

Dossier «Mediación sectorial y digitalización»

ARTÍCULO

La mediación empresarial y el *conflict management*: claves de la evolución del modelo estadounidense

Teresa Duplá Marín

Catedrática ESADE (Universitat Ramon Llull)

Fecha de presentación: enero de 2017

Fecha de aceptación: mayo de 2017

Fecha de publicación: septiembre de 2017

Resumen

Gestionar conflictos de forma eficiente se ha convertido en una preocupación universal (Kochan y Lipsky, 2003). Más allá del hecho, por todos sabidos, de que los conflictos son consustanciales a la vida en sociedad, a día de hoy hay que tener presente que las relaciones interpersonales son antagónicas y a la vez complementarias, que el mundo se ha globalizado y que los conflictos, en muchas ocasiones, son mucho más complejos que antes. En definitiva, que vivimos un constante cambio de paradigma y «cuando cambian los paradigmas, el mundo mismo cambia con ellos» (Khun, 1962). Los casos de tres grandes empresas americanas (Coca-Cola, PECO Energy y ScheringPlough) suelen citarse, entre otras, como ejemplos representativos de la década de los noventa que, liderando sectores muy diferentes, pero con una compartida insatisfacción con las fórmulas tradicionales de resolución de sus conflictos, generaron nuevos y exitosos modelos de organización internos de gestión de los mismos. El desarrollo de esta nueva área del *management* en las grandes organizaciones de Estados Unidos supuso, en su día, una nueva realidad para las organizaciones, y conllevó la realización de varios estudios aplicados liderados por grupos de investigación de distintas universidades; modelos a seguir hoy en día tanto por su metodología como por los resultados efectivos y concluyentes que han proporcionado. El presente trabajo tiene por objeto resumir las principales conclusiones de dichos estudios con el fin de proporcionar las claves del cambio hacia una eficiente gestión de los conflictos en el ámbito empresarial que pasan, en muchas ocasiones, como veremos, por el uso adecuado de la mediación en una determinada tipología de conflictos de la empresa.

Palabras clave

mediación, medios alternativos de gestión de conflictos (ADR), gestión de conflictos, *dispute wise*, arbitraje, sistemas de gestión de conflictos

Tema

resolución alternativa de conflictos, Derecho de la empresa, mediación, Derecho procesal

Business mediation and conflict management: keys to the evolution of the American model

Abstract

Managing conflicts efficiently has become a universal concern (Lipsky et al., 2003). Beyond the well-known fact that conflicts are consubstantial to life in society, today we must bear in mind that interpersonal relationships are antagonistic and at the same time complementary, that the world has become globalized, and that conflicts, in many cases, are much more complex than before. In short, we live in a constant paradigm shift and "when the paradigms change, the world itself changes with them" (Khun, 1962). The cases of three large American companies (COCA-COLA, PECO Energy and ScheringPlough) are cited, among others, as representative examples of the 1990s that, leading very different sectors, but with a shared dissatisfaction with the traditional formulas for conflict resolution, generated new and successful internal organisational management models. The development of this new area of management in the large US organisations was, in its day, a new reality for the organisations, and led to the conduct of several applied studies led by research groups from different universities, models to be followed today, due to their methodology and because of the effective and conclusive results they have provided. This paper aims to summarise the main conclusions of these studies in order to provide the keys to the shift towards efficient management of conflicts in the business environment that happen, on many occasions, as we will see, by the proper use of mediation in a given company's conflict typology.

Keywords

mediation, company, alternative dispute resolution (ADR), conflict management, dispute wise, arbitration, Dispute Management Systems

Topic

alternative conflict resolution, company Law, mediation, procedural Law

1. Mediación empresarial y *conflict management*

El punto de partida de los cambios en la gestión de los conflictos en el ámbito empresarial tiene su origen en el contexto social previo, la década de los años setenta y ochenta en que, ante la ineficiencia e insatisfacción del sistema judicial americano, surgen reflexiones y reacciones tan relevantes como la Pound Conference y la rama de pensamiento denominada Critical Legal Studies (Harvard University). Se trata de esfuerzos clave en pro de un aná-

lisis y un estudio crítico constructivo de la problemática existente, con un objetivo común: conseguir una mejora de la Administración de Justicia, en síntesis, de la gestión de los conflictos sociales, apoyado, entre otras, en una necesidad de cambio y en una búsqueda de nuevas fórmulas de gestión de los conflictos en Estados Unidos. En este contexto, la gestión de conflictos (*conflict management*), entendida como algo más amplio que la simple gestión de controversias (*dispute management*), es decir, como la gestión de cualquier fricción organizacional que produce un desajuste en las expectativas de la actividad apropiada y habitual de una empresa o de una institución pública, y

que no necesariamente lleva a la controversia o litigio, se ha convertido, con el paso de los años, en una de las áreas más novedosas y de claro potencial desarrollo, iniciándose en el mundo académico estudios en el ámbito de los recursos humanos y ADR en los años ochenta, con el profesor William Ury (Harvard University),¹ y más adelante en la década de los noventa, con referentes como la profesora Cathy A. Constantino (Georgetown Law School).² El estudio aplicado de esta materia ha derivado, después de tres décadas de trabajo, en nuevos modelos organizativos, los llamados sistemas integrados de gestión de conflictos o controversias (*conflict/dispute management systems*), aplicados tanto a la empresa privada como a las instituciones públicas, y cuyos cinco elementos esenciales de diseño, concretados por los investigadores del Gould ADR Research Initiative Stanford Law School en *goals, stakeholders, resources, success, accountability and learning*,³ acaban de ser recientemente ampliados con un sexto elemento indispensable, *context and culture*, respecto del cual cabe formularse en el proceso de diseño las siguientes cuestiones: ¿cómo el contexto del diseño afecta a su viabilidad y éxito?, ¿qué aspectos de la cultura (organizacional, social, nacional u otros) afectan a cómo opera el sistema? y ¿cuáles son las normas de comunicación y *conflict management*? Se trata, en definitiva, de sistemas de disputas o conflictos que abarcan uno o varios procesos que han sido adoptados para prevenir, gestionar o resolver una tipología de conflictos de una institución pública u organización privada y de los cuales, y desde los inicios del desarrollo de esta área de conocimiento, siempre se ha querido destacar la nota de transparencia y la rendición de cuentas.⁴

