, si **A** empieza el juego designando a un árbitro imparcial, el mensaje que mandará es que desea jugar limpio. Que le apuesta a los ideales del arbitraje. En este caso, **B** tiene una opción: *jugar limpio* (escogiendo un árbitro imparcial) o *jugar sucio* (escogiendo un árbitro parcial). A primera impresión, parecería que la estrategia dominante de **B** es escoger un árbitro parcial: al haber **A** escogido a un árbitro imparcial, le ha dado la oportunidad a **B** de obtener una ventaja sobre **A**: al escoger **B** a un árbitro parcial, puede tildar la balanza en su favor, obteniendo ventajas que **A** no tendrá.

Esta primera aproximación pierde de vista algunas sutilezas, sin embargo. Ante un árbitro parcial, el árbitro imparcial se percatará que **B** está jugando sucio, por lo que el árbitro imparcial adoptará la siguiente estrategia: (i) no cooperará con el árbitro parcial en la elección del presidente del tribunal arbitral, lo cual tendrá por efecto que éste sea designado por la institución arbitral. (ii) El árbitro imparcial adoptará estrategias antidoto de tácticas abusivas del árbitro parcial. El resultado de lo anterior probablemente será que (1) el presidente del tribunal arbitral tenderá a estar de acuerdo con el árbitro imparcial.⁷³ (2) La incidencia (entendida como posibilidad de influir en el proceso y el laudo) del árbitro parcial es poca, si no es que nula. (3) La estrategia de **B** habrá sido contrarrestada.

Graficados, los resultados que arroja el juego descrito son los siguientes:⁷⁴

		B Demandada	
		Árbitro Imparcial	Árbitro Parcial
A Demandante	Árbitro Imparcial	+10, +10	+10, -10
	Árbitro Parcial	-10, +10	-10, -10

⁷³ Esta generalización puede ser inaplicable—notablemente cuando a **A**, no obstante que juega limpio, no le asiste el Derecho en el fondo del caso. Sin embargo, en dicho caso, **A** no hubiera obtenido un laudo a favor de cualquier manera. Por ende, aunque variable, como generalización para modelar parece aceptable.

⁷⁴ Los números en negritas muestran la estrategia dominante.

El resultado del juego expuesto es mostrado en la caja superior derecha: mientras que **A** obtiene un beneficio de +10, **B** obtiene un beneficio de -10. Como puede observarse, el resultado de la conjugación de las estrategias individuales arroja una estrategia dominante tal, que el resultado es adverso a **B**: mientras que **A** obtiene +10, **B** -10.

(ii) **A juega sucio, B también**

Imagínemos ahora que **A** comienza designando un árbitro parcial. **B** leerá la estrategia como lo que es, y también designará un árbitro parcial.⁷⁵ Ante dos árbitros parciales, lo más probable es que no se logre un acuerdo sobre quién será el presidente del tribunal arbitral. Éste tendrá por ende que ser designado por la institución arbitral. Al designar la institución arbitral a un árbitro imparcial, el resultado práctico será que será el presidente quien resuelva el caso. (De adoptar ambos árbitros posturas extremas, el presidente emitirá el laudo él sólo.⁷⁶) El resultado agregado de lo anterior es triple:

1. **Desperdicio de oportunidad:** suponiendo que tres mentes piensan mejor que una,⁷⁷ se estará desperdiciando la oportunidad de contar con una decisión en la que tres personas participaron en el arribo a la conclusión y la redacción de la decisión.
2. **Calidad inferior:** suponiendo de nuevo que tres mentes piensan mejor que una, la ausencia de una *verdadera* deliberación tendrá por efecto que las impurezas que pudo haber eliminado una deliberación intensa estarán presentes. Como resultado, el fallo (el laudo) será de calidad inferior.
3. **Desperdicio de honorarios:** aunque fueron tres árbitros los remunerados, en verdad sólo fue uno la causa eficiente de la decisión y su motivación. Ello implica triple costo, sin el consecuente beneficio.

