



**UNIVERSIDAD
ARTURO PRAT
ESCUELA DE DERECHO
IQUIQUE**

**LA MEDIACIÓN COMERCIAL
UN MÉTODO EFICAZ PARA RESOLVER
CONFLICTOS COMERCIALES**

**ALUMNO: EMERSON GONZÁLEZ SUBIABRE
PROFESOR GUIA: SR. GUILLERMO CABELLO BARRA**

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO
DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

2006

ÍNDICE

	<i>Pág.</i>
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN	
1. – De la Mediación	
1.1. Evolución Histórica y cultural de la Mediación.....	8
1.2. Concepto de Mediación.....	13
1.3. Objetivos de la Mediación.....	14
1.4. Características de la Mediación.....	14
1.5. Fundamentos de la Mediación.....	16
1.6. Principios o proposiciones de la Mediación.....	17
2. - De los distintos Modelos de Mediación	
2.1. El modelo Tradicional-Lineal (Harvard).....	19
2.2. El modelo Transformativo (Busch y Folger).....	21
2.3. El modelo Circular- Narrativo (Cobb).	23
3. – Etapas del Procedimiento de Mediación	
3.1. Etapa I: organizar la mediación.....	25
3.2. Etapa II: comprensión de la perspectiva de las partes, clarificación de intereses y necesidades.....	26
3.2.1. Comprensión de la perspectiva de las partes.....	27
3.2.2. Clarificación de intereses y necesidades.....	28
3.3. Etapa III: replanteo - generación de opciones.....	29

3.4. Etapa IV: lograr un acuerdo.....

30

CAPITULO II:

LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

1. - La mediación y el derecho

1.1. Mediación y proceso judicial.....	31
1.2. Casos que debieran someterse a mediación.....	33
1.3. Casos que no debieran someterse a mediación.....	34
1.4. Oportunidad procesal para la derivación judicial de los casos a mediación.	35
1.5. El papel del abogado en la mediación.....	37
1.5.1. El abogado, el cliente y la mediación.....	38
1.5.2. El rol del abogado como mediador.....	39
1.5.3. El rol del abogado como colaborador de alguna de las partes.....	40

2. - Incorporación de la Mediación a la Legislación Chilena

2.1. La Mediación en el Derecho Laboral.....	41
2.2. La Mediación en el Derecho de Familia.....	43
2.3. La Mediación en las Corporaciones de Asistencia Judicial.....	45
2.4. La Mediación en el Consejo de Defensa del Estado.....	46
2.5. La Mediación en la Cámara de Comercio de Santiago.....	47

CAPITULO III:

DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

1.- El Conflicto Comercial

1.1. Generalidades.....	50
1.2. Conflicto y Disputa son conceptos distintos.....	51
1.3. Los diversos aspectos del conflicto comercial.....	52
1.4. Niveles del conflicto.....	53
1.5. La Resolución y Manejo de conflictos.....	54
1.6. Costos derivados del conflicto.....	55
1.7. Cómo se resuelven los conflictos.....	56

2. - La Mediación Comercial

2.1. Concepto de Mediación Comercial.....	59
2.2. Naturaleza Jurídica de la Mediación Comercial.....	60
2.3. Características de la Mediación Comercial.....	60
2.4. Objetivo de la Mediación Comercial.....	63
2.5. La Mediación Comercial y otros sistemas de resolución de conflictos.....	63
2.6. Materias que pueden resolverse a través de la Mediación Comercial.....	66
2.7. Materias que no pueden resolverse a través de la Mediación Comercial.....	67
2.8. Ventajas y Desventajas de la Mediación Comercial.....	68
2.8.1. Ventajas de la Mediación Comercial.....	68
2.8.2. Desventajas de la Mediación Comercial.....	69

3. - Del Mediador Comercial

3.1. Concepto de Mediador Comercial.....	70
3.2. Características del Mediador Comercial.....	71
3.3. Requisitos para ser Mediador Comercial.....	72
3.4. Funciones del Mediador Comercial.....	73
3.5. Deberes y Prohibiciones de los Mediadores.....	74
3.5.1. Deberes de los mediadores.....	74
3.5.2. Prohibiciones de los mediadores.....	75

CAPITULO IV:

DEL PROCESO DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

1. - La Negociación

1.1. Preparación de la Mediación Comercial. Principios básicos de Negociación.... 76

Preparación para negociar.....	77
Estilos de negociación.....	78
Ofertas iniciales.....	81
Fases de la negociación.....	82
Estrategias de la negociación.....	83
Rol de la Mediación Comercial en el Proceso de Negociación entre	

las partes.....	85
-----------------	----

2. - Del Proceso de Mediación

2.1. Requerimiento de mediación y sus requisitos.....	86
2.2. Designación del mediador.....	87
2.3. Normas esenciales del Proceso de Mediación.....	89
2.4. Negociación de los términos del acuerdo.....	91
2.5. Término de la Mediación Comercial.....	91
2.6. Valor del Acuerdo.....	92
2.6.1. Aplicación del acuerdo.....	93
2.6.2. Supervisión de la ejecución de los acuerdos.....	94
2.6.3. Formalización del acuerdo.....	95
2.7. Costos del Proceso de Mediación.....	96

A modo de Conclusión.....	98
---------------------------	----

Bibliografía.....	100
-------------------	-----

LA MEDIACIÓN COMERCIAL

Un método eficaz para resolver conflictos comerciales.

INTRODUCCIÓN

En una sociedad tan compleja, globalizada y conectada como la de hoy, mejorar la competitividad y eficiencia económica de la actividad empresarial es fundamental, el fomento de la inversión privada en el país es mayor cada día, y esta se ve enfrentada a diversos tipos de controversias, especialmente jurídicas, donde quien las resuelve es el Juez a través de un procedimiento largo, costoso y muchas veces engorroso, el que culmina con la dictación de la sentencia definitiva, la que no siempre soluciona el problema, menos aún en una forma rápida y menos onerosa a la que aspira cualquier hombre, dentro del cual no escapa el hombre de negocios, al que un litigio le podría traer perniciosas consecuencias para su empresa, con mayor razón si el juicio es con otra empresa con quien mantiene una relación económica o con quien debe o le convendría proseguir dicha relación.

Lo anterior, porque se sostiene que los procesos formales no tienen la capacidad de adaptarse a las necesidades actuales de los conflictos de las empresas que están en litigio, que ha veces contribuyen a generar más conflictos que ha lograr la solución de los mismos, ya que la disminución de costos legales y un procedimiento más rápido genera en el sector comercial un incremento de su eficiencia operativa, mejorando en forma tangible y concretando su negocio.

Si bien el Poder Legislativo nos ha venido ofreciendo medios modernos para aplicar la ley y dirimir las distintas situaciones conflictivas que se presentan en nuestra sociedad, el aumento progresivo de los conflictos y la complejidad de las causas - especialmente las comerciales - que se someten a la decisión de los Tribunales de Justicia, requieren de mecanismos más especializados para la solución de los mismos. “Un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas en

su mayor parte, con el menor costo posible, partiendo de las necesidades de las partes, sobre la base del principio de subsidiaridad que se expresa así”.¹ Y dada la naturaleza que ya tiene y tendrá la actividad comercial en nuestro país, especialmente por los diferentes tratados de libre comercio que ha firmado y que en un futuro no muy lejano seguirá firmando, necesita más que nunca de una estructura ágil, dinámica y eficiente que le permita alcanzar sus fines. Es por ello que frente a esta realidad el sector privado ha desarrollado otras alternativas para la solución de los conflictos, en una enumeración sólo ilustrativa, podemos mencionar: la Negociación participativa o cooperativa, la Conciliación, la Mediación, el Arbitraje, Mediación-Arbitraje, que favorecen el diálogo, la búsqueda de fórmulas de acuerdo entre las partes, eliminan la incertidumbre y los elevados costos de los procedimientos judiciales.

Este desarrollo de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos surge en el ámbito de los países anglosajones, particularmente en los EE.UU. de América, extendiéndose progresivamente, aunque con lentitud hacia Europa, donde se percibe un movimiento en alza, con características propias dada la idiosincrasia de cada uno de sus países. En América Latina se pueden apreciar claramente dos países que están en la vanguardia de este movimiento: Argentina y Colombia; donde como es de costumbre nuestro país no aparece. Este movimiento se conoce en todo el mundo como *“Alternative Dispute Resolution”*, cuya abreviatura es A. D. R., cuya traducción es *Resolución Alternativa de Disputas*, o más conocidos como R. A. D.. En Chile es casi nulo el conocimiento de este movimiento y se refieren a ello escasos autores y colegas memoristas de monografías. Estos métodos pueden definirse como: *“un conjunto de mecanismos institucionalizados en grados diversos, que conducen a la resolución de los conflictos jurídicos, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales”*.

El creciente desarrollo de este movimiento se debe a que la experiencia ha sido extraordinariamente satisfactoria en los lugares donde se ha implementado, por que no viene a sustituir nuestro proceso judicial, sino que, son métodos paralelos a los

¹ Ury William L.: “El arte de negociar”. Citado en revista *Libra* año 1 N° 2, de 1992, pp. 17.

tribunales de justicia, “siempre sobre la base del *principio de subsidiaridad*”², que tienen por objetivos mitigar la congestión de los tribunales, reducir el costo y la demora en la resolución del conflicto, incrementar la participación de la comunidad en dichos procesos, facilitar el acceso a la justicia, prevenir un litigio. Ya que un litigio no siempre es la mejor opción para resolver un conflicto comercial. “De allí surgirá un vencedor y un vencido, total o parcial, o quizás dos vencidos, cuya relación queda en la mayoría de los casos, cancelada para el futuro”³.

De todos los métodos alternativos el que más desarrollo ha tenido en la actividad comercial de nuestro país, es el arbitraje, teniendo la mediación una aplicación casi nula. Pero el arbitraje en Chile es también un proceso adversarial, del cual resulta un ganador y un perdedor. Pero lo cierto es, que la significativa reducción de los costos legales, al ahorro de tiempo, la posibilidad de solventar cuestiones complejas, la confidencialidad del proceso, la eliminación de incertidumbres, y más importante aún, ofrecer a las partes el pleno control del procedimiento, son algunas de las ventajas que han hecho de la Mediación Comercial un éxito tanto en los Estados Unidos, como Europa y en algunos países de Iberoamérica.

La poca aplicación de la mediación Comercial en nuestro país se puede deber a varios factores; quizás por el desconocimiento de ella, por no existir los medios para facilitarla, debido a que se trata de un procedimiento relativamente poco estructurado, algunos dudan en utilizarlo por temor a no saber a qué atenerse o, sencillamente por nuestra idiosincrasia, de que ante el menor de los conflictos se recurre de manera irracional a los tribunales de justicia para resolverlos, lo que algunos autores denominan “*la cultura del litigio*”.

Por lo antes descrito, el presente trabajo tiene por objeto disipar esos temores explicando las principales características, ventajas, procedimiento y métodos de la mediación y la forma en que ésta constituye un mecanismo eficaz para resolver disputas en materia comercial, dando un mayor conocimiento de ella, difundiendo su

² El principio de subsidiaridad descansa sobre la idea que los conflictos deberán resolverse a través de métodos alternativos, y luego cuando sea absolutamente necesario deberá recurrirse a los tribunales de justicia, salvo que la ley expresamente disponga otra cosa.

³ Alvarez Gladys S. Reporte Final del 1º Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas. Pp. 19, celebrado en Buenos Aires los días 7-8-9 y 10 de Noviembre de 1993, con motivo de su presentación: R. A. D. y Sistema Judicial.

real existencia con el propósito de prevenir y solucionar un mayor número de conflictos comerciales, generando un clima favorable para el desarrollo y crecimiento comercial de Chile, sobre la base de la experiencia tanto internacional como nacional.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA MEDIACIÓN

1. DE LA MEDIACIÓN

1.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CULTURAL DE LA MEDIACIÓN

La mediación, como método alternativo de resolución de controversias no es una institución nueva, ha existido por siglos. La intervención de una tercera persona que ayuda a los interesados a resolver sus conflictos y a adoptar sus propias decisiones, se ha venido produciendo en diversas culturas desde siempre.

Para los filósofos griegos la mediación fue entendida como una “*realidad intermedia*”, donde un individuo mediaba o acercaba dos elementos distintos.

En el Nuevo Testamento existen una serie de pasajes que citan la mediación, siendo ésta congruente con valores bíblicos como el perdón y la reconciliación. Así para los cristianos, Cristo es concebido como el perfecto mediador, entre Dios y los hombres.⁴

En la antigua China, la conciliación y la mediación fueron los principales recursos para resolver desavenencias, “donde la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, no bajo coacción”.⁵ La mediación se sigue ejerciendo en la República Popular China a través de los Comités Populares de Conciliación.

En Japón, país de rica tradición mediadora en sus leyes por su filosofía y espiritualidad, el señor de una población se erigía como mediador para ayudar a sus miembros a resolver sus diferencias.

Con la creación de los Estados – Naciones, nace también todo tipo de conflictos; jurisdiccionales, diplomáticos y coercitivos, frente a ellos la mediación viene a ser un medio de solución pacífica de los mismos, donde los mediadores adquieren vital importancia, tomando las medidas necesarias para evitar la guerra con otro estado.

⁴ Ver: I Timoteo, 2: 5 – 6, también Corintios 6: 1- 4, Mateo 5: 9.

⁵ Pensamiento del emperador chino Confucio, citado en “Mediación: Resolución de conflictos sin litigio”, Folberg, Jay y Taylor, Alison. pp. 21. Editorial Limusa, S.A. 1992.

La mediación también ha sido utilizada en África, como un medio de resolver disputas entre los vecinos, donde se convocaba una asamblea o junta de vecindario, con el fin de analizar y solucionar conflictos interpersonales.

En Hispanoamérica existe toda una historia de resolución de conflictos a través de la mediación. Podemos citar por ejemplo, el Tribunal de Aguas de Valencia, España, que desde el siglo XI hasta hoy día media entre los campesinos los conflictos que se producen por el uso del agua. En México, también se observa un procedimiento de resolución de controversias; donde el Juez ayuda a las partes a buscar soluciones consensuadas, en una combinación de procesos y de culturas indígenas.

La mediación también tiene su historia en las colonias americanas y en EE.UU., los primeros colonizadores, cuáqueros y puritanos ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales, sin recurrir al litigio.

Como se puede apreciar, en la medida de que han existido conflictos han existido los métodos para resolverlos, siendo uno de ellos la mediación, cuyo concepto no ha variado demasiado, no obstante, este adquiere gran refinamiento con la Primera Conferencia de la Paz de la Haya (1899), que en su artículo 4º estipula el rol del mediador, siendo éste un conciliador y apaciguador entre dos Estados desavenidos. Pero todavía sin darle un tratamiento concreto. Sin embargo, en el “Tratado Americano de Soluciones Pacíficas” se conceptúa la mediación, estableciendo las funciones del mediador con el objeto de que asista a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable, absteniéndose de hacer informe alguno, dentro de un procedimiento confidencial.