Pero volviendo la vista atrás cabe destacar que, ya en el año 1998, se publican en Estados Unidos los resultados del primer estudio de campo relevante sobre la materia. Se trata de un análisis liderado por la Cornell University, concretamente por la Foundation for the Prevention and Early Resolution of Conflict (PERC), y que revela, como veremos más adelante, que las *fortune 1000 corporations*, sociedades cotizadas de capitalización media y sociedades de capital

privado, comenzaban a usar y a percibir de manera muy positiva los beneficios y las posibilidades de los métodos alternativos de resolución de conflictos (ADR, *arbitration, negotiation, mediation*), en lo que suponía un cambio claro de sus tradicionales sistemas de organización interna en este ámbito de la gestión,⁵ consecuencia, sin duda, de la crisis mencionada y las reacciones de distintos sectores en favor del cambio cultural necesario a la hora de gestionar los conflictos, buscando fórmulas alternativas pero a la vez eficientes e innovadoras a los tribunales: el recurso clásico. El impacto social de los resultados y de las conclusiones de dicho estudio fue tan relevante que supuso, por un lado, la apertura de procesos de profunda reflexión en las propias empresas encuestadas, y por otro, la continuidad de esta novedosa línea de investigación. Esto es, como veremos más adelante, los datos agregados y concluyentes de dicho estudio propiciaron, en las empresas y en la sociedad, un interés evidente justificado por las claras ventajas de un cambio de paradigma en este ámbito de la gestión de la empresa. La necesidad ya estaba creada, solo era necesario seguir avanzando desde los distintos sectores sociales. Dicho esto, un segundo estudio, realizado esta vez por la American Arbitration Association (AAA) en el año 2002,⁶ y dirigido nuevamente a dichas empresas *fortune 1000*, partiendo de la hipótesis de la existencia de claros avances en esta materia, se plantea dos nuevas cuestiones: una, si pueden ser categorizadas las empresas que han comenzado a introducir nuevos modelos organizativos de la gestión de conflictos (calificadas como *dispute-wise*) y, si es el caso, cuáles son sus características; dos, si hay alguna relación entre este nuevo modelo organizativo y los resultados económicos de dichas empresas. Las conclusiones de dicho nuevo análisis revelan una respuesta afirmativa a las dos cuestiones planteadas, esto es, se concluye tras el estudio de campo que las empresas que han apostado claramente por invertir en la gestión eficiente de sus conflictos comparten unos caracteres comunes organizativos y, además, que dicha inversión produce un impacto económico positivo en la cuenta de resultados de las empresas analizadas. Por último, un tercer estudio, dirigido a las mismas empresas

1. Ury, Brett y Goldberg (1988).

2. Ury, Constantino y Merchant (1996).

3. Smith y Martínez (2009, pág. 123-169).

4. Smith y Martínez (2009, pág. 126).

5. Lipsky y Seeber (1998).

6. Publicado en el año 2006 por la American Arbitration Association en su web (<www.adr.org>) bajo el título *Dispute-Wise Business Management. Improving Economic and non-economic Outcomes in managing Business conflicts*.

y publicado hace unos pocos años,⁷ realizando un análisis comparado de los resultados de la encuesta del año 1998 y los actuales, resalta que, en poco más de una década, la dinámica de gestión de conflictos de las grandes sociedades cotizadas norteamericanas ha sufrido un cambio de paradigma, surgiendo nuevos modelos organizativos cuyos resultados son, como veremos, cualitativa y cuantitativamente positivos.⁸

En síntesis, mediante el análisis de los resultados obtenidos en estos trabajos, quiero constatar el largo camino recorrido en la evolución y desarrollo de los ADR en Estados Unidos,⁹ los obstáculos superados y los logros obtenidos, destacando, por encima de todos ellos, el éxito de la mediación empresarial y la configuración de los actuales sistemas integrados de gestión de conflictos en las empresas.¹⁰

2. El final del siglo xx y los primeros resultados: la resolución adecuada de los conflictos empresariales. Un informe del crecimiento del uso de ADR por las compañías de EE. UU.

El primer estudio de campo realizado en 1997, cuyos resultados fueron publicados por Lipsky y Seeber (1998),

dirigido a las compañías del *fortune 1000* fue, como ya hemos apuntado, la primera imagen global que se tuvo de la percepción del uso de los ADR en el ámbito empresarial. La encuesta tuvo un claro éxito de respuestas, alrededor de seiscientas, y de los datos recogidos se pudieron identificar una serie de conclusiones relevantes, que paso a detallar a continuación.

En primer lugar, se examinaron los patrones de uso de los ADR por parte de las empresas;¹¹ se demostró que los ADR estaban bien establecidos en Estados Unidos y que, por tanto, las empresas de cualquier industria tenían conocimientos de todos ellos en profundidad para poder utilizarlos en cualquier tipo de conflictos. En concreto, un 87 % de las empresas respondió que habían recurrido a la mediación en algún momento y un 80 % al arbitraje.¹² Sin embargo, y pese a estos datos, en ese momento solo un 5 % certificaba un uso frecuente y habitual de la mediación, y un 7 % el arbitraje.¹³ Es decir, la gran mayoría solo utilizaba estos medios de forma ocasional a pesar de conocerlos, lo que apunta a concluir que la cultura del uso de los ADR aún no se había implantado en las empresas estadounidenses.¹⁴

Además, de los resultados obtenidos, ya se vislumbraba una selección con respecto a la tipología de los conflictos, y únicamente sobrepasaban el umbral del 50 % los laborales, comerciales y contractuales. El resto, los relativos a la construcción, responsabilidad por producto, inmobiliario, medioambiental, o propiedad intelectual e industrial se

7. Stipanowich y Lamare (2014).

8. En la misma línea, el Banco Mundial, en el año 2011, emite el informe *Settling out of court: how effective is alternative dispute resolution?* en el que avala, con datos reales y concluyentes, las ventajas en tiempo, coste y satisfacción del uso de los ADR en distintos países del mundo que se han iniciado en dichas prácticas. Véase: <www.worldbank.org/fpd/publicpolicyjournal>.