Expuesto gráficamente, los resultados que arroja el juego descrito son los siguientes:

⁷⁵ El paso no es evidente. Podría acontecer que **B** designa a un árbitro limpio y logra revertir las cosas a su favor en forma semejante al escenario (i) anterior.

⁷⁶ Un paso que la mayoría de los reglamentos arbitrales permiten ante casos extremos como este. (*Vid.*, por ejemplo, artículo 32(1) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.)

⁷⁷ Una suposición que a su vez lleva aparejada otras suposiciones dignas de escrutinio, inclusive cuestionamiento. Al respecto, véase Mancur Olson, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION, Harvard University Press, 1971.

		B Demandada	
		Árbitro Imparcial	Árbitro Parcial
A Demandante	Árbitro Imparcial	+10, +10	+10, -10
	Árbitro Parcial	-10, +10	-10, -10

El resultado del juego expuesto es el que muestra la caja inferior derecha: -10, -10. Es decir, ambas partes obtendrán resultados negativos. El peor de todos los escenarios posibles.

(iii) A juega limpio, B también

Si **A** elige a un árbitro imparcial y **B** también, es probable que lleguen a un acuerdo sobre la identidad del presidente, que probablemente también será imparcial. Pero aún si no se ponen de acuerdo en la identidad del presidente del tribunal arbitral, siendo que será elegido por la institución arbitral, el resultado será un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros completamente deseosos de lograr el valor último que busca el arbitraje. El resultado será ganar-ganar, como lo muestra la siguiente gráfica:

		B Demandada	
		Árbitro Imparcial	Árbitro Parcial
A Demandante	Árbitro Imparcial	+10, +10	+10, -10
	Árbitro Parcial	-10, +10	-10, -10

El resultado del juego descrito es el mostrado por la caja superior izquierda: +10, +10. Es decir, ambas partes ganan (entendiendo 'ganar' como un laudo que no genera desperdicio de costos ni de oportunidades). El resultado sustantivo es función del derecho aplicable, pero no cambia el resultado descrito—de hecho, lo robustece: como regla, es menos probable que los tres mal-apliquen el derecho aplicable.

(iv) **Conclusión: la estrategia dominante es jugar limpio: designar un árbitro imparcial**

La conclusión que el análisis estratégico descrito arroja es que la estrategia dominante de las partes al elegir un árbitro es la de escoger a un árbitro imparcial. La posibilidad de ocurrencia de consecuencias negativas derivada de la elección de árbitros parciales suele estar auto-contenida y contrarrestada dado el ‘juego’ consistente en las reglas de designación del tribunal arbitral. Se trata de un caso en que el pragmatismo apoya el idealismo—algo que no siempre ocurre, y que debe aplaudirse cuando pasa.

(c) *Incentivos de los árbitros*

La conducta de los árbitros parece ser más materia de elucubración que de análisis. Tristes (a veces enojados) por perder un caso, partes o sus abogados (a veces ambos) a veces emiten aseveraciones altisonantes que levantan cejas. Confieso haber escuchado algunas que me han dejado sorprendido, particularmente ante lo (evidente) de la respuesta que podría explicar la duda que expresa el emisor de la crítica.⁷⁸

Ante tanto ‘ruido’, ¿porqué no usar un instrumento poderoso—el AED—para analizar la conducta de los árbitros?

¿Qué incentivos enfrentan los árbitros? Aunque existe mucha literatura arbitral sobre los requisitos y obligaciones de los árbitros, mucho menos existe sobre los incentivos que enfrentan. Y siendo que son éstos los que norman conducta, la pregunta es relevante.

En *What do Arbitrators Maximize?*,⁷⁹ Richard Posner hace un análisis de los incentivos que enfrentan los árbitros. Recordando que todos tenemos una “*utility function*” (es decir, todos tenemos preferencias y restricciones, y éstas influyen y guían nuestras posiciones), y considerando que no hay diferencias fundamentales entre jueces y árbitros (y cualquier persona),⁸⁰ asevera que:⁸¹

“[the] Tendency of arbitrators to split the difference”.