Sin perjuicio de lo anterior, a la mediación todavía le faltaba una reglamentación adecuada ya que, “sólo desde principios del siglo XX la mediación ha sido institucionalizada y convertida en una profesión aceptada”.⁶

Los primeros antecedentes y modelos formales de mediación más conocidos provienen de los Estados Unidos en procedimientos de resolución sobre desavenencias laborales - industriales. Según Kressel y otros autores, algunos de los primeros escritos

⁶ Schilling Fuenzalida Mario T.: “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”, pp. 19. Editorial Jurídica ConoSur Ltda. 1999.

que proponían la adaptación de técnicas alternativas para resolver conflictos interpersonales se apoyaban precisamente en esos antecedentes, como los denominados “comisionados de conciliación”, convirtiéndose posteriormente en el Servicio Federal de Mediación y Conciliación (FMCS), junto con la Ley de Relaciones Obreros – Patronales, 1947, cuyo propósito era lograr una “*Paz industrial sólida y estable*” y “*el arreglo de las diferencias entre el empleador y empleados mediante la negociación colectiva*”. “Se esperaba que los arreglos mediados impedirían las huelgas o los paros patronales, costosos tanto de los obreros como de los empleadores, y que mejorarían la seguridad, el bienestar y la riqueza de los norteamericanos”.⁷

Pero es a finales de la década de los años 60 cuando surgió en la sociedad estadounidense un fuerte interés por las formas alternativas de resolución de desavenencias, donde aparecen los llamados “centros comunitarios de mediación”, debido a los numerosos acontecimientos de aquella época; las protestas por la guerra de Vietnam, las luchas por los derechos civiles, los motines estudiantiles, la creciente concientización del consumidor, etc. esto llevo indudablemente que los tribunales de justicia se atestaran de causas y consecuentemente de produjera retrasos alarmantes en su tramitación. La respuesta a esto es que surgieron una serie de organizaciones (CRS; FMCS; AAA; SPIDR; ABA) y métodos para satisfacer la necesidad de formas alternativas de resolución de conflictos. Algunos métodos que fueron surgiendo con mayor o menor éxito son: mini-juicios; alquiler de un juez; mediación; arbitraje; negociación y conciliación. Si bien estas alternativas en un principio se sometieron a procesos menores, su campo de acción se ha visto en la práctica considerablemente ampliado y algunos de los conflictos que se someten a estos métodos son: disputas comerciales; mala praxis médica; accidentes de tránsito; familia y controversia laborales. De ahí en más el desarrollo de estos métodos y especialmente de la mediación fue imponente, extendiéndose rápidamente a materia ambiental, la salud pública, del consumidor, etc.

Comenzó también la enseñanza de A D R o “*Alternative Dispute Resolutions*”, es decir “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los

⁷ Moore Christopher, “El proceso de Mediación”; Métodos prácticos para la resolución de conflictos. Pp. 55 Ediciones Granica S.A. 1995.

tribunales, o mediante medios no judiciales". Estudiosos del derecho como L.Fuller, F.Sander, Roger Fisher, todos ellos de la Harvard Law School, o el conocido autor Howard Raiffa, han contribuido notablemente a la formación del pensamiento teórico respecto a los procedimientos y aplicación de técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales, dentro de los cuales está la mediación.

En Latinoamérica en general, habido un gran avance en el desarrollo de estos métodos, podemos mencionar Argentina y Colombia como los países que van en la vanguardia. En Colombia en todos los campos del derecho hay mediación (conciliación) previa obligatoria desde el año 1989 y de ahí en adelante se crearon una serie de mecanismos alternativos a la justicia, tendientes a descongestionar la tarea de esta última, el Ministerio de Justicia autorizó el funcionamiento de centros de mediación dentro de asociaciones, agremiaciones y Cámaras de Comercio, asimismo la ley obliga a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho a organizar su propio Centro de Mediación. En cuanto a las materias comprendidas en la mediación, se dispone que pueden someterse a la misma todas aquellas que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.

En Argentina, desde que se creó la Comisión de Mediación en 1991 se llevo a cabo todo un Plan Nacional de Mediación, incorporados distintos sectores de la sociedad – comunidad, escuelas, Universidades, colegios profesionales, Poder Judicial – cuyo objetivo era; insertar en la conciencia social las ventajas del método y contar con un plantel de mediadores entrenados para llevar a cabo la tarea. En 1992 se dicta la primera norma jurídica que declara de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos, establece además sus principios y reglamenta su procedimiento. Posteriormente en 1996 se dicta la ley 24.573 que establece la aplicación de la mediación previa obligatoria a los procesos civiles y comerciales no excluidos expresamente por la ley. De ahí en adelante la mediación alcanza un desarrollo excepcional extendiéndose a casi todos los sectores de la sociedad argentina.

En Chile se observa un cierto retraso en la asimilación de las técnicas de ADR, al no pertenecer a aquellos países que han potenciado desde la Universidad, desde la judicatura o desde el legislativo, la utilización de esas fórmulas alternativas. No

obstante, en la última década se ha observado una potenciación, desde diversos foros, de la técnica de la mediación, habiéndose desarrollado diversas iniciativas, tanto en el sector privado, como público, destacándose el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, respecto del primero, y del segundo, se puede mencionar la labor de las Corporaciones de Asistencia Judicial, que en su gran mayoría cuenta con un Centro de Mediación, el Servicio Nacional del Consumidor que también cuenta con su propio centro, la creación reciente de la Unidad Nacional de Mediación del Consejo de Defensa del Estado en materia de salud pública.

Desde la Universidades se aprecia un gran avance sobre el desarrollo de la mediación, tendientes a fomentar y difundir la existencia de éste método mediante la creación de programas de formación y capacitación.

Por último, la mediación tiene hoy en Chile consagración legal por su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia y la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil y por la Ley 19.966.

CONCEPTO DE MEDIACIÓN

La práctica de la mediación comprende un campo tan extenso que no permite una definición estricta. Por otro lado, podemos encontrar tantas definiciones como autores han tocado el tema.

Etimológicamente, mediar es *“interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”*⁸.

Desde una perspectiva amplia la mediación es un método de resolución de conflictos no adversarial. Diferenciándose sustancialmente del proceso judicial, que es eminentemente confrontacional. En un sentido restringido, la mediación “es un procedimiento por el cual un tercero ayuda a dos o más partes a lograr su propia solución en una o más cuestiones”⁹

⁸ Gozaini, Osvaldo. Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos. Editorial Desalma. Buenos Aires. 1995

⁹ Slaikeu, Karl A.: “Para que la Sangre no llegue al Río”: Una guía práctica para mediar en disputas, Editorial Granica S.A. Barcelona, España. 1996.

En su esencia la mediación se trata de un “proceso mediante el cual los participantes, juntos con la asistencia de una persona o personas neutrales, aislan sistemáticamente los problemas en disputas con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”¹⁰.

En nuestra legislación podemos encontrar un concepto de mediación, en el Artículo 103 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia, el cual establece; para los efectos de esta ley, se entiende por mediación “*aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos*”.

1.3. OBJETIVO DE LA MEDIACIÓN

Folberg y Taylor consideran que el objetivo primordial de la mediación es resolver las desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones. Para dichos autores, la mediación supone una intervención para la solución de problemas dirigida a conseguir un resultado. Por el contrario, para Haynes el objetivo principal de la mediación es el manejo del conflicto, es decir, entender la causa esencial del conflicto y reducirla a un nivel aceptable y no la resolución de las desavenencias.

Para otros, el objetivo de la mediación es facilitar las negociaciones de los interesados, en el sentido que sin negociación no puede haber mediación, es decir, la mediación es una extensión del proceso de negociación.

1.4. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN¹¹

Las principales características de la mediación son:

¹⁰ Folberg y Taylor. Mediación. Resolución de conflictos sin litigios. Editorial Limusa S.A. pp 27. México 1992.

¹¹ Para el desarrollo de estas características se han consultado, principalmente, los siguientes autores:
- Elena I. Highton, Gladys S. Alvarez. Mediación para resolver conflictos. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires 1996.
- Schilling Fuenzalida Mario T. Ob. cit.
- Moore Christopher. Ob. cit.

a) **Es un procedimiento informal pero con estructura:** por lo que su desarrollo no está sujeto a reglas procesales, ni a los principios que dominan la controversia judicial, el mediador no está obligado a ellas, dado su entrenamiento puede descartar lo irrelevante y simplificar rápidamente el caso. Pero existen reglas mínimas de actuación a las que deben sujetarse los contendientes que a priori indicará el mediador.

b) **Es voluntaria:** No se obliga a las partes practicar la mediación, ya que las partes en conflicto libremente se solicitan la mediación como un mecanismo para resolver sus disputas.

c) **Es confidencial y estrictamente privada:** No hay mayor obligación para el mediador que el deber de guardar secreto de todo lo que sea revelado en la o las audiencias. Por ello las audiencias de mediación son siempre a puerta cerrada, no se transcribe a un expediente ni puede filtrarse a la prensa. Las partes deben estar seguras de nada de lo que dicen será usado en su contra para el caso de que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal. La mediación es estrictamente privada, inclusive si no se logra acuerdo, el centro de mediación o el mediador puede hacer saber al tribunal que la mediación no tuvo éxito, pero no puede informar sobre lo dicho ni sobre lo revelado por las partes.

d) **Existe cooperación entre las partes:** Los contendientes deben llegar a un *acuerdo mutuamente aceptable*, y el mediador debe estar en condiciones de reducirlos a cláusulas escritas, de modo tal que, de ser necesario, pueda ejecutarse con posterioridad.

e) **Las partes se hacen mutuas concesiones:** En la mediación el mediador no tiene ningún poder en la toma de decisiones, esta queda entregada a las partes. El mediador es un tercero imparcial, neutral, que las guía y ayuda para que los contendientes lleguen a su propia solución del conflicto. Ambas partes se benefician y se gravan recíprocamente, a través de las ofertas y concesiones. No se trata sólo de partir diferencias, sino de que ambos ganen.

f) **Pone un marcado énfasis en el futuro:** Ya que no se trata de juzgar sobre un pasado a fin de averiguar quién estaba errado, quien es el culpable, sino de encontrar una solución al conflicto y de que no vuelva a suscitarse en adelante.

h) ***Es económica tanto en el tiempo como en lo pecuniario y es justa:*** En vez de tardar años, puede terminarse con el conflicto a las pocas semanas de iniciado, a veces en una sola audiencia de una o dos horas. Desde el punto de vista pecuniario; los servicios se dan a cambio de contribuciones mínimas, especialmente si se las relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de tribunales formales.

Es justa, en el sentido que la solución a toda controversia se adapta a las necesidades comunes de ambas partes, pues son ellas las que la encuentran.

1.5. FUNDAMENTOS DE LA MEDIACIÓN

La mediación como método alternativo de resolución de conflictos encuentra su cimiento ante la ineficiencia del sistema tradicional, el cual se materializa; en la lentitud en la tramitación de las causas, los elevados costos legales, muchas veces la imposibilidad de solventar cuestiones complejas, el desgaste emocional de las partes, sobre todo cuando deben seguir manteniendo relaciones a futuro. En este sentido, la mediación instruye a los participantes acerca de sus necesidades mutuas, enseñándoles la forma de trabajar juntos, aislando el problema, y dándole a entender que con cooperación todos pueden obtener beneficios.

La idea no es criticar al proceso judicial, como forma de resolución de conflictos, el que sin duda es una institución necesaria, principalmente, en situaciones de desigualdad entre las partes. Y que se presenta como un modelo apto en aquellos casos en que la relación tiene por objeto obtener ventaja sobre el otro o cuando se trata de relaciones jerárquicas o subordinadas¹².

También la mediación tiene su fundamento en que permite ofrecer un modelo personalizado para conciliar desavenencias futuras entre las partes. La mediación es eficaz previniendo conflictos.

Para algunos autores el principal fundamento de la mediación tiene un carácter moral, que se traduce en la virtud de modificar la postura discordante de las partes

¹² Gutiérrez María Laura, "Incorporación de la mediación familiar en el derecho chileno", ¿Un real avance en materia de solución de conflictos?. Memoria de grado. Universidad de Talca. 2004. pp.11.

potenciando una actitud conciliadora. Por ello dicen, que la adopción del método genera un crecimiento moral en las personas y en la población en general.

En suma, la mediación es un proceso de resolución de conflictos y, cuando se integra con un sistema legal de apoyo, proporciona a los participantes, no sólo un plan de acción para el futuro, sino también un mayor sentido de satisfacción acerca del proceso al que se sometieron. “La mediación se adapta en forma ideal a desavenencias policéntricas y a conflictos entre aquéllos cuya relación se prolonga, dado que disminuye notablemente el entremetimiento, hace énfasis en la cooperación, abarca criterios de resolución de autodeterminación, y ofrece un modelo de interacción para desavenencias futuras”¹³.

1.6. PRINCIPIOS O PROPOSICIONES DE LA MEDIACIÓN¹⁴

Una gran parte de los autores que tratan el tema de la mediación comparte un conjunto de principios, aunque son pocas las ocasiones en que dichos principios se han definido en forma sistemática. Algunos de ellos proporcionan verdades generales acerca de la resolución de conflictos, mientras que otros están más orientados hacia el proceso de mediación.

Estos principios, a los que llamaremos proposiciones, tienen el propósito de contribuir a formar un marco de valores y creencias que permita a los mediadores el desarrollo de una teoría compartida de práctica. La identificación, el sometimiento a pruebas y el perfeccionamiento de un conjunto de principios sobre los cuales los mediadores puedan llegar a un acuerdo, hará posible que la mediación se desarrolle hacia una profesión independiente y distinta. La *profesionalización de la mediación*, servirá mejor a los intereses de las partes, como a las necesidades del mediador.

Presentamos las siguientes ocho proposiciones que describe Folberg y Taylor para lograr esta profesionalización:

¹³ Folberg y Taylor. Mediación. Resolución de conflictos sin litigios. Editorial Limusa S.A. pp 31. México 1992.

¹⁴ Folberg y Taylor. Ob. cit.

- **Proposición 1:** Las personas tratan de eludir lo que perciben como negativo o destructivo (dolor), y se dirigen hacia lo que perciben como ventajoso y positivo (placer).
- **Proposición 2:** Las personas toman decisiones más completas, y por lo tanto mejores cuando están conscientes de los sentimientos ocasionados por los conflictos, y se enfrentan a dichos sentimientos de una manera efectiva¹⁵.
- **Proposición 3:** Por lo general, los participantes en una desavenencia personal pueden tomar mejores decisiones acerca de sus propias vidas, que cualquier autoridad externa, como un árbitro.
- **Proposición 4:** Los participantes de un convenio se sienten más inclinados a sujetarse a sus términos si asumen cierta responsabilidad por el resultado y desarrollan un compromiso hacia el proceso utilizado para alcanzar el convenio.
- **Proposición 5:** En la mediación, la historia pasada de los participantes es importante sólo en relación con el presente, o como base para predecir las necesidades, intenciones, habilidades y reacciones futuras a las decisiones.
- **Proposición 6:** Mientras mayor sea la precisión con que un convenio de mediación refleje las necesidades, intenciones y habilidades de los participantes, mayor será la probabilidad de que éste dure.
- **Proposición 7:** Dado que es probable que cambien las necesidades, las intenciones y las habilidades de los participantes, el proceso debe incluir una forma de modificar el convenio en el futuro. Por lo tanto, el cambio que se considera como una parte constructiva y viable del convenio y debe estar considerado en el proceso de mediación.
- **Proposición 8:** El proceso de mediación es substancialmente el mismo para todos los participantes y todas las situaciones, pero las técnicas, el

¹⁵ Enfrentarse de una manera efectiva, significa integrar los sentimientos a las decisiones sin permitir que las emociones perturben las preocupaciones racionales.

programa y las tareas a realizarse deben variar para ajustarse a las circunstancias, a los participantes, y al carácter único del mediador.

Para Folberg y Taylor estas proposiciones o principios, son esenciales para el desarrollo de la mediación como un proceso y una profesión. Agregan además, que aunque estas ocho proposiciones son universales, es necesario que los participantes confirmen otras ocho suposiciones en cada caso.