9. Lynch J. (2003, pág. 99-113); Stipanowich (2004, pág. 843-912).

10. Un interesante estudio internacional, bajo el título *2016 International Mediation & ADR Survey. Census of Conflict Management Stakeholders and trends*, y liderado por el International Mediation Institute (IMI), acaba de ser publicado. Con una muestra significativa de respuestas (813 participantes de 67 países), aporta datos significativos sobre el estado actual de la mediación y de los mediadores, así como interesantes conclusiones sobre el interés creciente de distintos sectores sociales por el conocimiento y formación en mediación.

11. Lipsky y Seeber (1998, pág. 9).

12. Más de un 20 % de las empresas habían recurrido también a otros métodos, como la combinación mediación-arbitraje, procedimientos de queja internos o mini-juicios. Por último, no alcanzaban esta cifra las figuras del *ombudsman* o las revisiones por parte de los compañeros. Lipsky y Seeber (1998, pág. 12. Table 8. Preferred ADR Procedure by Industry (in percent).

Es importante apuntar que, en este caso, no se estableció un periodo de tiempo (como sí se hizo en el estudio posterior de 2011 en el que se delimitó el plazo a los tres años anteriores), es decir, eran preguntas abiertas que buscaban información de toda la vida de la compañía, si bien es evidente que los responsables contestaron centrándose en la experiencia vivida más cercana en el tiempo.

13. Lipsky y Seeber (1998, pág. 10. «Table 2. Frequency of ADR Use in Rights Disputes»).

14. Eso sí, cabe destacar que las empresas utilizaban mucho más estos métodos en los casos de conflictos de derecho, esto es, cuando ya había una relación preexistente entre las partes, y casi nunca en los casos de conflictos de interés, es decir, cuando las partes estaban

situaban en un 30 %.¹⁵ Por tanto, las empresas no consideraban que los ADR fueran aptos para todo tipo de conflictos, sino que eran especialmente útiles para algunos conflictos determinados con unas necesidades que los ADR cubrían mejor. Respecto de qué industrias usaban los ADR, destaca del estudio el uso de la mediación en todos los sectores y, como mínimo, un 84 % de compañías de sectores determinados la había usado en alguna ocasión.¹⁶

En segundo lugar, se examinaron las principales razones por las cuales las empresas utilizaban los ADR.¹⁷ En la mayoría de las empresas, la decisión de acudir a los ADR era caso a caso, o por la indicación concreta del tribunal, con la excepcionalidad del arbitraje, en cuyo caso la mayoría se remitía a este proceso por una cláusula previamente establecida en un contrato. Dicho lo cual, el uso continuado de la mediación o el arbitraje confirmaba en las empresas una política a favor de los mismos.¹⁸ Las dos principales razones por las cuales acudían a estos medios eran el coste económico y temporal que tenía el acudir a los tribunales. En el caso concreto de la mediación, un 80 % de las empresas entendían que económicamente y en términos de tiempo era mejor acudir a la mediación que a los tribunales. Este porcentaje descendía al 70 % en el caso del arbitraje. Llamó la atención el alto porcentaje de empresas (más del 82 %) que contestaron que elegían la mediación porque permitía a las partes resolver la disputa ellas mismas y que el 81 % de estas pensaba que la mediación ofrecía un proceso más satisfactorio que la litigación y el arbitraje.

En tercer lugar, se preguntó si tenían y, en caso afirmativo, cuál era la política o estrategia por parte de las empresas para gestionar las disputas en las que se habían encontrado. Se determinó que el factor principal por el cual había habido un incremento del uso de los ADR era la presión de la competitividad de los mercados como resultado de la globalización e incremento de los costes, superior en las grandes empresas. En este sentido, algunas de las empresas ya contaban o estaban planeando realizar un sistema de gestión de conflictos (*conflict management system*).

En cuarto lugar, se estudiaron las barreras existentes para el uso de los ADR; el resultado en síntesis del estudio es que había barreras significativas que impedían a las empresas ver los ADR como la mejor opción, tales como la dificultad para que la otra parte también accediera a utilizar otra forma distinta al recurso a los tribunales para resolver el litigio, la falta de apoyo de los altos cargos para negociar en el proceso de ADR o la falta de confianza en los terceros neutrales -mediadores y árbitros- para resolver eficazmente y con los conocimientos necesarios o la preparación suficiente del conflicto.¹⁹

El estudio finalizó con una serie de preguntas en torno al futuro crecimiento de los ADR, con una respuesta tendente al crecimiento mayor de la mediación sobre el arbitraje, acertada previsión que, como veremos más adelante, se ha cumplido.²⁰

empezando a forjar una relación (por ejemplo, en el momento previo de la firma de un contrato de distribución entre dos empresas). Lipsky y Seeber (1998, pág. 10. «Table 2. Frequency of ADR Use in Rights Disputes (in percent)», «Table 3. Use of Mediation in Rights and Interests Disputes (in percent)», «Table 4. Use of Arbitration in Rights and Interest Disputes (in percent)»). Véase, anteriormente, en el mismo sentido, Shavell (1995, pág. 1-28).