⁷⁸ Me refiero al sesgo (*cognitive bias*) consistente en casarse con una postura – la defendida. La que interesa. La que le corresponde defender. Dicho sesgo es conocido como *tunnel vision bias*. Son muchos los casos donde observo que partes y sus abogados se cazan con *su* postura, descontando la postura contraria, a tal grado que una apreciación objetiva parece imposible. Como resultado, cuando reciben un laudo en contra, no logran descifrar qué pasó. Ello me reafirma que la habilidad forense de emitir una opinión objetiva—es decir, una que hace una apreciación equilibrada de los pros y contras de un caso—es escasa. Y valiosa.

⁷⁹ Peter Nobel, Katrin Kehan and Philipp von Ins, LAW AND ECONOMICS OF INTERNATIONAL ARBITRATION, Deutsche Nationalbibliothek, Switzerland, 2013, pp. 123-135.

⁸⁰ En *How Judges Think* Posner explica cómo la teoría económica del comportamiento judicial trata al juez como un ser racional, egoísta, y maximizador de su utilidad. Tiene una “función de utilidad” (“*utility function*”) que incluye una diversidad de objetivos complejos que guían la acción racional. Incluyen ingresos, comodidad, poder, prestigio, reputación, respeto personal, el placer intrínseco de hacer trabajo estimulante y retante, y demás satisfactores que las personas suelen obtener de su trabajo. (HOW JUDGES THINK, *ob. cit.*, p. 35.)

⁸¹ LAW AND ECONOMICS OF INTERNATIONAL ARBITRATION, *ob. cit.*, p. 124.

[la tendencia de los árbitros es adoptar soluciones salomónicas]

Aunque admite que es una conjetura, razona que:

The reason for this is that the arbitrator, if he's a career arbitrator, has to consider what effect his decision is going to have on the future demand for his services. So if he sides very decidedly with one party – for example he awards zero damages or he awards heavy damages ... the other party will not consent to his arbitrating future disputes.⁸²

... splitting the difference that seems to be a logical implication of the utility function of an arbitrator...⁸³

[la razón de esto es que el árbitro, de ser un árbitro de carrera, tiene que considerar el efecto que su decisión tendrá en la futura demanda de sus servicios. De votar muy a favor de una de las partes – por ejemplo, otorgando cero daños o condenado a daños altos ... la otra parte no consentirá el que en el futuro arbitre sus disputas.

... dividir la diferencia parece la implicación lógica de la curva de utilidad de un árbitro...]

Llevo tiempo ponderando sobre esto.⁸⁴ Tengo una triple respuesta: una admisión, una objeción, y una refinación.

Primero, la admisión. Duante una buena parte de mi reflexión consideré que el postulado contenido en el ensayo estaba totalmente equivocado. Se trataba de una suposición sobre conducta *posible*, pero no sustanciada por la praxis. Ello a su vez me hizo dudar sobre el valor predictivo del AED—admito que mi duda nunca se extendió al autor: Richard Posner es una de las personas más inteligentes que he conocido.⁸⁵

Segundo, la objeción: no observo que la predicción ocurra. En mi experiencia, la aplastante mayoría de los árbitros son imparciales y, salvo costos,⁸⁶ nunca he visto o sabido de una decisión salomónica. Que “divide el bebé” (*split the baby*). Aplican el derecho tal cual. Como advertía Milton Friedman: una teoría debe probarse, no por el

⁸² Idem.

⁸³ Id., p. 125.

⁸⁴ Encontré y leí el ensayo citado después de una audiencia en un caso deportivo en Zurich, en que tenía tiempo libre para pasear y ponderar sobre mi caso (que era duro en extremo). Caminando por la zona antigua encontré la librería Schultess. Cuál fue mi sorpresa cuando los anaqueles contenían una obra de mi querido director de doctorado que no conocía, justo sobre el tema de mi especialidad y actividad principal: el arbitraje. Dicha sorpresa fue superada sólo por la sorpresa sobre de lo que decía. ¿Cómo es posible que alguien tan inteligente enuncie una teoría tan apartada de la realidad? O por lo menos *mi* realidad: desde mi perspectiva, empíricamente, la aseveración no encuentra sustento alguno. De todos los laudos que he recibido como abogado de parte, escrito como árbitro, o estudiado académicamente, no recuerdo uno sólo en que—excepción hecha de la sección de costas, lo cual abordó más adelante—considere o perciba que existió una decisión salomónica. Uno. Luego entonces, ¿qué estará sucediendo?