2. MODELOS DE MEDIACIÓN

Los modelos de mediación más conocidos son tres, que constituyen distintos tipos de pensamientos, pero enfocados a un mismo fin, el protagonismo de las partes en la conducción de la disputa:

- 2.1. El modelo Tradicional-Lineal (Harvard)
- 2.2. El modelo Transformativo (Busch y Folger)
- 2.3. El modelo Circular- Narrativo (Sara Cobb)

2.1. EL MODELO TRADICIONAL – LINEAL

Este modelo se fundamenta en el proceso de comunicación que existe entre los participantes de la mediación. Es decir, las partes se comunican y cada una de ellas expresa su posición sobre la disputa, mientras la otra escucha, se entiende la comunicación en un sentido lineal y enfatiza la comunicación verbal.

Para este modelo el conflicto tiene una sola causa, que es el desacuerdo de las posiciones de las partes, en general no se consideran los orígenes en múltiples causas, se dejan de lado aquellas que pudieran haber influido para que el conflicto se presente y no se toma en consideración el contexto en su conjunto como un factor que incida en el conflicto, como tampoco se toma en cuenta las percepciones del pasado.

Aquí se trabaja sobre intereses, necesidades, sin tener en cuenta el factor relacional, es por ello, que no intenta modificar las relaciones entre las partes.

Como su nombre lo indica, en este modelo el tipo de comunicación es *lineal*, mediante preguntas abiertas; evitando así los interrogatorios cerrados que limitan la flexibilidad de las respuestas. Según este método es preciso intentar la aireación del conflicto permitiendo que salgan las emociones para luego avanzar y exhortar a los sujetos enfrentados a que eviten retrotraerse al pasado, poniendo especial énfasis en el futuro. Se tiende a desactivar las emociones negativas, revalorizar los puntos de discrepancia y superar el caos, para conseguir la restauración o instalación del orden.

Se trata de un proceso estructurado aunque no rígido durante el cual el mediador, procura facilitar la comunicación y la interacción entre las partes con el fin de disminuir las diferencias superando las disputas logrando el acuerdo.

Las características de este método pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) La ventilación del conflicto desde el inicio, para evitar que este aparezca una y otra vez en el desarrollo del proceso;
- b) En este modelo el mediador se transforma en un *facilitador de la comunicación*.
- c) La imparcialidad y equidistancia del mediador en el sentido de ausencia de valoraciones y en el hecho de no realizar alianzas con ninguna de las partes;
- d) Ir del caos al orden.

Este modelo busca que los participantes encuentren puntos de vista similares que les permitan llegar a un acuerdo, por ello permite que los participantes puedan expresar con claridad sus intereses y el modo de satisfacerlos, no interesando el contexto en el cual se han desarrollado los conflictos, sino que pone su énfasis en establecer canales de comunicación y así lograr un acuerdo entre las partes.

En consecuencia, los objetivos principales de este modelo son; lograr el acuerdo, disminuir las diferencias entre las partes aumentando las semejanzas.

Logrados estos objetivos se sostiene que el conflicto desaparece. Se sostiene que esta postura sería exitosa cuando se llega a *un acuerdo*.

Por otro lado, también se ha criticado este modelo, en el sentido de que los acuerdos logrados, en el fondo, obliga a las partes a dejar de hacer lo que estaban haciendo, no produciéndose ningún cambio en la relación entre ellas, ya que, no se da importancia al contexto donde se desenvuelven las relaciones, lo que significa que no se realizan modificaciones a las pautas de interacción.

2.2. EL MODELO TRANSFORMATIVO

La finalidad principal de la escuela transformativa es modificar la relación de las partes, por lo que no pone tanto énfasis en obtener el acuerdo, aunque por supuesto es el objetivo final, pero será una consecuencia de esa nueva situación. El convenio sólo se logrará en la medida que los participantes encuentren una nueva mirada del otro y de sí mismos.

Para lograr el objetivo se programan reuniones conjuntas o privadas al igual que en el modelo Harvard, aunque a diferencia de este, el mediador intenta introducir una comunicación *relacional de causalidad circular*. Es decir, en las entrevistas se procura que cada parte potencie su protagonismo y pueda reconocer su cuota de responsabilidad en el desenvolvimiento de la controversia y la que le corresponde a su oponente. Este modelo tiene un fuerte predominio terapéutico y sus postulados son seguidos preferentemente por los mediadores con formación sicoanalítica.

El Modelo transformativo de Bush y Folger considera que la Mediación ha sido exitosa cuando *se llega a un acuerdo que produce el mejoramiento de la situación de las partes comparada con lo que era antes*, o sea, cuando estas cambian para mejorar gracias a lo que ha ocurrido en el proceso de mediación.

Según Bush y Folger una parte resulta revalorizada en la mediación cuando:

- a) Alcanza una comprensión más clara, comparada con la situación anterior.

- b) Comprende más claramente cuales son sus metas y sus intereses en la situación dada, porque persigue esas metas y que ellas son importantes y merecen consideración.
- c) Cobra conciencia de la gama de alternativas que puede garantizarles total o parcialmente la obtención de sus metas, y de su control sobre esas alternativas.
- d) Comprende que existen decisiones, con respecto a lo que se debe hacer en la situación y que ejerce cierto control sobre dichas decisiones.

Los participantes comprenden que puede elegir si continuarán la mediación o la abandonarán, si aceptarán o rechazarán el consejo jurídico o de cualquier otro carácter, si aceptarán o rechazarán una posible solución y que al margen de las restricciones externas, siempre se le ofrecerán alternativas, y el control sobre las mismas depende exclusivamente de ellas, de esta manera se acrecientan o aumentan sus propias habilidades en la resolución de conflictos.

El participante aprende a escuchar, a mejorar la comunicación, a organizar y analizar cuestiones, presentar argumentos, utilizar técnicas como la ubicación de ideas, evaluar soluciones alternativas y a tomar conciencia de los recursos que posee. Observa más claramente que posee la capacidad de comunicarse o persuadir eficazmente, puede redistribuir sus recursos de modo que tenga mas alcance, sus recursos son suficientes para promover una solución que antes no contemplaba; puede aumentar sus recursos explotando una fuente suplementaria de apoyo a lo que antes no había contemplado.

Puede deliberar y adaptar decisiones acerca de lo que hará en las discusiones de la mediación y la posibilidad de acordar y el modo de hacerlo, o de los restantes pasos que dará. Puede evaluar plenamente las cualidades y las debilidades de sus propios argumentos y de la otra parte, las ventajas y desventajas de las posibles soluciones y evaluaciones.

En conclusión, este método logra que las personas sepan encarar mejor sus problemas y los aprendan a resolver de un modo creativo y pacífico, por lo que, consecuentemente, no sólo cambia la situación particular de las personas, sino a las personas mismas.

Las principales características o metas de este método son:

- a) Modificar la relación de las partes;
- b) Lo importante no es resolver el conflicto en particular, sino la transformación relacional;
- c) Este método de mediación busca lograr un mundo mejor.

Se sostiene que el futuro de este modelo de mediación es promisorio, por su rol transformador en las relaciones de las partes, de ahí su nombre.

2.3. EL MODELO CIRCULAR – NARRATIVO

Finalmente el otro modelo de mediación que pone énfasis en la comunicación es el creado por Sara Cobb. Este modelo parte de la premisa que la comunicación sea entendida como un todo en el que participan las partes a través del lenguaje verbal y del gestual; no hay para este modelo una sola causa, sino una *causalidad de tipo circular que permanentemente se retroalimenta*.

El modelo circular narrativo sostiene que el conflicto no debe necesariamente asociarse a antagonismo y a agresión en las relaciones humanas, sino que debe ser detectado como *una presencia interna y casi continua* en cada persona. Es decir, parte del supuesto que el ser humano vive en una permanente pulsión entre el deseo y el deber. Por ello, diferencia entre conflicto y disputa. Esta última es el conflicto generado entre dos o más personas cuando se hace público e inmanejable para ellos.

Las ideas planteadas por sus seguidores son:

- a) El conflicto se da fundamentalmente en el plano de la comunicación, esto es, no sólo en el contenido de lo que se dice sino en el cómo se dice y de que manera la emisión del mensaje es percibida por el receptor;
- b) Que las pautas repetitivas de interacción determinan modos de comunicación.
- c) El método utilizado por el mediador para cooperar con las partes es aumentar las diferencias que mantienen y, simultáneamente, legitimar a cada una de ellas, con el objeto de cambiar la historia que han construido individualmente y que provocó la disputa. La actividad esencial del

mediador será ayudar a los interesados a elaborar una nueva historia, a partir de la propia revalorización, lo que intentará por medio de una comunicación de *causalidad circular*, estimulando a las partes que expresen todos los aspectos del conflicto, para recién entonces comenzar a indagar sobre las soluciones posibles.

- d) Las entrevistas iniciales son individuales en las que se pone énfasis en la reflexión y en la recreación de la relación, sólo después de esta etapa se pasa a las conjuntas, cuando es previsible que las partes se encuentren en condiciones de concretar el acuerdo. Este modelo permite a las partes en conflicto encontrar una forma de encarar y conducir sus disputas, más que a resolver el conflicto concreto, que en determinadas circunstancias no es posible.

En conclusión, las metas de este modelo según Sara Cobb son; fomentar la reflexión, cambiar el significado de la propia historia y lograr un acuerdo.

3. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Señalamos anteriormente como una de las características de la mediación, que es un método informal pero con estructura. Corresponde al mediador señalar las reglas a que se ajustarán las partes y él mismo, para luego seguirlas y cumplirlas.

La mediación brinda un escenario donde las partes pueden relatar los hechos tal como los ven, presentar su posición, expresar sus sentimientos, intercambiar información, comunicarse y lograr un acuerdo, todo ello en presencia de un tercero neutral quien escucha atentamente y participa de acuerdo a su papel. El procedimiento ofrece una forma ordenada y contenida para satisfacer estas necesidades y esta diseñado para lograrlo.¹⁶

En el procedimiento se reconocen diversas etapas, fases o estadios, que no son siempre las mismas, ya que depende del mediador o de la naturaleza del conflicto que

¹⁶ Elena I. Highton, Gladys S. Alvarez. Ob. cit. Pp.225.

se pretende resolver. Pero una vez establecidas las reglas de actuación, todos los participantes deben cumplirlas.

El procedimiento de mediación puede dividirse en cuatro etapas que pasamos a resumir de la siguiente manera:¹⁷

Etapas I: *Organizar la mediación.*

Etapas II: *Comprensión de la perspectiva de las partes, clarificación de intereses y necesidades.*

Etapas III: *Replanteo - generación de opciones*

Etapas IV: *Lograr un acuerdo.*

3.1. Etapas I: ORGANIZAR LA MEDIACIÓN.

Esta etapa se caracteriza por ser el primer contacto entre las partes y el mediador y de las partes entre sí. Después de las presentaciones personales, el mediador da a conocer cual es su función y procede a explicar el método de mediación, dando sus características, normas y modos en el desarrollo de la misma. El mediador debe proceder a señalar las reglas de comportamiento y funcionamiento.

Sesiones de mediación: la mediación puede llevarse a cabo en una o más audiencias de duración variable, tiempo que puede oscilar entre una o varias horas, a uno o varios días.

Normalmente, las partes se reúnen en sesión conjunta. Pueden o no utilizarse reuniones en privado o por separado con cada una de las partes.

Lo habitual es comenzar por una **sesión conjunta inicial**, cuya primera parte es introductoria al procedimiento de mediación que corresponde al discurso de apertura o exposición inicial del mediador y una segunda parte que consiste en el relato y participación de las partes, con que empieza la sesión conjunta propiamente dicha.

¹⁷ En esta materia nos guiamos por la revista Fundación Libra, sin perjuicio, de que las etapas del proceso de mediación varían dependiendo del autor que haya tratado el tema, pero siempre se traducen a las mismas ideas y características que todo proceso de mediación debe tener.

La regla de confidencialidad: La explicación de la regla de confidencialidad es definitoria para la mediación. Si existe en la legislación, se le hará saber de acuerdo a la normativa respectiva. En caso contrario, se firmará un convenio de confidencialidad.

La confidencialidad tiene varios aspectos:

- a) *Respecto de quienes intervienen en la mediación:* El mediador no hará saber a la contraria lo que una parte le confíe en una sesión privada, salvo autorización.
- b) *Respecto a terceros ajenos a la mediación:* El mediador no divulgará el contenido de la mediación fuera de las sesiones con las partes; tampoco será testigo a favor o en contra de alguna de las partes y las partes se comprometen recíprocamente a respetar el deber de confidencialidad.

Sin perjuicio, de lo anterior existen excepciones a la confidencialidad:

- 1) No se extiende la confidencialidad a la comisión de un crimen o simple delito;
- 2) En materia de prueba, los datos que se puedan obtener por otros medios independientes, no quedarán protegidos sólo por haber sido mencionados durante la sesión de mediación.

Esta primera etapa finaliza cuando el mediador se asegura que las partes tengan la total comprensión de las reglas de la mediación. En este sentido debe preguntar si tienen dudas acerca de los respectivos roles, los posibles resultados o los procedimientos o de cualquier otra índole.

3.2. Etapa II: COMPRENSIÓN DE LA PERSPECTIVA DE LAS PARTES, CLARIFICACIÓN DE INTERESES Y NECESIDADES.

Esta segunda etapa se divide en dos partes; comprensión de la perspectiva de las partes y de su clarificación de intereses y necesidades.

3.2.1. Comprensión de la perspectiva de las partes

La comprensión de la perspectiva de las partes se logra a través de los *relatos* de cada una de ellas, dando su posición acerca del problema. El mediador debe indicar a los participantes que asuman una actitud activa en la comunicación. El relato directo y personal por el interesado constituye una etapa crucial en el proceso de mediación que no puede saltarse.

En esta etapa se incluye la presentación de una breve historia de los hechos reseñada por cada parte, como también su punto de vista sobre responsabilidades y pretensiones. Ello se hace habitualmente en sesión conjunta.

El orden en que las partes presentarán su caso es variable, así puede comenzar; el que parezca más ansioso por contar, el más perturbado o disgustado, el que presentó la demanda, el que pidió la mediación, etc. Lo relevante es que se dé igual oportunidad a todos y se oiga al primero con el mismo interés que al último. El mediador puede permitir que cada parte explique su versión de los hechos mientras él mismo y el otro participante escuchan en silencio, para que luego el mediador haga las preguntas pertinentes para comenzar a indagar sobre las necesidades y sentimientos subyacentes. A través de preguntas abiertas e intervalos de silencio, el mediador puede facilitar la discusión y, simultáneamente, mantener el control y la expresión de reconocimiento y aliento al intervenir con interpretaciones y síntesis.

Es importante también, que el mediador se asegure que los participantes hayan tratado con realismo sus cuestiones, y esto podría incluir el desahogo, el enojo, la frustración y la hostilidad. Ignorar o aplastar estos sentimientos, podría provocar una audiencia calma, pero también podría tapar diferencias de fondo, lo que iría en desmedro de la resolución.

Ahora, cuando cada parte termine su relato, el mediador lo repetirá en forma sintética, tomando sólo los hechos y pretensiones relevantes, pasando a un lenguaje más *neutral*, con el propósito de identificar algunos puntos centrales del conflicto, pero no se trata de repetir, esto se denomina en la mediación *parafrasear*.

Esto también permite determinar si el mediador ha comprendido lo que se está diciendo y le asegura a las partes que está escuchando verdaderamente, técnica que se denomina *escucha activa*.