15. Lipsky y Seeber (1998, pág. 10. «Table 6. Use by Type of Dispute (in percent)»).
16. Lipsky y Seeber (1998, pág. 10. «Table 7 y pág. 13. Use of ADR Procedures by Industry»). Siendo los sectores de la construcción y de la minería los que más usaban los ADR en atención a las necesidades del modelo de negocio que precisan de continuidad, tal y como había advertido anteriormente, entre otros, Hoellering (1984, pág. 34-38).
17. Lipsky y Seeber (1998, pág. 15); Lipsky y Seeber (1999, pág. 66-71).
18. Asimismo, se preguntó a las empresas cuáles eran las razones por las cuales acudían a la mediación o al arbitraje: ahorro de tiempo, ahorro de dinero, posibilidad de acudir a un experto neutral, preservación de las buenas relaciones, imposición contractual, obtención de una resolución más duradera, confidencialidad, elusión de precedentes legales, acuerdos y procesos más satisfactorios, requerimiento judicial, internacionalidad, facultad de que las partes resuelvan ellas mismas las disputas, prueba limitada o ser una práctica generalizada de la industria. Lipsky y Seeber (1998, pág. 16-17).
19. Lipsky y Seeber (1998, pág. 24-26. «Table 22. Barriers to ADR Use (in percent)»). Sobre la evolución posterior del arbitraje, véanse interesantes trabajos de Kaufmann-Kohler (2007, pág. 357-378); Stipanowich, (2010, pág. 1-60); Weidemaier (2010, pág. 1895-1958).
20. Cabe matizar que las respuestas eran distintas cuando se preguntaba por materias específicas. Por ejemplo, en las contractuales o comerciales y laborales se preveía un aumento tanto del arbitraje como de la mediación; en los conflictos de daños personales, medioambientales, de la construcción, de responsabilidad por productos, de propiedad intelectual e industrial, inmobiliarias y de derechos de los consumidores,

3. El inicio del siglo XXI y la evolución hacia el *dispute-wise business management*

En el año 2002 se publica un segundo e interesante estudio sobre la materia, esta vez, y como hemos apuntado al inicio, realizado por la American Arbitration Association,²¹ en el que participa una muestra de sociedades²² y de cuyo contenido, respecto del tema que nos ocupa, cabe destacar lo siguiente:

a) Por un lado, es posible identificar organizaciones que pueden ser calificadas de *dispute-wise*, en las que el departamento legal se caracteriza por estar altamente integrado en el proceso de planificación estratégica de la sociedad; por integrar los riesgos asociados al negocio; por dedicar parte importante de su tiempo a resolver cuestiones complejas desde un punto de vista técnico; por involucrarse y ser capaz de gestionar conflictos transnacionales y además colaborar activamente en el mantenimiento de las relaciones comerciales, teniendo un enfoque preventivo y conciliador.

b) Por otro, una gestión eficiente e inteligente de los conflictos tiene un impacto positivo en la cuenta de resultados de la organización. Además, y en lo relativo a la mediación y el arbitraje, se confirma su mayor uso por parte de las organizaciones que gestionan sus conflictos de manera eficiente y, en concreto, por las empresas *fortune 1000* entrevistadas. Los motivos del uso de la mediación se centran en el ahorro de tiempo (91 %) y de dinero (84 %).²³ Se confirma la tendencia prevista en la encuesta anterior

respecto de las áreas de uso de los ADR, el mayor uso de la mediación, así como la mayor satisfacción con los resultados de esta frente al arbitraje.

4. El desarrollo de la mediación empresarial y los *integrated conflict management systems*

En 2011 se realizó un tercer estudio,²⁴ dirigido de nuevo a las empresas *fortune 1000*, con el objetivo de comprender cuál era el grado de preferencia y cuáles eran los patrones de uso de los distintos ADR, especialmente de la mediación y del arbitraje, comparando los resultados del primer estudio de 1997 para, de este modo, poder deducir la evolución de su desarrollo y las tendencias de futuro de la mediación, el arbitraje y de los sistemas de gestión de conflictos en las empresas. El resultado de la encuesta evidencia una clara evolución en el uso de los ADR en general, y sobre todo de la mediación, y en síntesis, antes de entrar en los concretos resultados, cabe remarcar las siguientes conclusiones: a) una evolución clara y al alza en el uso de los ADR, que se concreta también en la tendencia a gestionar los conflictos de forma temprana; b) una preferencia del arbitraje frente al recurso a los tribunales; c) un crecimiento claro del uso de la mediación frente al arbitraje, que prevalece y se prefiere, salvo excepciones como el sector consumo y responsabilidad por productos defectuosos; d) un incremento de los sistemas integrados de resolución de conflictos (CMS) que manifiesta una evidente sofisticación de los sistemas de gestión de conflictos.²⁵

se predecía que el uso de la mediación aumentaría y el del arbitraje disminuiría; por último, en relación con las disputas financieras, se predijo que disminuiría el uso tanto de la mediación como del arbitraje.

21. Véase nota 6. En cuanto a la metodología aplicada, cabe apuntar que se hicieron entrevistas telefónicas con el *general counsel*, *associate general counsel* o con personas con un nivel equivalente.
22. En concreto 245 sociedades de las cuales 101 *fortune 1000* con beneficios medios de 9,09 mil millones de dólares, 103 sociedades cotizadas de capitalización media con beneficios medios de 384 millones/año y 50 sociedades de capitalización privada con beneficios medios de 690 millones.
23. A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje, que se usa por la existencia de un pacto previo al respecto (87%).
24. Véase nota 7. Respecto de la metodología usada hay que matizar que, en este caso, la encuesta se realiza en línea o por teléfono y va dirigida al *general counsel* o al subordinado más sénior. Respecto a la participación, cabe apuntar que, si bien los datos son considerables (un total de 368 sociedades), esta se ve mermada casi a la mitad, respecto de las empresas que participaron en la primera encuesta de 1997 (un total de 606). Sí que cabe remarcar la diversidad de los sectores que participan: minería y construcción (7 %); bienes no perecederos (16 %); bienes perecederos (18 %); *comodities & utilities* (10 %); comercio (19 %); finanzas (7 %); seguros (7 %); servicios (15 %).
25. Que incluyen el denominado ENE -*early neutral evaluation*-, evaluación neutral anticipada, o el ECA -*early case assessment*-, evaluación anticipada de los casos, así como la adquisición de control sobre la selección de terceros neutrales para la solución de controversias. Véanse características esenciales de estas modalidades en Stitt (1998, págs. 16-17).

En concreto, me interesa destacar, *ab initio*, que el uso de la mediación había aumentado considerablemente en diferentes ámbitos como por ejemplo el comercial, laboral, medioambiental, de propiedad intelectual o industrial, inmobiliario y de la construcción,²⁶ lo cual confirmó, de este modo, la tendencia prevista a finales del siglo pasado.