⁸⁵ Lo admito: tengo un sesgo. Y es doble. He leído todos los libros que ha escrito; así como todos los artículos de él que he encontrado – y que dado lo prolífico que es desconozco si son todos. Segundo, como director de mi doctorado, mi aprecio por su ayuda, ejemplo y apoyo son enormes. Sin embargo, quien conoce a Posner sabe que es un ejemplo de dialéctica. Luego entonces, en honor al ideal que Richard Posner defiende, lo honraré siendo consecuente con sus ideales, aunque me lleven a diferir.

⁸⁶ Lo cual abordo en III.C.1(c), *supra*.

realismo de sus suposiciones, sino el tino de sus predicciones.⁸⁷ Bajo dicho barómetro, la teoría es de cuestionable aceptación.

Tercero, creo que la reflexión tiene algo de cierto: la premisa. Es decir, los árbitros sí piensan en el futuro. Pero no en la forma que predice el ensayo de Posner. Un árbitro que quiere ser un buen árbitro se enfoca en calidad: del fallo; de su conclusión. Pero no sesga la decisión por asegurar negocio futuro. Ello sería contrario al ideal del arbitraje y motivo (tutelable) por el que se le designó. Me explico.

El **ideal del arbitraje** descansa en la posibilidad de diseñar un proceso como traje a la medida a las necesidades del problema, pero que siga siendo tan ejecutable como una sentencia que ha seguido la (larga, onerosa y engorrosa) lista de pasos (instancias) que de otra manera tendrían que seguirse para obtener una sentencia que sea cosa juzgada. Como explico en *Arbitraje*.⁸⁸

Esta es la razón última y universal del Derecho Arbitral. Servir de plataforma para que las partes puedan hacerse la *mejor* justicia, entendida como la *más adecuada*, dadas las necesidades de las partes y peculiaridades del problema atacado. La importancia de este postulado justificaba incluirlo como parte del Prólogo, haciendo la (seria) acusación que quien no entienda esto, no ha entendido el arbitraje —y probablemente por ello no lo usa (en su detrimento). Quien no entiende esto se está perdiendo de una herramienta para resolver un género de problemas que no encuentran una adecuada atención o respuesta por el mecanismo ordinario de solución de controversias: el litigio.

El **motivo tutelable** consiste en que, de los diversos motivos que pueden existir para designar a un árbitro,⁸⁹ el que merece resguardo es el siguiente: la elección del árbitro —es decir, ¿a quién designar?—obedece a una decisión de reconocimiento intelectual y moral: “deseo alguien que estudie con profundidad, pondere con cuidado, y defienda lo correcto”. Punto. Las visiones distintas están confundidas. No merecen ser tuteladas.

Luego entonces, el modelo está bien, y su premisa también. Sin embargo, la conclusión es inconsecuente: Un buen árbitro no emite una decisión conscientemente equivocada con miras a asegurar designaciones futuras. Un árbitro procura designaciones futuras fomentando calidad en su toma de decisión y la motivación del laudo. Y cuidando el proceso. Luego entonces, la siguiente aseveración no sólo no es una conclusión válida,

⁸⁷ Milton Friedman, THE METHODOLOGY OF POSITIVE ECONOMICS en Friedman, ESSAYS IN POSITIVE ECONOMICS 3, (1953). *Confere*, R.H. Coase, HOW SHOULD ECONOMISTS CHOOSE?, American Enterprise Institute, 1982. Posner, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, *ob. cit.*, p. 24.

⁸⁸ González de Cossío, ARBITRAJE, *ob. cit.*, p. 151 (notas omitidas).