La habilidad de haber escuchado activamente es lo que le permitirá al mediador hacer un resumen de lo dicho por los protagonistas del conflicto, como asimismo transmitir de manera eficaz la sensación que ha comprendido realmente lo que trataron de decirle y, al mismo tiempo, ayuda a construir un clima favorable de confianza y entendimiento.

3.2.2. Clarificación de intereses y necesidades

Una vez determinada la perspectiva de las partes se debe proceder a la identificación de los núcleos del conflicto. En este sentido la mediación sólo puede resolver cuestiones negociables y no todo cuanto preocupa o frustra a las partes. Cuando son los valores los que están en juego, será difícil, sino imposible, lograr una negociación a su respecto. Por ello, debe indagar sobre las necesidades a fin de generar una dinámica adecuada que avance hacia una solución posible.

Las necesidades se han enumerado y clasificado según variados criterios, y quien puede satisfacerlas a todas completamente, es una persona autorrealizada. Según Abraham Maslow existe una pirámide de necesidades, y las clasifica desde el punto de vista individual y empresarial. Así en la cúspide de la pirámide encontramos necesidades de **reconocimiento**: desde el punto de vista individual se traducen en; recompensa, beneficios, apreciación. Del punto de vista empresarial estas se traducen en; influencia, posición en el mercado, cotización bursátil y prensa en general.

Más abajo encontramos necesidades de **pertenencia**: desde una perspectiva individual se traduce en; familia, amistades, clubes. Y desde la perspectiva empresarial en; asociaciones, cámaras, grupos y sectores.

En el medio de la pirámide de Maslow encontramos necesidades de **seguridad**: que desde el punto de vista individual son: empleo e ingresos. Desde el punto de vista empresarial se traduce en: ingresos, generación de efectivos, sistemas de seguridad, fomentos e incentivos.

Y finalmente encontramos necesidades **físicas**: comida, agua, reposo y sexo, de la mirada individual. Productos, servicios obreros, planta de operación y otros recursos, desde la perspectiva empresarial.

Teniéndose claro la posición de las partes, la clarificación de sus necesidades el mediador debe proceder a discutir sobre ellos, considerando el orden en que se tratarán, se recomienda discutir los puntos más simples y fáciles primero, para crear entusiasmo.

3.3. Etapa III: REPLANTEO - GENERACIÓN DE OPCIONES

Esta etapa se caracteriza por las preguntas de replanteo que efectúa el mediador, que es un reencuadre del conflicto. Pregunta sobre la base de las necesidades y que apunta a satisfacerlas íntegramente, generando un torbellino de ideas para la mejor solución de la disputa.

Las preguntas deben efectuarse de manera abiertas a las partes. Que no apunten al “sí” ni al “no”, la idea es hacer trabajar a las partes. Y ellas deben dar respuestas más elaboradas, ya que a estas alturas tienen mayor información, mas material y un mejor conocimiento del conflicto, dándose más oportunidades de generar opciones.

En consecuencia, el mediador ayuda a las partes a desarrollar opciones y propuestas alternativas que conduzcan a un acuerdo mutuamente aceptable, generando ideas, evaluando alternativas en forma realista y a considerar las consecuencias de no llegar a un acuerdo.

3.4. Etapa IV: LOGRAR UN ACUERDO.

La mediación puede concluir de tres maneras:

- 1) Las partes se ponen total o parcialmente de acuerdo en las condiciones del convenio, las cuales dejan sentadas por escrito.

- 2) Las partes fracasan en su cometido, es decir, no llegan a un acuerdo y no creen que se justifique la programación de más sesiones de mediación.
- 3) alguna de las partes o ambas decide que no desea continuar o el propio mediador entiende que no están dadas las condiciones para continuar.

El gran objetivo de la mediación es lograr un acuerdo. Y este acuerdo debe resolver el conflicto de inmediato, es decir, aquel que llevó a las partes a mediación y, debe prevenir conflictos similares o relacionados.

Una vez logrado el acuerdo este debe redactarse por el mediador, y el orden de los puntos acordados es de suma importancia, puesto que sí una parte tiene que hacer mucho más que la otra, aún habiéndose acordado, puede llegar a dudar sobre la sabiduría de su decisión y echarse para atrás.

Una vez redactado el acuerdo las partes procederán a firmarlo junto con el mediador, previa lectura y se entregará una copia a cada una de ellas. Una vez logrado esto, el mediador está en condiciones de dar por terminada la mediación, pero concluyendo siempre con un comentario positivo, dando a los participantes una sensación de confianza, mostrándoles que han trabajado arduamente, que han progresado resolviendo las cuestiones en disputa y que con su participación demostraron un alto grado de respeto recíproco.

CAPITULO II

LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

1. LA MEDIACIÓN Y EL DERECHO

1.1. LA MEDIACIÓN Y EL PROCESO JUDICIAL

El proceso judicial es en nuestro país el medio de solución de conflictos más aceptable para resolver las desavenencias entre las partes, y donde quien gana no es necesariamente el que tiene la razón, sino el que obtiene una sentencia favorable, y muchas veces no solucionado el conflicto de fondo. Como método alternativo de solución de conflictos existe la mediación entre otros métodos.

Como vimos, la mediación tiene una milenaria precedencia histórica a cualquier forma de organización judicial. En cambio el proceso judicial nace desde el momento en que los individuos ya no pueden seguir solucionando sus problemas por sí mismos, de manera que, le corresponde al Estado subrogarse en la voluntad de ellos para solucionarlo. Para ello, el estado creó órganos especializados en la solución de estos conflictos, entregándole la administración de la justicia, a los llamados Tribunales de Justicia.

El proceso judicial está constituido por una serie de actos ejecutados por las partes y por el juez, que tienden a un fin común: *la sentencia*. Aquí el juez es un tercero imparcial e independiente cuya actividad está reglada por un conjunto de principios que establecen sus deberes y facultades, con el objeto de asegurar el correcto desempeño de su cargo y proporcionar a los litigantes la garantía de una sentencia justa, para resolver la desavenencia.

En la mediación, no es un tercero, sino las propias partes, quienes llegan a su propia solución del conflicto, ningún tercero toma o impone una decisión. Existe un tercero, pero que actúa como facilitador de la comunicación, quien no ostenta poder de decisión. “Su misión es conducir la audiencia, de modo que puedan ponerse de manifiesto las verdaderas necesidades e intereses de las partes por encima de las

posiciones esgrimidas, para que éstas encuentren una solución que favorezca a todos”¹⁸.

El proceso judicial está construido de tal forma que el juez queda colocado como un mero espectador al que, con la prueba adecuada se trata situar en similar situación, a la existente al momento de los hechos objeto del juicio.

En la mediación el mediador tiene una función activa, dado su entrenamiento, tiene habilidades particulares que no necesariamente se relacionan con el conocimiento jurídico, su sabiduría es técnica - por lo mismo Mario Schilling la define como una tecnología – el mediador sabe cómo aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilitan con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

Por otro lado hay que dejar claro que mediación y proceso judicial no son incompatibles ni excluyentes sino complementarios. Así una vez que las partes no puedan solucionar su conflicto a través de la mediación, esa desavenencia debiera someterse a juicio sólo en el caso de no encontrarse solución.

En este sentido hay que introducir en nuestra ley positiva los mecanismos necesarios y efectivos para que la mediación sea compatible y complementaria a nuestro sistema judicial, ampliándola a más ramas del derecho. Así la mediación puede ser voluntaria u obligatoria, dependiendo de la materia que se trate, que el mediador sea un empleado del tribunal, o que actúe bajo contrato con éste, que los participantes tengan la representación de sus abogados y que el convenio de la mediación esté sujeto a la aprobación del tribunal, y que su observancia esté regida por él.

Por otro lado, se debe señalar que la mediación es una especie de autocomposición y perfectamente puede participar del proceso judicial, ya que en Chile existe la autocomposición que se manifiesta en dos instituciones como son la Conciliación, considerado trámite esencial, siendo ésta intra – proceso y en el contrato de Transacción siendo una forma de autocomposición extra – proceso. Desde el punto de vista procesal también se le considera a estas dos instituciones como equivalentes jurisdiccionales, definiéndose como *aquellos actos que constituyen la manifestación de voluntad de las partes, por medio de los cuales éstos finalizan de un modo inalterable y*

¹⁸ Elena I. Highton, Gladys S. Alvarez. Ob. cit.

definitivo cualquier conflicto de interés de relevancia jurídica, que tengan pendiente o precaven alguno con posibilidad de ejecución forzada estableciendo derechos y obligaciones. De manera tal, que no difieren demasiado de la mediación, obviamente de sus naturales diferencias, pero el efecto es el mismo, o sea, poner término al conflicto.

1.2. CASOS QUE DEBIERAN SOMETERSE A MEDIACIÓN

De acuerdo a la experiencia internacional, y desde los que hace bastante tiempo están en esta actividad, la mediación ha demostrado mayor éxito en los siguientes casos¹⁹:

- a) Cuando hay dos o más partes que tienen una relación que se perpetúa en el tiempo, por lo que quieren terminar con el problema pero no con la relación.
- b) Cuando las partes quieren conservar el control sobre el resultado de su conflicto.
- c) Cuando las partes comparten algún grado de responsabilidad por el estado del conflicto.
- d) Cuando ambas partes tienen buenos argumentos y existe una variada gama de posibilidades de solución del conflicto y de prevención de litigios futuros.
- e) Cuando la disputa no conviene a nadie y ninguno realmente desea entablar juicio.
- f) Cuando la causa del conflicto radica en una mala comunicación previa.
- g) Cuando estén en juego cuestiones técnicas muy complejas y se quiere minimizar los costos y ahorro de tiempo.

¹⁹ Esta materia ha sido tomada del *Manual de Mediación* preparado por Fundación Libra, para su utilización en cursos y entrenamientos; basados en Stulberg Joseph B.: *County Court Medation. A Mediator's Manual*. Florida 1989. EE. UU.

- h) Cuando la ley no provee la solución del conflicto que desean las partes.

Como se puede apreciar no existen casi límites para poder aplicar la mediación en cuanto a la materia y a la naturaleza del conflicto, salvo que no sea contrario al orden público, a las buenas costumbres y a la moral.

En consecuencia, se podría aplicar en nuestro país la mediación, aparte del Derecho de Familia y de el Derecho Laboral, al Derecho Civil, al Derecho Penal, con mayor razón al Derecho Comercial, inclusive al Derecho Público, como en aquellas cuestiones de responsabilidad extracontractual del Estado, en los problemas de medio ambiente, etc.

1.3. CASOS QUE NO DEBIERAN SOMETERSE A MEDIACIÓN

La mediación no es un método de solución de todos los conflictos de los seres humanos, existen casos en que ella no es recomendable, pues no cumplirá con su objetivo de dar satisfacción a las necesidades de alguna o de ambas partes. Entre ellos pueden mencionarse²⁰:

- i) Cuando alguna de las partes quiere probar la verdad de hechos.
- j) Cuando alguna de las partes tiene una cuestión fundamental de principios e innegociable de la que no puede salir por su propia voluntad.
- k) Cuando alguna de las partes tiene un interés punitivo o una noción de justicia retributiva que desea ver reconocidos en una decisión emanada de un juez.
- l) Cuando por la mediación lo que se desea es sentar un precedente legal.

²⁰ Esta materia ha sido tomada del *Manual de Mediación* preparado por Fundación Libra. Ob. cit.

- m) Cuando una de las partes está ausente o incapacitada o derechamente no tiene interés de llegar a un acuerdo con la otra.
- n) Cuando la lentitud del procedimiento judicial favorecerá mucho por lo menos a una de las partes.
- o) Cuando la controversia involucra un delito de acción penal pública o es contraria a la ley, a las buenas costumbres y a la moral.

De lo anterior debemos prevenir, que si el mediador detecta que la mediación no puede lograr su objetivo o es inadecuada por la naturaleza del conflicto, dadas sus limitaciones, debe reconocerlo y recomendar que se radique el conflicto en un tribunal o se busque a un tercero que decida sobre la legitimidad de las pretensiones y los reclamos de las partes.

1.4. OPORTUNIDAD PROCESAL PARA LA DERIVACIÓN JUDICIAL DE LOS CASOS A MEDIACIÓN

La oportunidad procesal para la derivación de los casos a mediación puede variar según la clase y naturaleza del conflicto. Por ejemplo el artículo 105 de la Ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia establece tres oportunidades para someter un asunto a mediación; antes del ejercicio de la acción judicial; al momento de interponer la acción judicial y una vez interpuesta la acción judicial y acogida a tramitación.

Sin perjuicio de lo anterior, y siendo sólo aplicable a mediación familiar, la mayoría de los autores estiman que la derivación de un caso a mediación debe hacerse lo más pronto posible.

Así, y arriesgando hipótesis, se sostiene que la mediación puede manifestarse en diferentes momentos procesales:

- a) **Como etapa prejudicial;** lo normal es que se trate de una mediación voluntaria para cierto y determinado tipo de juicios, como una forma de prevenir un futuro litigio, costoso y desgastador para ambas partes. Aquí son los interesados que directamente someten su

desavenencia a mediación, por ejemplo: la Mediación Familiar. No obstante, existe en nuestro país la mediación prejudicial de carácter obligatoria en materia de salud, respecto de todos aquellos conflictos que puedan surgir con ocasión del otorgamiento de prestaciones de salud de conformidad a la Ley 19.966, donde por ley no se podrá iniciar un juicio civil por indemnización de perjuicios sin haber antes solicitado la mediación.

- b) ***Durante el trámite del juicio;*** en este caso los tribunales deben brindar la oportunidad, de manera ininterrumpida, para que tanto las partes como el juez puedan determinar el tiempo apropiado para la derivación de un caso a mediación. Lo cual puede ocurrir en cualquier momento del juicio a petición de partes o cuando el juez advierta, dada la naturaleza del conflicto y de sus circunstancias se cumplen con los requisitos para dicha derivación y, existen reales posibilidades de llegar a un acuerdo por esta vía. En consecuencia, los tribunales deben establecer plazos límites probables para la mediación, los que pueden ser prorrogados por el tribunal, si las partes demuestran que la continuación del procedimiento contribuirá a la resolución del conflicto.

Una vez sometido un asunto a mediación los acuerdos que se logren requieren de diferentes formalidades en orden a su obligatoriedad. Por ejemplo tratándose de un asunto patrimonial, el acuerdo obtenido tiene plena eficacia jurídica entre las partes y vincularía al juez en su aspecto material. Y si el asunto es de orden público el acuerdo que da sujeto a la aprobación del juez.

No obstante, se piensa que es indispensable la protocolización de los acuerdos logrados, para el caso de incumplimiento y se requiera su posterior cumplimiento compulsivamente, sobre todo en materia patrimonial. Incluso en la Ley 19.968 que crea

los Tribunales de Familia no contempla formas de seguimiento que permitan determinar el cumplimiento de los acuerdos.²¹

1.5. EL PAPEL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

En nuestro país son escasos los abogados que reconocen el valor del proceso de mediación y de sus satisfactorios resultados que producen entre las partes, la mayoría lo desconoce o lo rechazan por padecer de una “*mentalidad litigiosa*”²², o sea, están acostumbrados a que los conflictos se resuelvan por medio de un litigio, mediante la aplicación de las leyes o principios generales del derecho, que concluye con la dictación por parte del juez de la sentencia definitiva.

La tarea fundamental del abogado, especialista en derecho positivo, es representar intereses, defender de palabra o por escrito los derechos de sus clientes y obtener resultados encomendados. Es entonces, un negociador por excelencia²³. En este sentido, y de acuerdo a la experiencia de los mediadores cuando los abogados comprenden el método, pueden facilitar el proceso y aumentar las probabilidades de lograr un acuerdo.