Entrando en el análisis del contenido de la encuesta y sus resultados, podemos apuntar la existencia de una primera parte de la misma en la que se formulan una serie de preguntas con opciones cerradas que nos ofrecen una visión amplia y general, tanto de la política de la compañía en cuanto a la gestión de conflictos como del uso de los ADR. En este sentido, la primera pregunta formulada fue la siguiente: ¿cómo describiría la política de su compañía en relación con la resolución de conflictos?²⁷ Del concreto análisis de los resultados, y respecto del tema que nos ocupa, cabe señalar como dato muy positivo que la opción «siempre acudir a los tribunales» había disminuido considerablemente desde los resultados de 1997: de una media del 5,5 % al 0,6 %. En este sentido, cabe destacar también una leve disminución del número de empresas que tomaban como primera opción litigar y, posteriormente, si era apropiado, cambiaban a un ADR (de un 23 % a un 19 %). En contrapartida, incrementó el porcentaje de empresas que manifestaron un análisis caso a caso del método más adecuado (de un 26 % a un 38 %), así como de los que manifiestan no tener una política en la empresa (de un 21 % a un 25 %), y que se reducen a la mitad los que optan por contestar la opción final «otros», lo que, a mi juicio, es una evidencia del interés creciente de las empresas por el tema en estudio.

También se preguntó a las empresas por los desencadenantes que justificaban el uso de los ADR en sus compañías

desde la perspectiva de la tipología de conflictos (corporativos/comerciales; laborales; consumo);²⁸ resultó que algo más de la mitad de las compañías indicaban que acudían a procesos de ADR en conflictos comerciales, porque una cláusula contractual así lo había previsto, y un 41 %, por el mismo motivo, en materia de consumo. En cambio, en los conflictos laborales, en un 43 % de los casos escogían voluntariamente un proceso de ADR *ad hoc*. De este modo, los porcentajes de las empresas que deciden acudir a los ADR por política de la compañía eran los más bajos dentro de las causas específicas, y de los resultados se deduce que los tribunales seguían impulsando el uso de los ADR obligando a las empresas a acudir a los mismos en algunos casos, principalmente en temas de consumo y laboral (en un 20 % respectivamente).

Lo siguiente fue preguntar cuáles eran las razones por las que las empresas usaban los ADR y no litigaban,²⁹ como en los casos anteriores, en el marco de unas concretas opciones cerradas a las que ahora nos referiremos. Así, en primer lugar, se recogen motivos calificados de externos, en concreto, la previsión contractual, el mandato del tribunal y la orden interna superior; se apunta, en cuanto a los resultados, que, al no diferenciar entre mediación y arbitraje, la existencia de una cláusula contractual fue el principal motivo señalado por las empresas en un 75 % (frente a un 55 % o un 26 %). Un segundo apartado señala como motivo la eficiencia y el control del proceso, y en este, destaca la preferencia de las compañías por el ahorro de tiempo y dinero con un 71 % y 69 % respectivamente, viéndose claramente afectadas respecto de los resultados de 1997 las concretas ventajas que son típicas de la mediación (resolución del conflicto por las partes, proceso más satisfactorio), entiendo que, como consecuencia del uso del genérico ADR, sin especi-

26. Al mismo tiempo que aparece un estudio de Shontz, Kipperman y SOMA (2011), del que cabe destacar: primero, que tuvo un ratio de respuesta relativamente bajo, un 13 %; segundo, que concluyó que el arbitraje era «mejor, más rápido y más económico que la litigación»; se identificaron cuatro factores en favor del arbitraje (frente a la litigación): evitar sentencias excesivas o emocionales de los jurados; la habilidad de poder escoger árbitros con cualificaciones particulares; la confidencialidad; y la relativa habilidad de los árbitros para hacer frente a situaciones contractuales complejas. Dicho lo cual, el estudio constata que continuaban las preocupaciones por la falta de compromiso del árbitro, la imposibilidad de apelar el laudo arbitral, que el arbitraje se estaba convirtiendo en un proceso excesivamente parecido a la litigación, con una prueba y una audiencia previa muy parecida al proceso judicial que alargaba y encarecía el mismo.
27. En concreto, se formularon las siguientes seis opciones de respuesta: *always litigate; litigate first, then move to ADR for those cases where appropriate; litigate only in cases that seem appropriate, use ADR for all others; tries to move to ADR always; no company policy; other*. Véase al respecto: Stipanowich y Lamare (2014, pág. 32).
28. Si bien esta pregunta tuvo una formulación distinta en las dos encuestas, ya que no se distingue entre mediación y arbitraje (1997), sino por tipo de conflicto (2011). Véase Stipanowich y Lamare (2014, pág. 34. «Table c. Triggers for adr use in companies»).
29. Sin diferenciar, de nuevo en la encuesta de 2011, entre mediación y arbitraje. Stipanowich y Lamare (2014, pág. 7. «Table d. reasons companies used adr instead of litigation» (1997, 2011)).

ficación alguna. Y lo mismo ocurre respecto del resto de los motivos del uso de los ADR incluidos en la encuesta, a excepción de la confidencialidad, en concreto, el control de los resultados, el mantenimiento de las relaciones de las partes y la experiencia del neutral. Lo cual, en mi opinión y de los resultados de las anteriores preguntas, no deja de ser más que una evidencia de la diversidad de las fórmulas de ADR, así como de las ventajas de cada una de ellas, que dificultan una generalización a la hora de analizar sus concretos beneficios.