⁸⁹ Los cuales varían. He escuchado durante tiempo con atención la explicación que personas diversas ofrecen a la elección del árbitro. Destacan “el único motivo para designar cierto árbitro es por que incrementa las posibilidades de que ganes”; “escojo a juristas”. Todas estas explicaciones se han dado en el contexto de la aseveración “la decisión táctica más importante en un proceso arbitral es la identidad del árbitro”. Y una explicación que escucho, mas no observo, es porque exista un *quid pro quo*: tu me designas ahora, yo te designo después. Esta última es—en mi experiencia—más supuesta que cierta. Es decir, una de esas explicaciones que neófitos o malpensados ofrecen. Lo cierto es que quienes nos dedicamos al arbitraje y elegimos árbitros con frecuencia, no razonamos en dichos términos. Hacerlo sería anteponer *nuestros* intereses a los de nuestros clientes. Y son los intereses *del cliente* los que guían a un buen abogado.

y mucho menos obligada, sino que está empíricamente no-sustentada; contradicha por la realidad de hecho:

splitting the difference that seems to be a logical implication of the utility function of an arbitrator

[decidir el punto medio entre dos extremos (una decisión salomónica) parece la implicación lógica de la función de utilidad de un árbitro]

La “implicación lógica” sería contraria al deber más importante de todo árbitro: el de imparcialidad.

Un comentario final. Es mi percepción que el mercado funciona más en la forma que he descrito, que la que anuncia el análisis de Posner. Al escribir estas líneas me vienen a la mente no pocos casos en los que partes que designaron a un árbitro y luego no les dio la razón, vuelven a designarlo. En uno de esos casos, el abogado que volvió a designar al árbitro que tengo en mente le indicó que le constaba cómo dicho árbitro decidía conforme a lo correcto, lo que dice el expediente, no otras consideraciones. Y que ello es justamente el motivo por el que se le designaba en el nuevo caso: dada su importancia, es justamente lo que el caso necesita.

3. Conclusión: El ‘juego’ del arbitraje

Como puede observarse de lo anterior, la estrategia que detona el arbitraje es distinta—a veces muy distinta— a la que algunos suponen. Y ello es loable. El motivo: porque apoya el ideal del arbitraje; y el arbitraje tiene un papel social importante que jugar. Ello es interesantemente analizado en otro ensayo de Richard Posner: *A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Law*.⁹⁰ En dicho estudio Posner analiza el proceso legal en sociedades primitivas. Ello incluye el arbitraje como una opción privada. Concluye que:⁹¹

“primitive social equilibrium is less efficient, at least in the long run, than that of advanced societies”

[el equilibrio social primitivo es menos eficiente, por lo menos a largo plazo, que el equilibrio arribado por sociedades avanzadas]

Esta es la mejor manera de concluir esta sección. El arbitraje es un mecanismo apropiado de solución de controversias en que permite una mejor gerencia del riesgo jurídico cuando ante problemas que requieren pericia o un proceso acorde a sus necesidades o que llegue al final en forma veloz. Cuando no se tiene tal instrumento, bien puede hablarse de un espacio ‘primitivo’, no sofisticado, que arroja un equilibrio menos eficiente.

⁹⁰ George J. Stigler (ed), CHICAGO STUDIES IN POLITICAL ECONOMY, University of Chicago Press, 1988, pp. 149, 180-183.

⁹¹ Id., p. 206.

Por lo anterior, el arbitraje es un mecanismo *de* sociedades sofisticadas, *para* sociedades sofisticadas. Dado lo complejo del mundo que vivimos, tiene una función importante que ofrecer.

D. PERITAJE

El valor que ofrece el peritaje es eficiencia sustantiva y procesal.

La eficiencia **sustantiva** consiste en que el problema se encausa a la persona mejor situada para resolverla: el experto. En vez de tener que educar a un neófito en un tema en el que no es experto, se ahorra dicha curva de aprendizaje, y el tiempo que ello suele involucrar, eligiendo a un personaje que ya ha incurrido *motu proprio* en el costo de adquisición del capital humano para resolverlo. Ello no sólo implica ahorro, sino que reduce riesgo: la posibilidad (probabilidad inclusive) de error, misma que incrementa cuando una persona inexperta resuelve un problema cuya resolución apropiada requiere pericia.⁹²

La eficiencia **procesal** consiste en que se ahorran recursos, concentrándolos en la forma más apropiada de resolver la disputa. Y estos recursos pueden ser importantes. En vez de seguir un proceso *in toto*, puede seguirse un ejercicio abreviado ante un experto, solicitando que resuelva una diferencia de opinión en forma obligatoria. Ello es ya realizado por otras jurisdicciones. Un caso especialmente interesante al respecto lo son los *dispute boards*, a lo cual paso.