1.5.1. EL ABOGADO, EL CLIENTE Y LA MEDIACIÓN

A fin de que los clientes estén en condiciones de hacer una elección informada del método para resolver su conflicto, el abogado, en la mayoría de los casos deberá informar acerca de los costos y potenciales beneficios de la mediación, su comparación con otros procesos alternativos, si la disputa culminará por otros métodos.

Se debe tener claro que, si el sistema normativo del lugar donde se ejerza la mediación tiene incorporado una ley que la contempla, el abogado deberá conocer al menos su regulación, si además es prejudicial y obligatoria, si dispone que las partes

²¹ A pesar de que el acuerdo alcanzado, y siempre y cuando sea aprobado por el tribunal, tiene el valor de sentencia ejecutoria.

²² Dicho concepto fue extraído de la memoria para optar al grado de licenciado jurídico de doña Loreto Gaete Barrera. “El Abogado en la Mediación”. Publicado en la revista CREA número 3 año 2002 de la Universidad Católica de Temuco.

²³ Alvarez Trongé Manuel. “Técnicas de Negociación Para Abogados”. Abeledo – Perrot. Buenos Aires. 1996. Pp.15.

deben ser asistidas por sus letrados o defensores, o sea, debe saber cómo acompañar a su cliente a la mediación. Ello implica tener cabal conocimiento de su participación en el proceso.

También debe saber, en cumplimiento de un deber al menos - ético - *en qué circunstancias es aconsejable para su cliente recurrir al proceso de mediación*, en otras palabras, al menos un abogado debe entender el proceso y su efectividad, así como también las cuestiones legales y éticas que surgen de su uso. El cliente debe tomar una decisión informada, si el abogado recomienda recurrir a la mediación, o incluir una cláusula en un contrato comercial.

Aquéllos que representan clientes que usan la mediación, deben además asegurarse de que estos conozcan los deberes que impone la confidencialidad y la fuerza de los acuerdos a los que allí se arribe.

Aún en los casos en que la asistencia a mediación esté prevista como obligatoria, el abogado debe estudiar el conflicto para tener claro si es conveniente para su cliente intentar una solución en el proceso de mediación. Se sostiene que algunas de las circunstancias en las que es conveniente que el conflicto sea tratado en una mediación pueden ser: si el cliente quiere arreglar la cuestión rápidamente o quiere minimizar los costos; quiere asegurarse que el posible arreglo se cumpla o cuando las partes y sus abogados han tenido dificultades para iniciar negociaciones o no tienen habilidades para negociar; también cuando las partes tienen una relación que puede o debe continuar en el futuro; etc.

En definitiva, en los países que se ha implementado la mediación, está camina a pasos agigantados en convertirse en una profesión y como es de costumbre, tarde, ocurrirá en Chile y nuestros abogados no pueden estar ajenos a dicho proceso, pudiendo éstos actuar de dos formas; como mediadores o como colaborador de alguna de las partes.

1.5.2. ROL DEL ABOGADO COMO MEDIADOR

Se sostiene que el abogado es uno de los mejores profesionales que pueden encarar esta actividad, debido a su conocimiento del derecho y de su experiencia en el

conflicto. Pero ello no lo habilita para ser el perfecto mediador, sino que igualmente debe pasar por la etapa de entrenamiento.

La primera tarea que incumbe al abogado – mediador es la de aclarar y definir la medida de su intervención en el caso, o sea, que ha sido llamado para facilitar y no para patrocinar²⁴. En consecuencia, desde el primer contacto con los participantes debe indicarles, sin lugar a dudas, que pese de ser abogado, está actuando como mediador, y en tal carácter no puede dar ningún tipo de consejo legal a una o ambas partes. Y si las partes necesitan asesoramiento legal, éste deberán buscarlo con sus propios abogados.

En este mismo orden de ideas, el abogado – mediador puede orientar las soluciones del conflicto dentro del marco jurídico, aunque sólo orientar y no imponer, con el objeto que el acuerdo alcanzado sea firme y eficaz, pudiendo dar a conocer a las partes los verdaderos efectos o secuelas que a largo plazo tendrá el posible acuerdo logrado, en base a su experiencia profesional.

Por otro lado, el principio de autonomía de la voluntad tiene una fuerte preponderancia en la mediación, y el abogado – mediador está en buenas condiciones para saber hasta dónde puede extender esta autonomía, ya que no podrá ir en contra del orden público ni el interés superior del bien común.

Además debemos señalar que, incluso terminada la mediación sin acuerdo, el abogado – mediador no puede jamás patrocinar o representar a ninguna de las partes en una nueva mediación, arbitraje o juicio entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

1.5.3. ROL DEL ABOGADO COMO COLABORADOR DE ALGUNA DE LAS PARTES

El abogado como colaborador de alguna de las partes, es aquella persona que ayudará a una de ellas en el proceso de mediación, debido a su conocimiento específico o como punto de referencia frente al conflicto o disputa, ayudando a que en

²⁴ Elena I. Highton, Gladys S. Alvarez. Ob. cit. Pp. 424.

las discusiones su cliente pueda aportar datos exactos acerca de ciertos temas, o incluso llegando a ser un negociador subrogado²⁵.

Por otro lado se sostiene que el mejor rol del abogado es la participación limitada, instruyendo a sus clientes sobre normas jurídicas y asesorándolos sobre estrategias de negociación, y que ellos negocien por su propia cuenta la resolución de la disputa. Ya que una participación más activa del abogado en las audiencias de mediación podría causar el efecto contrario.

No obstante lo anterior, la participación del abogado como colaborador de alguna de las partes trae ciertas ventajas:

- Ayudar a su cliente a elegir el proceso de mediación más adecuado de acuerdo a sus necesidades.
- Asistirlos en las distintas audiencias aportando sus conocimientos técnicos.
- Asegurar un acuerdo equitativo para su cliente, cuando este no posea habilidades necesarias para negociar o sea demasiado emotivo.
- Reducir el riesgo de provocar consecuencias perjudiciales para su cliente si no se logra un acuerdo.
- Revisar el proyecto de acuerdo al que se haya arribado entre las partes y además puede participar en la redacción y confección de los detalles del acuerdo logrado.

De manera que es fundamental que las partes sean asesoradas por abogados en el proceso de mediación, ya que siendo el mediador un tercero neutral y facilitador, está para ayudar a las partes a resolver su desavenencia.

Por lo tanto, se debe incentivar por un lado, a los participantes de un proceso de mediación para que obtengan una asistencia letrada, y por el otro, a los abogados de participar activamente de dicho proceso de resolución de desavenencias.

2. INCORPORACIÓN DE LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

²⁵ Loreto Gaete Barrera. “El Abogado en la Mediación”. Publicado en la revista CREA número 3 año 2002 de la Universidad Católica de Temuco.

Hasta hace poco la mediación operaba en nuestro sistema judicial de forma aislada, no obstante, este método de resolución de disputas se ha ido incorporando de manera paulatina al derecho chileno, aunque la mediación institucionalizada a través de una ley general y homogénea, no existe en Chile.

En este apartado señalare de forma breve y sin entrar en detalle, puesto que ello corresponde a otro estudio, los distintos tipos de mediación más conocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

2.1. LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO LABORAL

Uno de los pocos textos legales que se refieren a este método alternativo de resolución de disputas, es el Código del Trabajo, y lo hace respecto de la negociación colectiva.

Este método se introdujo en el año 1979, con la dictación del Decreto – Ley N° 2.758, bajo el contexto económico de aquella época. La mediación laboral se encuentra establecida en los artículos 352 y siguientes del Código del Trabajo, específicamente en el Libro IV, Capítulo II, del Título IV.

A grandes rasgos, esta mediación se caracteriza por el hecho de que en cualquier momento de la negociación colectiva las partes pueden solicitar la designación de un mediador para resolver sus disputas, sujetándose al procedimiento que las mismas partes acordaren o en subsidio el que establece el Código del Trabajo.

En esta mediación el mediador esta dotado de facultades legales tales como; requerir antecedentes, visitar locales, hacerse asesorar por organismos públicos, exigir la documentación, etc.

Se sostiene que esta mediación no es muy utilizada por las partes en conflicto, pues tiene el inconveniente de no suspender el plazo de la negociación colectiva, generando así un doble esfuerzo para ambas partes; por un lado continuar con las reuniones y tensiones propias de la negociación y, por el otro, participar en las sesiones de mediación.

También encontramos La Mediación Laboral, y con unos resultados más que satisfactorios en la Dirección del Trabajo, que desde el 1° de diciembre de 2001 viene funcionando exitosamente y su evaluación ha sido positiva tanto por los trabajadores como por los empleadores que la han utilizado.²⁶

En este sentido La Dirección del Trabajo cuenta a lo largo del país con equipos de funcionarios especialmente capacitados en técnicas de mediación, para contribuir a la búsqueda de solución de los conflictos laborales colectivos, de modo que las propias partes involucradas logren generar las alternativas más apropiadas.

Aquí la Mediación Laboral se define como: *“un modelo de solución de conflictos, en que las partes involucradas buscan generar soluciones auxiliadas por un tercero imparcial, quien actúa como moderador para facilitar la comunicación”*.

El objetivo principal de la mediación laboral es incorporar en el ámbito de las relaciones laborales, una cultura de diálogo y colaboración, a través de la búsqueda pacífica de acuerdos y de solución a los conflictos colectivos.

Los tipos de Mediación Laboral que se celebran ante la Dirección son:

- *Mediación a petición de parte:* Se inicia a solicitud escrita o verbal, de cualquiera de las partes, ante la Dirección Regional o la Inspección respectiva.
- *Mediación programada:* Es la que emana desde la propia planificación interna de la Dirección del Trabajo.

²⁶ En Chile, seis de cada 10 conflictos laborales en que hay mediación laboral se resuelven. Una cifra que muestra que los cambios incluidos en la reforma laboral del 2001, donde se autoriza a trabajadores y empresarios a pedir la mediación de un inspector de la Dirección del Trabajo para acercar posiciones, han tenido éxito en disminuir la conflictividad laboral.

Según estadísticas al primer semestre de este año, la mediación realizada por la Dirección del Trabajo evitó que un 57% de las huelgas aprobadas en negociaciones colectivas regladas se llevaran a cabo, lo que benefició a más de 8.400 personas en todo el país. En el 37% de los casos no hubo acuerdo, aunque necesariamente aquello no significa que haya habido una huelga.

El año pasado el 67% de las mediaciones totales -donde se incluyen huelgas y otros conflictos laborales- arribaron a un acuerdo, según la Dirección del Trabajo. Las estadísticas oficiales sostienen que en los primeros seis meses de este año hubo 230 conflictos laborales donde se recurrió a mediación laboral, lo que considera alrededor de 17 mil trabajadores. De aquellos, en 148 casos (64%) hubo acuerdo entre las partes, mientras que en 50 casos no existió acuerdo. El resto se dividió entre abandono y desistimiento de la mediación o el retiro de inspector respectivo. Fuente la Tercera - Julio Nahuelhual.

- *Mediación reactiva*: Se aplica frente a situaciones de emergencia. Se estudia su factibilidad por el Director Regional o el Inspector Provincial o Comunal.

2.2. LA MEDIACIÓN EN EL DERECHO DE FAMILIA

La mediación como método de resolución de disputas familiares, está contemplada en la Ley de Tribunales de Familia y en la Ley Matrimonio Civil. Se sostiene, que mediante estos textos se institucionaliza definitiva y expresamente la mediación en nuestro derecho.

La incorporación de la mediación familiar a nuestra legislación obedece a una necesidad social – *el conflicto familiar* – el que por sus características propias requiere de un tratamiento especial que posibilite un acercamiento entre las partes facilitando sus relaciones actuales y evitando que en el futuro se presenten controversias en el seno de la familia.

A grandes rasgos, la mediación familiar se establece de forma voluntaria, en el sentido, de la libertad que tienen las partes para someter un asunto a mediación y también de desistirse de ella durante dicho proceso.

Pero la mediación es obligatoria respecto del juez, el que está obligado a derivar un asunto a mediación cuando las partes así se lo soliciten, salvo las materias de mediación prohibida.

En cuanto a las materias susceptibles de mediación familiar, serán todas aquellas cuyo conocimiento corresponda a los tribunales de familia, salvo los casos de mediación prohibidas como son; los asuntos relativos al estado civil de las personas, la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes y los procedimientos sobre adopción.

La mediación familiar establece el principio de igualdad de condiciones entre las partes, de manera que, no se podrá lograr un acuerdo si previamente el mediador no constata si existe equilibrio de poder entre ellas, en caso contrario declarará por terminada la mediación.

También se consagra el interés superior del niño, niña o adolescente. Dentro del proceso de mediación, es obligación del mediador escuchar a los menores involucrados si los hay.

Por otro lado, la confidencialidad en la mediación familiar es un principio de suma importancia cuya inobservancia será sancionada de acuerdo al artículo 247 del Código Penal. Este principio permite obtener la confianza necesaria de los interesados para que opere el método.

En cuanto al proceso mismo de mediación familiar podemos señalar; que se trata de un proceso flexible pero definido, las partes conjuntamente con el mediador podrán decidir el modo en que se realizará la mediación y la periodicidad de las sesiones que se determinarán de común acuerdo.

En cuanto a la duración del proceso, éste no podrá durar más de sesenta días contados desde que se haya realizado la sesión inicial, plazo prorrogable hasta por sesenta días más, previa solicitud de ambas partes.

El hecho de someter un asunto a mediación produce la suspensión provisional del procedimiento, pero si no se logra el acuerdo por que la mediación se frustró, se levanta la suspensión provisional y el procedimiento sigue su curso normal.

El valor del acuerdo de la mediación familiar se materializa en un acta que es firmada por todos los intervinientes, la que deberá ser aprobada por el tribunal previamente, para tener el valor de sentencia ejecutoria.

2.3. LA MEDIACIÓN EN LAS CORPORACIONES DE ASISTENCIA JUDICIAL

En el año 1995 se da origen a un plan piloto promovido por el ministerio de justicia, para la creación de centros de mediación en las Corporaciones de Asistencia Judicial del país, respondiendo a la necesidad general de modernizar el sistema judicial chileno y agilizar la actividad jurisdiccional.

En el año 1996 se crean dichos centros de mediación en la Región Metropolitana y en Valparaíso, ofreciendo los servicios de mediación con un equipo interdisciplinario

de profesionales. Posteriormente dichos centros se extienden a todas las regiones del país.

Dentro de los principales conflictos que se someten a los centros de mediación, se encuentran los familiares, los vecinales, de propiedad y laborales.

Los conflictos que tienen una mayor asistencia jurídica social por parte de estos centros de mediación son, sin lugar a dudas los familiares, con un alto porcentaje de acuerdos logrados, lo que implica que la mediación funciona cuando las partes se atreven a solucionar sus desavenencias a través de este método.

2.4. LA MEDIACIÓN EN EL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

Al Consejo de Defensa del Estado se le confirió la tarea de administrar la mediación en materia de salud, respecto de todos aquellos conflictos que puedan surgir con ocasión del otorgamiento de prestaciones de salud por parte de servicios públicos, con el fin de resolverlos.

Para ello se creó la Unidad de Mediación, siendo ésta responsable de elaborar los procedimientos y administrar los recursos destinados a la operación del sistema de mediación prejudicial entre los usuarios del sistema de salud público y la red de prestadores de servicios.