La siguiente pregunta centró su atención en los motivos por los que las empresas usan ADR en lugar de acudir a los tribunales,³⁰ de nuevo, y a diferencia de la encuesta de 1997, sin diferenciar entre mediación y arbitraje. Los resultados son concordantes con los anteriores, esto es, disminución en todos los motivos planteados, a saber: mayor satisfacción del proceso; acuerdos más satisfactorios; acuerdos más duraderos; evitar precedentes legales; experiencia del tercero neutral y protección de la relación de las partes. Dicho esto, y respecto del uso de la mediación, valorada como hemos apuntado de forma individual en la primera de las encuestas, cabe destacar la reducción significativa respecto de los dos motivos que fueron mejor valorados entonces, la mayor satisfacción por el proceso (de un 81 % a un 38 %) y la mayor satisfacción por el acuerdo alcanzado (de un 67 % a un 26 %). Dicha disminución generalizada se justifica, según Stipanowich y Lamare, en que la propia utilización de los ADR evidenciaba sus limitaciones, problemas y dificultades. A mi juicio, volvemos a visualizar dificultades respecto de la manera en que se planteó la pregunta en este estudio, entiendo que justificada por los objetivos que marcaron la creación y desarrollo de este nuevo estudio.

Tras una visión general de la evolución en el uso de los ADR, la encuesta continúa con un análisis más focalizado en obtener información detallada sobre el uso de los distintos

tipos de ADR. La primera de las preguntas en esta segunda parte del análisis hace referencia a qué formas de ADR habían utilizado las empresas, marcando un límite temporal de los últimos tres años.³¹ De los resultados se deduce un incremento generalizado, puesto que en prácticamente todas las tipologías -con excepción de los Mini-Trial dado su alto coste económico y formato, dificultando la consecución de un acuerdo- el porcentaje había aumentado. Por lo que se refiere a la mediación, cabe apuntar que mantiene su primer lugar por delante del resto de ADR y, además, incrementa en un 11 % obteniendo un porcentaje de uso del 98 % frente a un 83 % del arbitraje. Llama la atención el aumento del *early neutral evaluation* (ENE) y *early case assessment* (ECA), que no aparecen en 1997 como parte de las respuestas y en 2011 obtenían un 36 % y 66 %, respectivamente.³²

La siguiente pregunta se centra ya en el análisis del uso de la mediación empresarial, de nuevo limitada a los últimos tres años, en aras a obtener información sobre su evolución en atención a la tipología de conflictos.³³ De los resultados de la misma se confirma un incremento en todas las áreas típicas de conflictos empresariales, especialmente en las disputas de consumidores y de propiedad intelectual e industrial, aunque se mantienen como tipologías más altas las disputas comerciales o contractuales y las laborales. Por el contrario, la misma pregunta formulada respecto del arbitraje confirmó una tendencia al descenso en su uso en la mayoría de los conflictos empresariales, a excepción del área de la responsabilidad por productos (con un incremento de un 23 % a un 41 %) y consumo (de un 17 % a un 20 %), si bien en ambos casos con porcentajes claramente inferiores a los mismos en el uso de la mediación con un 60 % y un 44 % respectivamente, lo que, sin duda, reafirma una tendencia alcista y generalizada de la mediación empresarial. Conectando estos resultados con los derivados de la primera parte de la encuesta cabe señalar que, quizás, la generalización de las cláusulas de arbitraje contractuales

30. Stipanowich y Lamare (2014, pág. 39. «Chart e. reasons companies use adr (or specific adr processes) instead of litigation»).

31. Stipanowich y Lamare (2014, pág. 41. «Chart f. fortune 1000 use of forms of adr in prior three years (1997, 2011)»).

32. Los ENE, elemento importante de los programas de ADR en los tribunales, se utilizaban para facilitar una gestión anticipada de la disputa, así como un acuerdo anticipado. Los ECA eran una forma proactiva de gestionar las disputas en que estas eran sistemáticamente analizadas para poder formular una estrategia y gestionarlas de forma consecuente a los objetivos de la compañía. Los ENE y los ECA son un claro ejemplo del reconocimiento a la necesidad de enfocar los conflictos anticipadamente y de forma positiva, en vez de reflexivamente y de forma reacia, de una forma consistente con las circunstancias específicas, y de acuerdo con los objetivos de la compañía. Véase al respecto nota 25.

33. En concreto: *comercial/contract; employment; consumer; corporate finance; environmental; intellectual property; personal injury; product liability; real estate; construction*. Véase al respecto, Stipanowich y Lamare (2014, pág. 45).

vinculantes para contratos estandarizados para bienes de consumo y servicios son la causa de este resultado. Ello muestra las tendencias previamente comentadas del auge de la mediación frente al arbitraje, teniendo en cuenta que este ha perdido muchas de sus ventajas –especialmente la rapidez y el coste económico–, las dos razones principales por las que las empresas escogían acudir a los ADR.

Ya en este contexto, las siguientes preguntas buscaban información para confirmar y matizar los resultados obtenidos en las anteriores.³⁴ Así, por ejemplo, se preguntó a las empresas sobre la previsión que tenían de uso de la mediación y el arbitraje en tres tipos concretos de conflictos, corporativos/comerciales, laborales y de consumidores en el futuro.³⁵ De los resultados destaca, con respecto de la mediación, que en las primeras un 85,6 % responde un uso muy frecuentemente/frecuentemente, frente a un 50,02 % en arbitraje; en el ámbito laboral, un 87,4 %, frente a un 38,9 % en arbitraje y en consumo un 80 % frente a un 43,9 % en arbitraje, lo cual, de nuevo, confirma la preferencia en el uso de la mediación frente al arbitraje.³⁶

En el estudio se analizaron las posibles causas de estas corrientes divergentes entre la mediación y el arbitraje. Así, la mediación podía haber ganado fuerza dado que muchas veces se establecía en un estadio principal y permitía a las partes unas características –privacidad, informalidad, flexibilidad y, sobre todo, control– que la hacía pertinente para manejar el litigio antes de acudir a los tribunales o al arbitraje, ya que resolvía o ayudaba a dirimir el litigio. La mediación ha sido una respuesta natural y eficiente al coste, término y riesgos percibidos, así como a la pérdida de control del arbitraje y la litigación. Asimismo, cabe recordar que se comenzaron a establecer desde los años noventa cláusulas de mediación en los contratos comerciales como

un paso previo al arbitraje vinculante. En cuanto al arbitraje, cualquiera que hubiera estado presente en un procedimiento arbitral *business-to-business* vería que se parecía más a un litigio que a un proceso arbitral, tal y como su naturaleza permite (un proceso donde se pueden modificar las normas procesales; la prueba es mucho más corta, lo cual permite cierta agilidad y no aumenta los costes, o donde el laudo puede dictarse con mucha más rapidez). Este fenómeno, por sí mismo, podía haber sido la razón principal por la que el arbitraje se había visto reducido en número de casos. Sin embargo, ello no explica por qué más compañías estaban preparadas a ir un paso más allá y planeaban litigar, no arbitrar, si la mediación no surtía sus frutos y no resolvía la disputa. De todas formas, cabe recordar que estos datos estaban recogidos únicamente para aquellas disputas que ocurrían en el mercado doméstico, y por tanto esta respuesta podía verse modificada en aquellos casos transfronterizos, pues era más fácil acudir al arbitraje que aplicar las normas de derecho internacional privado que en muchos casos no ofrecían una solución con seguridad jurídica y en las que acudir al arbitraje seguía siendo la mejor opción.