E. DISPUTE BOARDS

Los *Dispute Boards* permiten adoptar una forma de encausar y resolver cierto tipo de problemas que suelen surgir en obras de infraestructura, y que requieren manejo particular, modulando sus consecuencias jurídicas. Ello pues la consecuencia jurídica específica dependerá del *Dispute Board* adoptado. Si se prefieren *recomendaciones*, puede adoptarse un *Dispute Review Board*. Si se desean soluciones obligatorias que eviten reabrir la discusión y fomentar su implementación – puede escogerse un *Dispute Adjudication Board*. Así, la determinación tendría que ser acatada durante la vida contractual y hasta que el juzgador correspondiente (árbitro o juez) determine a quién asiste el Derecho en la controversia en cuestión. Es decir, debe ser obedecida *temporalmente*: hasta que exista un fallo que dirima la disputa. Ello no quiere decir que la Determinación modifique los derechos y obligaciones de las partes. Esto último puede ocurrir únicamente ya que un órgano jurisdiccional aquilate las pretensiones a la luz del derecho aplicable, y decida en consecuencia.

⁹² Existe un argumento de otra cara de la moneda: un experto suele ostentar cerrazón. Después de todo, ha dedicado tiempo a estudiar o pensar sobre un tema. Por ende, enfrentado con el mismo, puede disponer apriorísticamente del mismo sin analizar su aplicación *in casu* por el sencillo hecho que lo tiene ya muy trabajado—un caso particular de *path dependence*. El riesgo descrito no es suficiente como para no confiar en expertos. De tomar dicha postura, nos desharíamos de las personas más aptas para resolver un problema. Lo que exige es humildad intelectual y la apertura intelectual de estar dispuesto a ser convencido de una verdad novedosa – algo que los mejores expertos deben tener en mente.

El valor que dan los *Dispute Boards* es triple:

- (1) **Pericia:** los miembros de los *Dispute Boards* pueden ser elegidos por las partes por su pericia y experiencia, tanto técnica como jurídica.
- (2) **Tiempo:** el *Dispute Board* nace con la obra y colabora con la misma durante su desarrollo con la finalidad de reducir tiempos en la resolución de los desacuerdos que se generen con motivo de su ejecución.
- (3) **Eficiencia:** los *Dispute Boards* ayudan a reducir, a veces eliminar, un costo importante de las obras de construcción: el efecto multiplicador en costos de las controversias jurídicas—lo que en otro contexto he llamado el ‘efecto de bola de nieve’.⁹³ Siendo que la disputa se soluciona en tiempo real, los costos indirectos que con frecuencia se generan por los problemas que surgen de las obras son reducidos—a veces evitados. La experiencia enseña que estos pueden ser muy importantes. A tal grado, que han existido casos en que una parte importante del beneficio (de la utilidad) del constructor de la obra es absorbido por la controversia al final de la misma — ¡a veces en su totalidad!

Los *Dispute Boards* son instrumentos que permiten obtener soluciones en tiempo real, que reduzcan costos accesorios innecesarios, exacerbar controversias, y disminuyen el costo jurídico de atención y resolución de la controversia. Esto procura eficiencia productiva.

⁹³ ARBITRAJE, *ob. cit.*, p. 85.

IV. CONCLUSIÓN

Los mecanismos de solución de controversias distintos al litigio no deben entenderse como *alternativos*, sino como *apropiados*. Constituyen herramientas jurídicas para gerenciar el riesgo jurídico en sus diversas expresiones. Entendidos así, el resultado de su utilización diestra es menos *riesgo*, y por ende más *valor*—pues el riesgo es un *costo*. Un ingrediente en toda relación humana que debe detectarse y manejarse apropiadamente. En la medida que así ocurre, se genera valor: la reducción en el costo inherente a una relación jurídica implica mayor *utilidad*, más *valor*, disponible a las personas que son parte de dicha relación jurídica.