La mediación es un procedimiento no confrontacional, flexible y oportuno que promueve la comunicación directa entre la persona que reclama y la persona que representa al establecimiento de salud donde ocurrieron los hechos, para que, con la ayuda del mediador, puedan llegar a una solución del conflicto.

Este procedimiento se inicia a través de la presentación de un reclamo en la unidad de mediación del CDE, reclamo que no necesita de formalidad alguna, puede hacerse vía telefónica o personalmente en cualquiera de las 17 oficinas del CDE a lo largo del país, incluso vía mail.

Una vez presentado y firmado el reclamo, el CDE asignará un mediador, quien citará a una audiencia a la persona que reclama y a la persona que representa el establecimiento público de salud donde ocurrieron los hechos, en igualdad de condiciones.

El mediador citará a una o varias audiencias con el fin que las partes expongan el conflicto, propongan las medidas de solución al mismo y se puedan lograr en definitiva los acuerdos, resolviendo la disputa.

Finalizada la mediación, se levantará un acta en que constará el resultado, en caso de arribar a un acuerdo, se especificará éste y el plazo de ejecución.

Aquí, el procedimiento de mediación se caracteriza por ser obligatorio, y previo a todo trámite judicial civil, ya que, por ley no se podrá iniciar un juicio civil por indemnización de perjuicios sin haber antes solicitado una mediación en salud.

De acuerdo a la Ley 19.966 serán susceptibles de mediación, por el Consejo de Defensa del Estado, sólo aquellos reclamos por daños producidos con ocasión de prestaciones de salud realizadas en los establecimientos de salud pública. En caso de tratarse de establecimientos de salud privada queda entregada la mediación a la Superintendencia de Salud.

Por último, el plazo de este proceso de mediación es de sesenta días, a contar de la fecha desde que se envía la citación de la primera audiencia, siendo prorrogable por sesenta días más.

2.5. LA MEDIACIÓN EN LA CÁMARA DE COMERCIO²⁷

La mediación en la Cámara de Comercio se desarrolla en un centro especializado en resolver disputas en materia comercial, denominado Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, también conocido por su sigla CAM. Este Centro fue creado por la Cámara de Comercio de Santiago en el año 1992 para ofrecer a la comunidad empresarial métodos adecuados y expeditos para la resolución de las controversias propias del ámbito comercial.

Está dirigido por un Consejo integrado por destacadas personalidades del mundo empresarial, legal y académico, lo que otorga un respaldo técnico, profesional y ético a las actividades del CAM Santiago.

²⁷ Fuente Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago- Chile.

A partir del año 1998, el CAM Santiago comienza a ofrecer al empresariado un nuevo método de solución de controversias: *La Mediación*, que se manifiesta como una alternativa rápida, económica y eficaz para solucionar conflictos, llegándose a acuerdos satisfactorios para todas las partes comprometidas. Según la experiencia del propio CAM, unas de las grandes ventajas de la mediación es que permite mantener, e incluso mejorar, las relaciones comerciales actuales y futuras entre las partes que se someten a este mecanismo.

El CAM define la mediación como; *“un proceso voluntario, a través del cual las partes en conflicto son asistidas por un tercero experto y neutral, el mediador, que las ayudará a negociar un acuerdo mutuamente satisfactorio”*.

La mediación se basa en una negociación directa entre las partes que tienen una desavenencia de índole comercial, facilitada por la participación de un mediador experto y neutral, que contribuirá a que las partes logren una comunicación efectiva, identifiquen los aspectos principales de la controversia, incluso para que exploren sus posibilidades fuera de la mesa de negociación y de las posibles consecuencias negativas que se producirán de no llegar a un acuerdo.

El procedimiento de mediación que se aplica en el CAM, se encuentra regulado en un Reglamento Procesal de Mediación, que establece las normas a través de las cuales se desarrolla el proceso. En cuanto a las normas aplicables y al detalle mismo de éste procedimiento se verá más adelante cuando entremos de lleno a la Mediación Comercial.

En todo caso debemos prevenir que las mediaciones que se realizan en este organismo, son escasas comparadas con la cantidad de arbitrajes que se realizan en él mismo, ya que, durante el período 1992 – Marzo de 2006, el CAM Santiago ha recibido arbitrajes provenientes de distintos sectores económicos, asociados a distintas materias de conflictividad y reflejando un amplio espectro en lo que a relevancia económica se refiere (cuantía del conflicto).

El número efectivo de causas ingresadas al sistema ha crecido persistentemente desde el nacimiento del CAM Santiago en 1992 a la fecha, alcanzando un total de 638, a Marzo de 2006.

En cuanto a las causales de término de los arbitrajes administrados por el CAM Santiago, el 29% de los arbitrajes ha finalizado por sentencia del árbitro, un 27% por avenimiento judicial, un 11% por avenimiento extrajudicial, un 9% por desistimiento, un 9% por abandono, un 5% por abandono antes de iniciar y un 10% por otras razones.

Por otra parte, con respecto a la duración de las causas, el 14% de los casos terminaron en menos de 3 meses, 22% entre los 3 y 6 meses, un 36% entre los 6 y 12 meses y sólo un 27% excedió los 12 meses. En síntesis, 73% de los casos concluyó en el plazo máximo establecido en el Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM Santiago, y solo un 27% terminó fuera del plazo convencional, o sea, más de 1 año.

En cuanto a las materias de los arbitrajes administrados por el CAM Santiago, se destaca como las materias con mayor número de arbitrajes, alcanzando un 24%, son el Sector Inmobiliario y Construcción y las Obras de Ingeniería, seguido por los conflictos originados en las Sociedades Comerciales (19%). También se destaca el Sector Bancario y Financiero con un 5% del total de los arbitrajes, seguido por el Sector Agropecuario que alcanza el 4% del total de las causas ingresadas desde 1992. Las causas relacionadas con el Comercio Electrónico representan un 3% y las Mineras un 2%. Finalmente, el 34% de estas causas corresponde a la calificación Otros, incluyéndose dentro de este ítem asuntos relacionados con los contratos de distribución, propiedad industrial, exportaciones hortofrutícolas, tecnología, transporte, responsabilidad extra contractual, entre otros.

En consecuencia, a través de esta monografía queremos dar a conocer la *Mediación Comercial*, como un mecanismo efectivo para resolver las disputas de índole comercial, y como una manera de fomentar su aplicación, puesto que su aplicación en el área comercial en otros países ha sido exitosamente satisfactoria.

CAPITULO III

DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

1. DEL CONFLICTO COMERCIAL

1.1. GENERALIDADES

El conflicto existe desde que el mundo es mundo; es connatural al hombre y a los grupos que integra. Nace con la vida en comunidad, es una parte ineludible en el desarrollo de las sociedades humanas. No es en sí mismo ni positivo ni negativo. Nos afecta a todos y en todos los ámbitos, atraviesa la comunidad y la cultura. Saber cómo mirarlo y comprenderlo puede ser decisivo a la hora de intervenir en él a fin de buscar soluciones, productivas y efectivas²⁸.

Cuando los conflictos no son resueltos en la forma adecuada, se comprometen las relaciones y el desarrollo de las personas y sobre todo de aquéllas que integran una misma comunidad, o en relación con otra.

En este sentido y desde el punto de vista sistémico, las empresas son grupos de personas - representando al mismo tiempo sus intereses individuales y colectivos - que acuerdan comportarse de un modo organizado por medio de procesos y estructuras relacionadas, para alcanzar un fin.

Las personas son las que componen la organización (Empresas, Sociedades, Servicios Públicos, etc.) a través de las relaciones interpersonales, que resultan en grupos o equipos de trabajo. Todos estos comparten al menos parcialmente, la misma visión de que es lo que se necesita de ellos y hacia adonde van como grupo productivo. El propósito o misión es lo que los une: la definición compartida de lo que ellos van a producir, realizar, u ofrecer en el mercado²⁹.

En el contexto comercial, un conflicto es una expresión de *descontento o frustración*, ya sea de una negociación, de un pésimo proceso productivo, de un

²⁸ Álvarez Stella Gladys. “La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado”. El texto corresponde a un capítulo de la publicación de la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, con el apoyo de las Facultades de Derecho de la Universidad de Guadalajara y de la Universidad Autónoma de Nuevo León (en prensa).

²⁹ www.inter-mediación.com. “Mediación Empresarial enfocando el Conflicto Organizacional”.

producto de mala calidad o de un resultado no querido. Este conflicto puede aparecer en cualquier momento y extenderse rápidamente a una magnitud incontrolable, si no existen los mecanismos para detectarlo pronto.

El modo en que el conflicto es percibido, ya sea como una amenaza o quizás como el motor del cambio, depende de quien está incluido y qué metas se quieren lograr. Para grupos en desventaja, la capacidad de amenazar, iniciar o mantener un conflicto con los más poderosos es vital para su propia identidad y para obtener una redistribución de recursos. Uno de esos ejemplos es el movimiento sindical³⁰.

Esta frustración o descontento se puede originar de distintos modos; existe una rivalidad entre dos empresas que ofrecen un mismo tipo de producto, un proveedor no consigue que los procedimientos para la distribución de su producto se cumplan, o los clientes se enojan por mal producto o servicio, etc. En consecuencia, son variados los factores de como el conflicto puede aparecer.

En este sentido se sostiene que el conflicto comercial es un proceso, no es un hecho aislado, que nace como consecuencia de la insatisfacción de los distintos grupos económicos que componen *la actividad comercial* en un determinado espacio.

1.2. CONFLICTO Y DISPUTA SON CONCEPTOS DISTINTOS.

Se debe ser preciso en diferenciar entre conflicto y disputa, a pesar de que la mayoría de los textos los utiliza de manera indistinta. En este orden de ideas, se señaló anteriormente que el *conflicto es un proceso*, que nace de la insatisfacción o frustración; *la disputa* es uno de los resultados del proceso conflictivo.

Kenneth Boulding define el conflicto como “*una situación de competencia en la que las partes están conscientes de la incompatibilidad de futuras posiciones potenciales, y en la que cada una de ellas desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra*”.³¹

³⁰ www.inter-mediación.com. Ob. cit.

³¹ Folberg y Taylor. Mediación. Resolución de conflictos sin litigios. Editorial Limusa S.A. pp 38. México 1992.

El proceso conflictivo es esencialmente dinámico se puede arrastrar por meses y años, sufre permanentes transformaciones, e impacta de distintas maneras a las organizaciones y personas involucradas. Pero la disputa es puntual: tiene fechas, actores, contenido y también expectativas de la solución adecuada. Una disputa comienza cuando una persona, física o jurídica, efectúa un reclamo o demanda que surge de algo percibido por ella como un daño, una necesidad o bien una aspiración y la otra persona - la reclamada - los rechaza³². En este sentido podemos afirmar que, todo conflicto no necesariamente es una disputa, por que una persona puede tener un conflicto consigo misma, lo que se denomina *conflicto intrapersonal*, no constituyendo una disputa, ya que ésta surge entre dos o más individuos o grupos de éstos, lo que se denomina *conflicto interpersonal*, en cambio, toda disputa si constituye un conflicto.

1.3. LOS DIVERSOS ASPECTOS DEL CONFLICTO COMERCIAL³³

El conflicto comercial se reconoce, aunque muchas veces parezca oculto, observando las siguientes características:

1. Hay dificultades al comenzar o para terminar proyectos complejos (al implementar nueva tecnología, por ejemplo);
2. Demanda declinante de los productos o servicios, insatisfacción de los clientes, ingresos decrecientes, críticas de grupos externos;
3. Imposibilidad de efectuar las transiciones mayores (de una empresa individual a una Sociedad Anónima, cambios de dueños o de gerentes, etc.);

³² Álvarez Stella Gladys. “La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado”. Ob. cit.

³³ Estos aspectos o características, sirven para detectar el conflicto en todo tipo de organizaciones no sólo las comerciales, siendo extraídos de varios textos relacionados sobre el tema, tales como:

- Folberg y Taylor. Ob. cit.
- Elena Highton y Gladys Alvarez. Ob. cit.
- Singer Linda. “Resolución de Conflictos”. Ediciones Piados Ibérica, S. A. Barcelona 1996.
- Guerra y Paz en el trabajo. “Conflictos y Conflictología en las organizaciones”. Monografía de la Universidad de Valencia. España 2004.
- Paiva Hantke, Gabriela y Cortés Simón Carlos. “Solución de controversias comerciales en un mundo globalizado”. Editorial Metropolitana Ltda. Chile 2004.

4. Mucha rotación de empleados, mucho stress, alta proporción de empleados con problemas de salud, moral baja. Este tipo de conflicto se suscita dentro de una misma empresa u organización;
5. Hostilidad y aislamiento entre personas; errores de comunicación y malos entendidos constantes;
6. Si hay tareas a ser realizadas por equipos compuestos, el flujo del trabajo se interrumpe, las tareas se caen, y hay frecuentes demoras y crisis, bloqueos y prohibiciones; e innecesaria duplicación de funciones y tareas;
7. Ineficiencia, falta de productividad, lo que se traduce en pérdidas (contratos, ideas nuevas; nuevos mercados);
8. Inhabilidad de percibir o reaccionar ante amenazas y desafíos del medio externo (nuevas regulaciones del gobierno, condiciones del mercado o desafíos tecnológicos);
9. Sabotajes de las tareas de los otros, o del equipamiento o de los circuitos de información. Se manifiesta como restricción de la información a compartir;
10. Baja moral, que resulta de negar la existencia del conflicto, sin corregir sus causas.

1.4. NIVELES DEL CONFLICTO

Una vez detectado el conflicto se debe determinar el grado o nivel del mismo. Para ello se toma en cuenta una serie de factores; como el tipo de organizaciones involucradas, de la cantidad, de la complejidad e incompatibilidad entre ellas, del tiempo de la desavenencia.

En este sentido, se describe un árbol de decisiones que debe tomar el líder, director o gerente, para enfrentar de la mejor manera un conflicto que recién comienza y que si no se toman las medidas correspondientes desde un primer momento, puede ampliarse a una mayor escala.

Paso 1: El reconocimiento explícito de la diferencia de opiniones basta para dejar que las partes encuentren una manera de convivir. Paso 2: Donde se las invita a

negociar, y si esto fracasa, se va al Paso 3: donde hay que elegir un proceso externo para resolver la disputa y buscar un interventor, mediador que lo lleve a cabo.³⁴

1.5. LA RESOLUCIÓN Y MANEJO DE CONFLICTOS

Para referirnos a ello, es necesario conocer previamente *la naturaleza del conflicto*. En este sentido, Rummel ofrece un extenso análisis del conflicto, considerando que el ciclo de vida de un conflicto se divide en cinco fases: (1) el conflicto latente; (2) la iniciación del conflicto; (3) la búsqueda de equilibrio de poder; (4) el equilibrio de poder; y (5) la ruptura del equilibrio.³⁵ Ofrece una definición del conflicto que parece ser la más generalizada: "*el proceso de poderes que se encuentran y se equilibran*".³⁶ Lo considera como una hélice, que se pone en movimiento mediante el cambio, cuando el problema ha atravesado por estas cinco fases, se completa una vuelta de la hélice.

Para Folberg y Taylor, la mediación constituye precisamente uno de los procesos de búsqueda de equilibrio de poder en las formas no coercitivas, que conduce a ajustes y desemboca en el acuerdo de las partes. El proceso de mediación puede utilizarse en dos momentos distintos del ciclo del conflicto: es posible utilizarla cuando un acontecimiento ha impulsado al conflicto hacia el terreno de la manifestación. O bien, cuando los participantes son conscientes de la escalada del conflicto y desean eliminar la incertidumbre y la consiguiente necesidad de adoptar una conducta de conflicto manifiesto, como amenazas, negación de derechos, etc.