En concordancia con los resultados obtenidos, en concreto, la evidente disminución del uso del arbitraje, el cuestionario plantea la pregunta concreta de cuáles eran las razones por las cuales las empresas no utilizaban el arbitraje en esos tres tipos de conflictos, comparando los resultados con las respuestas de 1997.³⁷ De los resultados destacamos que son coincidentes las razones principales por las cuales las compañías decidían no arbitrar: la dificultad de apelar, la falta de voluntad de la parte contraria, que no se limita a la normativa legal y que el resultado fuera comprometido. Lo siguiente fue preguntar sobre la percepción de las empresas respecto de la calidad de los terceros neutrales, mediadores o árbitros,³⁸ esta vez sin diferenciar entre am-

34. Los resultados en su conjunto reflejan una combinación de factores que ponen de manifiesto que las compañías no empleaban previsiones contractuales para el arbitraje vinculante, que las disputas generalmente se resolvían mediante la mediación o negociación previa al comienzo del arbitraje, y que las reclamaciones eran resueltas antes de que se adjudicaran a un arbitraje vinculante o a un proceso judicial.
35. Stipanowich y Lamare (2014, pág. 47. «Table i. frequency of use, in corporate/commercial disputes, of mediation and arbitration procedures other than court-mandated procedures»).
36. En este sentido se apunta que, a pesar de que el Tribunal Supremo seguía apoyando una amplia aplicabilidad de las cláusulas arbitrales en los contratos laborales y con consumidores, muchas compañías seguían reticentes al uso de incorporar en sus contratos tales previsiones. Ello podía ser el resultado de dos factores específicos. En primer lugar, cada vez más empresas apoyaban un enfoque preventivo basado en un sistema de gestión de conflictos interno, y en segundo, ostentaban una serie de preocupaciones por el potencial impacto de la legislación o regulación de los contratos arbitrales en materia laboral y de consumo. Dicho esto, es cierto que el número de compañías que utilizaban el arbitraje en casos de consumo y responsabilidad por productos había aumentado, tal y como hemos comentado previamente.
37. Stipanowich y Lamare (2014, pág. 47. «Table p. reasons why companies have not used arbitration»).
38. Stipanowich y Lamare (2014, pág. 47. «Table t. comparison of perceptions of quality of third-party neutrals»).

bos, sino por tipo de conflictos, pero con un resultado medio similar al de la encuesta de 1997: las empresas seguían pensando que los terceros neutrales estaban de alguna forma cualificados.

Para finalizar, se preguntó a las empresas sobre la tenencia o no de los llamados sistemas integrados de gestión de conflictos internos (*integrated conflict management systems*), a lo que un 65 % respondió curiosamente que sí, pero, puesto que no se había proporcionado una definición de estos sistemas, este resultado fue posteriormente matizado con otras preguntas que dieron como resultado la percepción de que, si bien no más de un tercio de las empresas participantes tenían en la actualidad dicho sistema integrado de gestión de conflictos,³⁹ este resultado debiera considerarse un gran avance. Lo cual se completó con una pregunta sobre las opciones que tenían las empresas, dentro de los sistemas de gestión de conflictos, para manejar las quejas de los empleados, de entre una serie de opciones posibles cerradas que paso a analizar brevemente. Como resultados interesantes cabe destacar las *hotlines* o líneas directas telefónicas y las *open door policy*, esto es, las políticas de «puertas abiertas» –es decir, poder comentar cualquier tema en cualquier momento con el superior jerárquico permitiendo que fluya la información y el contacto cara a cara para resolver las disputas en un estadio inicial– fueron las que obtuvieron un mayor porcentaje de respuesta, con un 90 % y un 87 %

respectivamente; les seguía la formación en la gestión de conflictos con un 42 %, aunque considerablemente pocas compañías habían actualmente establecido estos sistemas en sus propias organizaciones.

En síntesis, y de los datos analizados en este último estudio, quiero concluir este trabajo incidiendo en que, en un poco más de una década, la dinámica de la gestión de conflictos en las grandes sociedades cotizadas norteamericanas ha sufrido un cambio de paradigma. La mayoría de las empresas *fortune 1000* no solo están abiertas a la resolución de conflictos usando ADR, sino que prefieren el uso de los mismos a la litigación. Además, dichas empresas manifiestan una preferencia clara por la mediación empresarial frente al arbitraje, cuyo uso ha descendido en los últimos años, sin duda como consecuencia de sus características actuales ya mencionadas.

Las conclusiones de esta última encuesta evidencian que las empresas participantes solo recurren a los tribunales cuando es inevitable, o como último recurso tras haber probado alguna modalidad de ADR, insistiendo en las principales ventajas obtenidas, claves del éxito, y que les han llevado a generalizar su uso en los últimos años, a saber: el ahorro de tiempo, el ahorro económico, la posibilidad de controlar el proceso, la confidencialidad y la conservación de las relaciones comerciales de las partes.