Lo anterior hace que los MASC sean más **eficientes**, en su sentido **Kaldor-Hicks**.⁹⁴ Es decir, se trata de una eficiencia neta, agregada. Total. Se distingue de la *Pareto* en que no se mejora a una persona sin lastimar los intereses de otra.⁹⁵ Se mejora el *total agregado* al generar valor que de otra manera hubiera sido perdido. Disipado en costos que pudieron evitarse.

La verdad de lo anterior se observa si se considera el *contrafactual*: la ausencia de un MASC en una relación jurídica que lo hubiera justificado implica un *costo*, sea de oportunidad o un exceso de recursos (dinerarios y tiempo) en el manejo de un problema, y todo para arribar a un resultado que arroja un producto distinto al idóneo. Ya sea que se trate de un ejercicio que permite que del esfuerzo de las partes aflore una solución (mediación), o una evaluación no-obligatoria (conciliación), o una opinión técnica (expertise), o un fallo final y obligatorio inmediatamente ejecutable (arbitraje), o una decisión que en tiempo real resuelve un problema evitando el problema de bola de nieve que se observa en las disputas de infraestructura (*dispute boards*), la respuesta adecuada al problema enfrentado no es lograda. Lo anterior se traduce en la situación en que, surgido un problema, su remediación es menos atinada, ya sea por calidad del fallo, velocidad del mismo, o por que no se atiende alguna sutileza que la relación jurídica en cuestión exigía. Los costos que ello genera son catalogables en:

- (1) **Eficiencia técnica; productiva:** más recursos para obtener lo deseado. O un resultado diverso al idóneo.
- (2) **Externalidades negativas:** problemas exacerbados. Relaciones dañadas. Decisiones que no resuelven; a veces empeoran.

⁹⁴ Conocida así por sus autores, Nicholas Kaldor y John Hicks. Consiste en lo siguiente: Un resultado se considerará más eficiente que otro si quienes se benefician podrían, en teoría, compensar a quienes sufren las consecuencias de un cambio de circunstancias. Se distingue de la eficiencia Pareto en que la Pareto versa sobre cambios que mejoran a una persona sin lesionar a otra. Entendido ello, la eficiencia Pareto es en verdad un caso particular de la eficiencia Kaldor-Hicks. Es, en opinión de muchos (incluyendo este autor), más deseable como estrella polar conceptual, en que no sesga decisiones. No sucumbe ante el *status quo bias*. La mayoría de las veces que la gente tilda un escenario de más “eficiente”, inclusive más “Pareto-eficiente” está en verdad refiriéndose a la eficiencia Kaldor-Hicks.

⁹⁵ Podría por ejemplo decirse que lastima los intereses de los abogados que gustan de usar el proceso para estorbar.

- (3) **Eficiencia social:** la totalidad de los costos y beneficios sociales no son optimizados. Existía una mejor forma de manejarlos, reduciendo el costo de su procurtación. Ello recuerda la apreciación de Shavell:⁹⁶

When parties elect to use ADR, they are both made better off, so that social welfare must rise, other things being equal.

[cuando las partes eligen usar MASC logran mayor bienestar, y el bienestar social incrementa, *ceteris paribus*]

Por lo anterior, postulo que el análisis económico de los mecanismos apropiados de solución de controversias arroja la siguiente conclusión:

Las relaciones jurídicas que contienen MASC generan más valor, individual y social. Son por ende más Kaldor-Hicks eficientes.

Esta es la idea que deseo defender en esta Conferencia Magistral ante los participantes y miembros de la ALACDE: Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía, invitando sus observaciones al respecto.⁹⁷

⁹⁶ Steven Shavell, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: AN ECONOMIC ANALYSIS, Journal of Legal Studies, vol. XXIV, January 1995, p. 8.

⁹⁷ Las observaciones son no solo invitadas, sino apreciadas, a fgcossio@gdca.com.mx.