Morton Deutsch ofrece un concepto de la naturaleza del conflicto de especial interés para la mediación. Distingue entre *conflicto manifiesto*, que es abierto y explícito, y *conflicto oculto*, que es implícito u oculto. Los mediadores deben definir cuáles son los problemas manifiestos y cuáles los ocultos a fin de desarrollar opciones y obtener resultados efectivos. Si no se sacan a la luz y se analizan los conflictos ocultos difícilmente se alcanzará entre las partes un convenio que sea duradero, pues en

³⁴ www.inter-medicion.com. Ob.cit.

³⁵ Folbeg y Taylor. Ob.cit. Pp.40.

³⁶ Caruya Benítez, Pedro. "La Mediación en Conflictos Comerciales". www.aryme.com.

cualquier momento podrían surgir de nuevo las desavenencias. Como contraposición al conflicto, *como conjunto de propósitos, métodos o conductas divergentes*,³⁷ menciona la convergencia, como una serie de objetivos, procesos y métodos que crean orden, estabilidad y uniformidad de propósitos.

Sentadas las anteriores premisas, se puede afirmar que mientras *la resolución de conflictos* crea una convergencia de propósitos o medios, destinada a conseguir que los participantes alcancen un compromiso, *el manejo de conflictos* se plantea como objetivos; reconciliar a las partes, alinear y reducir sus divergencias, controlar los aspectos emocionales del conflicto y aminorar el daño que los participantes pueden inferirse mutuamente.

1.6. COSTOS DERIVADOS DE LOS CONFLICTOS

Tradicionalmente, el análisis de los costos ocasionados por un conflicto ha sido llevado persistentemente al terreno de lo que cuesta su resolución exclusivamente por vías de carácter judicial. Las empresas tanto públicas como privadas, gastan millones de pesos al año en gastos derivados de los distintos tipos de litigios.

Sin embargo, los conflictos que llegan a ser ventilados ante los jueces son sólo una mínima parte de la totalidad de los que existen dentro y fuera de las empresas y, de manera consecuente, su costo es poco representativo frente al costo derivado de la desatención de otra serie de conflictos que la afectan. El conflicto, por sí solo, no representa un problema. Como ya se ha indicado, se trata de una parte integral dentro de la dinámica y el desarrollo de las empresas y otros grupos u organizaciones. El problema realmente se presenta debido a la no-resolución de los conflictos; allí es donde generalmente se originan los verdaderos daños económicos y sociales.

En consecuencia, la no-consecución de esos objetivos suele conducir a un sinnúmero de costos que, de acuerdo con el nivel organizacional donde se presentan, van desde la reposición de productos que no satisfacen al cliente, el tiempo perdido, el deterioro de las relaciones tanto intra como inter-organizacionales y la pérdida de

³⁷ Definición de conflicto de Folberg y Taylor. Ob. cit. Pp.42.

futuros negocios, llegando incluso hasta la posibilidad de enfrentar demandas por incumplimiento contractual.³⁸

1.7. ¿CÓMO SE RESUELVEN LOS CONFLICTOS?

En general, y dependiendo de la idiosincrasia donde la organización se desarrolle, habrá distintas maniobras organizacionales para manejar el conflicto, la mayoría de las veces sin resolverlo, de las cuales es muy común derivarlo a un equipo externo de abogados. Esta posición se ve fortalecida por los propios departamentos legales, que tiene su razón de ser en el manejo confrontacional de los problemas.

No obstante, Slaikeu y Hasson han detallado una serie de principios necesarios que se deben utilizar para la escogencia del mejor sistema de resolución de un conflicto determinado, a saber:³⁹

a) *El reconocimiento de que existen cuatro formas de resolver un conflicto.*⁴⁰

a.1. **La evitación:** Significa una actitud de “esperar y ver”; se evita cualquier acción con la esperanza de que el problema se resuelva por sí mismo o desaparezca.

a.2. **El recurso unilateral a la fuerza:** En el otro extremo del primero, puede incluirse la violencia física, huelgas o maniobras entre bambalinas para resolver un problema.

a.3. **Recurso a una autoridad superior:** Implica la apelación ante el superior, a través de los cuales los empleados pueden canalizar cuestiones para su resolución. También el hecho de interponer una demanda para la resolución del conflicto constituye recurso a una autoridad superior, el Juez.

a.4. **La colaboración:** Es una opción a través de la cual las partes mismas toman la decisión. Existen dos formas de colaboración: La negociación y la Mediación.

³⁸ Slaikeu y Hasson. “Control de costos del Conflicto”. San Francisco.1998.

³⁹ Clare Miguel Ángel. “El Gerente como Mediador: rompiendo paradigmas”. Guerra y Paz en el trabajo. “Conflictos y Conflictología en las organizaciones”. Monografía de la Universidad de Valencia. España 2004.

⁴⁰ Slaikeu Carl. “Para que la sangre no llegue al río”. Una guía práctica para resolver conflictos. Ediciones Granica S.A. Buenos Aires.1996.

- b) *La creación de opciones para la prevención y la temprana intervención:* diseñando sistemas internos y externos para resolver conflictos mucho antes de que las partes accedan a opciones externas caras como el litigio o quejas ante entidades administrativas.
- c) Se debe *construir una fuerza colaborativa;* a través de la creación de siete puntos importantes dentro de la empresa: política, responsabilidades, documentaciones, selección, entrenamiento, soporte y evaluación.
- d) *La utilización de la Mediación como modelo para crear consenso entre las partes:* esto es importante porque la manera en que las personas son capaces de intercambiar ideas entre ellas en una organización es capital para su capacidad para trabajar juntos.

Por último podemos señalar, que se debe reconocer que el conflicto es inevitable, ya que es parte del funcionamiento del sistema comercial, siempre estará presente, es inherente a la actividad, generado por los distintos intereses de los participantes, y por lo tanto, se debe tratar como tal. En este sentido y con el aumento de la transparencia en las relaciones comerciales, y en las relaciones entre clientes y empresas, aparece una necesidad creciente de monitorear los procesos conflictivos de modo que se desarrollen dentro de un marco de respeto a las necesidades e intereses tanto de los individuos como de las distintas empresas envueltas en disputas comerciales.

2. - LA MEDIACIÓN COMERCIAL

El aumento de la actividad comercial conlleva un incremento de conflictos entre comerciantes y entre empresas, por lo que es indispensable resolver de manera

efectiva, las controversias que surjan, permitiendo preservar, al mismo tiempo, las relaciones comerciales previamente establecidas. Por ello fue que, “alrededor de los años setenta, las empresas norteamericanas empezaron a utilizar la Mediación como técnica alternativa para resolver los conflictos empresariales, fuera de los métodos ordinarios para ello”.⁴¹

Una guía para los directivos de empresa que se enfrentan a conflictos legales, publicada en 1985,⁴² denominó a la mediación el “*gigante dormido*” de la resolución de conflictos y el medio más poderoso, en potencia, para que las partes alcancen términos de acuerdo. Desde entonces el gigante ha despertado y la utilización de la mediación en la resolución de litigios se ha incrementado sustancialmente en el mundo empresarial⁴³, con la excepción de Chile.

En consecuencia, la mediación llegó para quedarse en el mundo de los negocios y el comercio, aunque en Chile ya es hora de que deje de ser un método desconocido y poco utilizado, y que en definitiva se constituya en una de las principales formas de resolver las disputas de manera alternativa, para que en un futuro no muy lejano se transforme en un método de carácter judicial. Los abogados, la gente de negocios y otros profesionales reconocerán cada vez más la necesidad de contar con el instrumento adecuado para dirimir cada disputa, y sus clientes se lo exigirán.

CONCEPTO DE MEDIACIÓN COMERCIAL

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago define a la mediación como “un proceso voluntario, a través del cual las partes en conflicto son asistidas por un tercero neutral, el mediador, que las ayudará a negociar un acuerdo mutuamente satisfactorio”.

La mediación comercial “es un procedimiento por el cual uno o más terceros, llamados mediadores o conciliadores, ayudan a las partes a que éstas encuentren una

⁴¹ Clare Miguel Ángel. “El papel del abogado en la Mediación Empresarial”. Guerra y Paz en el trabajo. “Conflictos y Conflictología en las organizaciones”. Monografía de la Universidad de Valencia. España 2004.

⁴² James F. Henry y Jethro K. Lieberman. “The Manager’s Guide to Resolving Legal Disputes”. 1985.

⁴³ Singer Linda R. “Resolución de conflictos”. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal. Ediciones Piados. 1996. Pp. 100.

solución que, sin necesidad de recurrir a litigios arbitrales o judiciales dé término amistoso a su controversia”.⁴⁴

Se trata de un método voluntario a través del cual las partes en conflicto negocian directamente, asistidas por un mediador experto y neutral, que las ayudará a comunicarse de forma efectiva y a generar soluciones creativas a su problema.⁴⁵

Si se analiza estas definiciones podemos encontrar que la palabra negociación constituye un denominador común. En consecuencia, podemos definir a la Mediación Comercial como:

“Aquella forma de negociación asistida, mediante la cual las partes envueltas en un conflicto comercial, intentan resolverlo por sí mismas con la ayuda de un tercero experto y neutral, que actúa como facilitador de la comunicación, ayudándolas a encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas”.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos de carácter comercial y en este sentido siguiendo a Moore y cuya opinión comparto, se debe señalar que para que haya mediación, las partes deben estar dispuestas a negociar. Entonces podríamos señalar que la naturaleza jurídica de la Mediación Comercial, es que, constituye una forma de “negociación asistida” por un tercero experto que conoce de los procedimientos eficaces de negociación, ayudando a las partes de un conflicto comercial a coordinar sus actividades enfocándose en los hechos e intereses de los intervinientes y siendo eficaz en su pronta resolución, mirando siempre hacia las relaciones comerciales futuras.

En consecuencia, la mediación es una extensión del proceso de negociación en cuanto implica ampliar el regateo a un formato nuevo y usar a un mediador que aporta

⁴⁴ Definición de la Cámara Nacional de Comercio de México.

⁴⁵ “Centro de Solución de Controversias” de la Cámara Argentina de Comercio denominado comúnmente como; CEMARC.

variables y dinámicas nuevas a la interacción de los litigantes. Pero sin negociación, no puede haber mediación.⁴⁶

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

Andrew Floyer Acland, señala una serie de características de la mediación que considera importantes como fundamento para la utilización de este procedimiento en los conflictos comerciales, a saber:⁴⁷

- a) ***Es una negociación asistida:*** Como se señaló anteriormente, en la Mediación, las partes actúan por sí mismas; las partes actúan, negocian y proponen las soluciones.
- b) ***Es un procedimiento flexible:*** La mediación, según Andrew Floyer Acland, admite diversos grados de formalidad en función de la situación de las partes implicadas: *formal*, por ejemplo, para resolver una disputa entre dos hombres de negocios, o una compleja disputa sobre construcción; *menos formal*, como un método para discutir problemas conflictivos dentro de una organización; o *incluso informal*, como un medio cotidiano de afrontar los problemas de la gente.⁴⁸ De manera tal, que se puede adaptar a todo tipo de conflicto comercial, sea cual sea su nivel de complejidad.
- c) ***Se destaca por su voluntariedad:*** Las partes de una disputa entran en el proceso de mediación por propia decisión, determinan

⁴⁶ Moore Christopher. Ob. cit. Pp. 45.

⁴⁷ Clare Miguel Ángel. Ob. cit. En relación con el texto de Floyer Acland, Andrew. “Cómo utilizar la Mediación para resolver Conflictos organizacionales”. España. 1997. pp.42-50. Sin perjuicio de haberse consultado otros textos para complementar dichas características, como son:

- Carulla Benítez, Pedro. Ob. cit.
- www.inter-mediación.com
- www.aryme.com

⁴⁸ Carulla Benítez Pedro. Ob. cit.

qué información revelan u ocultan, deciden si llegan a un acuerdo o no, y pueden retirarse en cualquier momento. Es decir, nadie tiene que aceptar una solución impuesta, y las partes son libres de no llegar a un acuerdo si creen que existe otra alternativa mejor.

- d) ***Es sumamente rápido:*** La mediación es indudablemente más rápida que el proceso judicial, pues el conflicto puede llegar a resolverse en cuestión de días y, en algunos casos, incluso de horas. Puede comenzar en cualquier momento, cuando los participantes acepten la mediación, y fijarse un calendario de sesiones a conveniencia de las partes.
- e) ***Produce acuerdos creativos:*** Como lo expresa Floyer Acland, ya que mientras un tribunal decide quién gana y quién pierde, o un árbitro impone un acuerdo, la mediación cambia las reglas del juego. El mediador trabaja con las partes para generar todas las soluciones posibles, buscando arreglos creativos no sólo para solucionar el problema planteado, sino para que se mejoren las relaciones entre ellas.
- f) ***Utiliza un lenguaje sencillo:*** El mediador emplea un lenguaje simple que las partes entienden y permite comunicarse entre ellas con facilidad. Y una de las circunstancias que favorecen a la mediación es precisamente cuando se debaten cuestiones técnicas muy complejas.
- g) ***Permite encontrar soluciones de “sentido común”:*** La mediación no se limita a los precedentes legales, lo cual no quiere decir que no se tengan en cuenta. Permite que las partes ajusten sus distintas percepciones y sus reclamaciones de modo que resulten más realistas. En definitiva, la mediación trata de encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas partes, evitando en todo caso que exista un perdedor.
- h) ***Es eficaz en función de los gastos:*** La Mediación ayuda a las partes a resolver sus disputas comerciales en forma económica en

comparación a los procesos judiciales, sobre todo en cuestiones de negocios, al invitarlas a generar soluciones con las cuales puedan en el futuro manejarse mejor en sus relaciones comerciales.

- i) ***Mantiene las relaciones:*** La Mediación preserva la relación entre las partes involucradas en la disputa. La decisión a la que lleguen las partes será elaborada por ellas mismas y no por el mediador. Se reafirma así la capacidad de la mediación de devolverle *el poder a las partes*. Y sobre todo cuando la relación es de fundamental interés para ellas.

2.4. OBJETIVOS DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

Se sostiene que la Mediación Comercial tiene por principal objetivo la resolución del conflicto, enfocándose en los hechos e intereses de las partes, más que en los asuntos personales que enfrentaron en el pasado.⁴⁹ En la Mediación Comercial en primer lugar, se quiere solucionar el conflicto y después preocuparse de las razones o motivaciones de las partes⁵⁰, aquí se debe solucionar el conflicto lo más rápido y eficaz posible para continuar con las relaciones comerciales y dejar de perder tiempo y dinero. Pero también esto, no quiere decir que no se fortalezcan las relaciones, ya que ello es fundamental, tanto para mantener buenas relaciones comerciales, como también para prevenir en el futuro los conflictos que pudieran suscitarse.

En consecuencia, la Mediación Comercial pretende; Solucionar el conflicto, reanudar o facilitar la comunicación, conseguir soluciones adaptadas a cada situación concreta, atender las necesidades de cada empresa y alcanzar acuerdos duraderos.

⁴⁹ Clare Miguel Ángel. Ob. cit.

⁵⁰ Situación que lo diferencia, quizás un poco, con la Mediación neutra, razón que se entiende, puesto que se trata de una disputa entre empresas, pero el conflicto no se genera entre empresas, sino entre personas de carne y hueso, que sufren, que se enojan, siendo ellos los gerentes y directores, pero no la empresa como institución. De manera tal, que si el conflicto permanece se producen pérdidas importantes para las empresas, por lo tanto, la mediación debe pretender solucionar la disputa lo más pronto posible, y procurando que las relaciones entre los gerentes y directores de las distintas empresas o sociedades mercantiles salgan fortalecidas.