Bibliografía

- HOELLERING, M. F. (1984). «Construction Arbitration and Mediation». *Journal (American Water Works Association)*. Vol. 76, n.º 2, pág. 34-38.
- KAUFMANN-KOHLER, G. (2007). «Arbitral Precedent Dream, Necessity or Excuse?». *Arbitration International*. Vol. 23, n.º 3, pág. 357-378.
- KHUN, T. (1962). *The structure of scientific revolutions*. University of Chicago Press.
- LIPSKY, D. B.; SEEBER, R. L. (1998). *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by US Corporations*. Cornell University ILR School. Sheinman Institute on Conflict Resolution. Digital Commons ILR.
- LIPSKY, D. B.; SEEBER, R. L. (1999). «Patterns of ADR Use in Corporate Disputes». *Articles and Chapters ILR Collection*. Pág. 66-71.
- KOCHAN, T. A.; LIPSKY, D. B. (2003). *Negotiation and change. From the Workplace to Society*. ILR Press Cornell University Press. Pág. 1-14.

39. Stipanowich y Lamare (2014, pág. 58-59, «Figure u. use of integrated conflict management in the workplace» (2011); «figure u. use of integrated conflict management in the workplace» (2011); «chart w. conflict management systems: options available for handling employee complaints» (2011)).

- LYNCH, J. (2003). «Integrated Conflict Management Programs Emerge as an Organization Development Strategy». *Alternatives to high cost litig.* N.º 2, pág. 99-113.
<<https://doi.org/10.1002/alt.3810210505>>
- SHONTZ, D.; KIPPERMAN, F.; SOMA, V. (2011). *Business-to-Business Arbitration in the United States. Perceptions of Corporate Counsel (Report)*. Santa Mónica: RAND Corporation.
- SMITH, S.; MARTÍNEZ, J. (2009). «An Analytic Framework for Dispute Systems Design». *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 14, pág. 123-169.
- STIPANOWICH, T. J. (2004). «ADR and the “Vanishing Trial”: The Growth and Impact of Alternative Dispute Resolution». *Journal of Empirical Legal Studies*. Vol. 1. pág. 843-912.
<<https://doi.org/10.1111/j.1740-1461.2004.00025.x>>
- STIPANOWICH, T. (2010). «Arbitration: The «New Litigation»». *University of Illinois Law Review*. Vol. 1, pág. 1-60; *Pepperdine University Legal Studies Research Paper*. N.º 2009/15.
- STIPANOWICH, T. J.; LAMARE, J. R. (2014). «Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration, and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations». *Harvard Negotiation Law Review*. Vol. 19, n.º 1, 68 pág.
- STITT, A. J. (1998). *Alternative Dispute Resolution for organizations. How to design a system for effective conflict resolution*. Ontario: John Wiley & Sons Canada Limited. Pág. 16-17.
- URY, W. L.; BRETT, J. M.; GOLDBERG, S. B. (1988). *Getting disputes resolved: Designing systems to cut the cost of conflict*. San Francisco: Jossey-Bass Inc. 211 pág.
- URY, W. L.; CONSTANTINO, C. A.; MERCHANT, C. S. (1996). *Designing conflict management systems*, San Francisco: Jossey-Bass Inc. 252 pág.
- WEIDEMAIER, M. C. (2010). «Toward a theory of precedent in arbitration». *William & Mary Law Review*. Vol. 51, pág. 1895-1958.

Cita recomendada

DUPLÁ MARÍN, M.^a Teresa (2017). «La mediación empresarial y el *conflict management*: claves de la evolución del modelo estadounidense». En: Aura Esther VILALTA (coord.). «Mediación sectorial y digitalización». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 25, págs. 45-56. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].
<<http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i25.3090>>



Los textos publicados en esta revista están –si no se indica lo contrario– bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Sobre la autora

M.^a Teresa Duplá Marín
 teresa.dupla@esade.edu

Catedrática ESADE (Universitat Ramon Llull)
 Directora Conflict Management RG

Licenciada en Derecho por el Instituto Europeo de Derecho y Economía (INEDE, actual Universidad Internacional de Cataluña, 1991) y por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED 1991); doctora en Derecho *Cum Laude* por la Universidad de Barcelona (1995). Catedrática de la Universitat Ramon Llull (2002), en la actualidad es profesora de Introducción al Derecho Privado, Derecho Sucesorio, Gestión de conflictos, Mediación y Negociación de la Facultad de Derecho ESADE-URL. Experto Universitario en Mediación (UNED, Madrid). Especialista universitario en Mediación Familiar (UNED, Madrid). Máster en Mediación (UNED, Madrid). Mediadora registrada en el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona desde el año 1991 y consultora de la Universitat Oberta de Catalunya (UOC) desde 1998. Abogada (no ejerciente) colegiada en el Colegio de Abogados de Barcelona. Teresa Duplá se incorporó a la Facultad de Derecho de ESADE desde su apertura (1994) y ha ejercido diferentes cargos de gestión (directora del programa de licenciatura, vicedecana, miembro del Consejo de Dirección y de la junta académica de la URL, miembro del Consejo Ejecutivo de ESADE) tanto en la facultad como en la universidad. Profesora visitante de la Università degli studi Roma Tre desde el año 1999 y profesora invitada de la Università Luigi Bocconi (Milan) y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra (Portugal). Visiting Foreign Scholar en septiembre-octubre 2012 y julio 2013 en Fordham Law School New York (EE. UU.). También es miembro del Grupo de Investigación Trajano de la Universidad de Barcelona. Miembro del Grupo de Innovación consolidado de la Universidad de Barcelona, GID-Dret Privat y del grupo ESECO. Es miembro de la Junta Directiva de la Asociación Internacional e Iberoamericana de Derecho Romano. Miembro de la Comisión de Reforma de Estatutos del F. C. Barcelona (2011-2013). Miembro del punto neutro de Barcelona creado por la Asociación de Magistrados Europeos pro Mediación (GEMME). En la actualidad dirige el grupo de investigación en Conflict Management (antes denominado Mediación, Arbitraje, Derecho y Familia), grupo reconocido por la Generalitat y centrado en la realización de proyectos vinculados al análisis de los conflictos, sistemas alternativos de gestión y a la creación de sistemas/modelos eficientes de gestión de los conflictos en empresas e instituciones.

ESADE
 Av. Pedralbes 60-62
 08034 Barcelona