2.5. LA MEDIACIÓN COMERCIAL Y OTROS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Además de la mediación, existen otros modelos de resolución de conflictos que se utilizan habitualmente en las relaciones comerciales, entre los que podemos mencionar los siguientes:

a) Conciliación

Este concepto tiene dos acepciones, una reservada como equivalente jurisdiccional en nuestro Derecho Procesal, que puede ser tanto *obligatoria* como *voluntaria*, y que tiene por objeto poner término al litigio de un modo definitivo y con autoridad de cosa juzgada, donde el juez actúa como *amigable componedor*, tratando de obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitan para seguir conociendo de la causa.⁵¹

Y por otro lado se puede decir, que la conciliación consiste en un intento de llegar voluntariamente a un acuerdo mutuo, en que puede ayudar un tercero quien interviene entre los contendientes en forma oficiosa y desestructurada, para dirigir la discusión sin un rol activo.⁵² En consecuencia, es un proceso similar a la mediación, ya que, el conciliador propone las bases para el arreglo, hace sugerencias e indica los posibles caminos para llegar a una solución, en definitiva es un *intervencionista* en el conflicto.

b) Arbitraje

El Arbitraje es hoy el método de resolución de controversias comerciales más utilizado por su rapidez, flexibilidad y confidencialidad. Consiste *en un juicio privado en el que actúa como juez un árbitro designado de común acuerdo por las partes, o en*

⁵¹ Artículo 263 del Código de Procedimiento Civil.

⁵² Highton Elena y Álvarez Gladys. Ob. cit.

*subsidio por la ley o reglamento, quien resuelve el conflicto mediante una sentencia definitiva con carácter obligatorio.*⁵³

Su elemento característico es que la cuestión litigiosa se resuelve por un árbitro, cuya decisión tiene la misma eficacia que la sentencia judicial, aunque carece de la "*potestas*" de los órganos judiciales para su ejecución.

La mediación difiere básicamente del *arbitraje* en que el mediador no se forma un juicio previo o adopta una decisión sobre la cuestión litigiosa, aunque puede sugerir opciones e incluso recomendar soluciones que las partes son libres de aceptar o rechazar. En el Arbitraje Comercial son las partes quienes eligen al árbitro, la confidencialidad está garantizada, la flexibilidad del proceso es elevada, el control que se ejerce sobre las partes es moderado, las decisiones son obligatorias y su nivel de cumplimiento satisfactorio, y los costos del proceso lo abonan las partes por mitades.

En la mediación, si bien existen coincidencias con el arbitraje respecto a los niveles de confidencialidad y flexibilidad, se observan tres diferencias esenciales:⁵⁴

- 1) La decisión final la adoptan las propias partes y no el árbitro;
- 2) El cumplimiento de lo acordado depende de la voluntad de las partes;
- 3) Los costos de la mediación son muy inferiores a los del arbitraje.

c) Negociación

Es un proceso voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.⁵⁵ Este proceso se desarrolla directamente entre las partes y/o sus representantes, sin la ayuda ni facilitación de terceros y no necesariamente implica disputa previa.

d) Asesoramiento

Puede utilizarse como un proceso de manejo de conflictos o resolución de conflictos, y cuyos objetivos básicos son conseguir armonía entre las partes, evaluar los problemas y aplicar la intervención adecuada.

⁵³ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

⁵⁴ Carulla Benítez Pedro. Ob. cit.

⁵⁵ Elena Highton y Gladys Álvarez. Ob. cit.

La mediación difiere de otras formas de *acuerdos negociados*, incluidos aquellos que pueden producirse durante el litigio, en que proporciona un proceso y un escenario que, con intervención de un tercero, conduce a las partes a comunicarse de forma constructiva, colaborar para resolver el problema, crear opciones y evitar el deterioro de sus relaciones.⁵⁶

2.6. MATERIAS QUE PUEDEN RESOLVERSE A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

Como se señaló anteriormente, dada la flexibilidad de la mediación se adapta a todo tipo de divergencias comerciales, sea cual sea su complejidad. Según el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, son varios los factores que inciden en que la mediación sea verdaderamente adecuada en un caso en particular. Uno de estos factores es la existencia de una relación interpersonal y/o comercial que las partes en disputa necesitan o desean preservar. En la mediación es posible cumplir con este objetivo, por cuanto el acuerdo final que resuelve el conflicto es consensuado y debe representar los intereses de todas las partes involucradas.

En general la Mediación Comercial se emplea:⁵⁷

- Para resolver conflictos entre la empresa y sus clientes, proveedores o abastecedores;
- Para resolver, preservar y prevenir conflictos entre empresas con intereses y fines comunes;
- Aquellos conflictos que se suscitan entre los trabajadores de la misma empresa, donde está en juego la productividad y estabilidad de la empresa; o
- Entre empresas pertenecientes al mismo grupo holding.

⁵⁶ Carulla Benítez Pedro. Ob. cit.

⁵⁷ Clare Miguel Ángel. Ob. cit.

Carlos Garber, en su libro “La Mediación Funciona”, analiza una serie de disputas comerciales, donde fue adecuada la mediación, y por consiguiente, se puede aplicar con éxito a.⁵⁸

- Daños y perjuicios por responsabilidad contractual;
- Daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual;
- Disputa sobre propiedad de insumos comerciales;
- Responsabilidad por daño Ambiental;
- Practicas restrictivas de la competencia;
- Responsabilidad del fabricante de productos defectuosos.

En consecuencia, cualquier conflicto es susceptible de ser resuelto a través de un proceso de mediación. Pero también es efectivo que para algunos conflictos, la mediación es más adecuada que para otros. Por lo tanto, No hay una única y simple forma de aplicar la mediación comercial a tal o cual clase o categoría de conflicto, ni si justifica proponer, al respecto, reglas fijas, debiendo considerarse cada caso individualmente.

2.7. MATERIAS QUE NO PUEDEN RESOLVERSE A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL.

Evidentemente, existen casos que no pueden resolverse a través de la mediación comercial, especialmente frente a situaciones controvertidas en que es necesaria la decisión de la autoridad judicial.

Es por ello que se sostiene que la mediación comercial no es aplicable, cuando:

- Una de las partes ansía una decisión judicial para sentar o afirmar un precedente;
- Cuando las partes no están dispuestas a razonar un arreglo negociado; y

⁵⁸ Garber Carlos A. “La Mediación Funciona”. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996. pp. 94.

- En general, cuando la controversia involucra un delito de acción penal pública o es contraria a la ley, a las buenas costumbres y a la moral.

2.8. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

Como ya hemos señalado varias veces, la resolución de conflictos comerciales, no implica, hoy en día, necesariamente iniciar un largo y costoso juicio para su resolución, pues se pueden utilizar métodos alternativos, como es el caso de la Mediación Comercial, pero ella no es perfecta. Es por ello que en este apartado nos referiremos tanto a sus ventajas, como también una serie de desventajas.

2.8.1. Ventajas de la Mediación Comercial:

- Celeridad en la resolución del conflicto, pues la mediación sólo toma el tiempo necesario para alcanzar un acuerdo satisfactorio, sin etapas rígidas;
- Costos significativamente más reducidos, en tiempo y dinero, que los requeridos en juicio u otros procesos contenciosos;
- Completa garantía de confidencialidad y flexibilidad en los procedimientos;
- Permite a las partes proteger sus relaciones personales y/o de negocios. La mediación se presenta como un mecanismo viable a la hora de mantener las relaciones comerciales en lugar de destruirlas por culpa de la aparición de un conflicto.⁵⁹
- Participación activa y directa de las partes en la búsqueda de soluciones a sus diferencias;
- Al ser las partes las que tienen el control del procedimiento tienen la libertad de retirarse en cualquier etapa de la mediación.

⁵⁹ Clare Miguel Ángel. Ob. cit.

Por lo tanto, las ventajas de la mediación son innumerables, y su utilización en nada menoscaba otras alternativas a las que las partes pueden acudir si así lo deciden.⁶⁰

2.8.2. Desventajas de la Mediación Comercial:

- Se sostiene que, se puede llegar a un acuerdo desventajoso cuando sólo una de las partes esta a favor de él y la otra transa al respecto, lo que se relaciona con uno de los mayores inconvenientes de este método, la diferencia de poder que pueda existir entre las partes.
- Se considera que las personas se podrían alejar del sistema judicial, cuando la mediación se establece de forma obligatoria, cerrando el acceso a quienes no quieran pasar por ella.
- El facilitador de la comunicación entre las partes es a través de un tercero imparcial, siendo la neutralidad de los mediadores difícil de controlar, ya que es casi imposible actuar sin valores.
- Se sostiene como improbable que las partes modifiquen sus intereses en un periodo de tiempo acotado, como el establecido en la mediación.

3. - DEL MEDIADOR COMERCIAL

Para que la mediación comercial esté completa, es necesario la intervención de un tercero neutral e imparcial que facilite el diálogo entre las partes e identifique los diferentes aspectos del conflicto y las ayude a lograr un acuerdo mutuamente aceptado.

Si bien se habla en singular del mediador, no existe un solo tipo de mediador, hay un mediador genérico, aunque con diferentes características y estilos.⁶¹

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Highton y Álvarez. Ob. cit.

En este sentido se sostiene que, los mediadores en conflictos comerciales actúan de diversas formas:

- a) Algunos prefieren centrarse en la resolución de los problemas comerciales y destacar el papel de las partes en la solución del conflicto, sin presionarlas a alcanzar un acuerdo pronosticado lo que un juez sentenciaría y;
- b) Otros por el contrario, más familiarizados con la esencia del conflicto que con las técnicas de mediación, se preocupan más por lograr un acuerdo rápido que por favorecer las relaciones de las partes de cara al futuro.

3.1. CONCEPTO DE MEDIADOR COMERCIAL

La labor del Mediador Comercial consiste en ayudar a las partes a descubrir sus verdaderos intereses, necesidades y objetivos. Asimismo, contribuirá a que las partes logren una comunicación efectiva, identifiquen los aspectos principales de la controversia, exploren sus posibilidades fuera de la mesa de negociación y las posibles consecuencias negativas que se producirán de no llegar a un acuerdo.⁶²

El Mediador Comercial es *“aquel tercero imparcial y neutral que interviene en un conflicto comercial suministrando conocimiento e información y usando un proceso de negociación eficaz ayuda a las partes a resolverlo”*.

De manera tal, que este tercero debe ser capaz de modificar la relación conflictiva entre las partes, utilizando un proceso de negociación y del regateo. El mediador carece de poder de decisión autorizado, circunstancia que lo distingue de un juez o de un árbitro. Y las partes en disputas buscan en el mediador comercial la ayuda para examinar su futuro comercial, intereses o necesidades, y a negociar acuerdos mutuamente satisfactorios.

⁶² Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

3.2. CARACTERÍSTICAS DEL MEDIADOR COMERCIAL

Un mediador comercial debería poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.⁶³

- a) **Imparcialidad y neutralidad:** La imparcialidad se refiere a la actitud del mediador, sin que tenga preferencia por alguna de las partes. La neutralidad, alude al comportamiento o la relación entre el mediador y los negociadores.
- b) **Debe ser flexible:** La orientación del mediador debe ser flexible y emplear, según lo exija el desarrollo del proceso, técnicas facilitativas y evaluativas.⁶⁴
- c) **Oyente activo:** Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones sobre sus intereses y necesidades.
- d) **Imaginativo y hábil en recursos:** Es importante que el mediador tenga capacidad de aportar y generar ideas nuevas.
- e) **Enérgico y persuasivo:** A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr flexibilidad en las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.
- f) **Capacidad para tomar distancia en los ataques:** Si alguna de las partes hace un comentario despectivo o agresivo hacia el sistema de mediación o hacia el mediador, es conveniente no actuar a la defensiva, de lo contrario se establecería una nueva disputa.
- g) **Digno de confianza para guardar confidencias:** Las partes deben estar convencidas de que el mediador guardará confidencialidad de lo que le digan en las audiencias.
- h) **Perseverante:** Cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.

⁶³ Highton y Álvarez. Ob. cit.

⁶⁴ Garber Carlos. Ob. cit.

- i) **Tener sentido del humor:** Ya que es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable.

3.3. REQUISITOS PARA SER MEDIADOR COMERCIAL

La experiencia internacional en la resolución de controversias comerciales a través de la mediación, nos dice que el mediador debe tener una basta experiencia o especialización en la materia del conflicto. De manera que se advierte como requisitos la experiencia, el entrenamiento específico y poseer un título profesional, para desempeñarse como Mediador Comercial. Como dato, la Mayoría de los mediadores comerciales tanto en el extranjero como en Chile son abogados.

En este mismo sentido, el CAM señala que el mediador deberá contar con un título profesional universitario y tener una experiencia no inferior a cinco años. En todos los casos, el integrante deberá aprobar el o los cursos de preparación que imparte el Centro o la entidad a quien éste delegue tal función, así como también deberá prestar juramento de cumplir fielmente con las normas del presente Reglamento y Código de Ética de los Mediadores.⁶⁵

No obstante, un estudio realizado por la influyente Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas, llegó a la conclusión de que no existe evidencia de que sea necesaria la posesión de un título académico formal para ser un mediador. Ya que existen impresionantes pruebas de que personas carentes de credenciales universitarias se desempeñan maravillosamente bien como solucionadores de disputas, y que programas de entrenamiento cuidadosamente diseñados, con énfasis en las destrezas y técnicas específicas de la mediación y el arbitraje, son de vital importancia para dotar de competencia.⁶⁶

⁶⁵ Artículo 1^{ero}, inciso 2 del Reglamento Procesal de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

⁶⁶ Garber Carlos. Ob. cit.

3.4. FUNCIONES DEL MEDIADOR COMERCIAL

El mediador puede asumir diferentes roles y funciones para ayudar a las partes a resolver las disputas. Los estudios realizados por el "Dispute Resolution Centre" de la prestigiosa universidad australiana Bond University, indican que una de las tareas básicas de los mediadores es *asistir a las partes para que negocien mejor y más eficazmente*.⁶⁷ Se requiere para ello que los mediadores conozcan el arte y ciencia de la negociación, y que además transmitan su experiencia a las partes negociadoras en diferentes momentos: antes de la sesión de mediación, durante las sesiones conjuntas, o en las reuniones por separado con cada una de las partes.

En consecuencia, los mediadores pueden educar, aconsejar y entrenar a las partes en las buenas prácticas de la negociación, y asistirles básicamente en las siguientes materias:⁶⁸

- a) Planificar y prepararse para negociar en el marco de la mediación;
- b) No moverse demasiado rápido hacia cuestiones de detalle, o hacia ofertas incondicionales de las que posteriormente sea difícil retractarse;
- c) Advertir a las partes para que no negocien en primer lugar los temas más difíciles, o que se entablen a discutir cuestiones complejas;
- d) Alentar la creatividad y la originalidad de ideas, impidiendo que las partes adopten posturas rígidas e inflexibles;
- e) Reaccionar ante ofertas y contra-ofertas que sean prematuras o simplemente provocativas;
- f) Plantear opciones realistas y prácticas en términos de viabilidad y duración del acuerdo;
- g) Ayudar a las partes a generar múltiples cuestiones, para evitar que se centren en un único problema o tema de negociación.

⁶⁷ Singer Linda R. Ob. cit.

⁶⁸ Carulla Benítez Pedro. Ob. cit.

3.5. DEBERES Y PROHIBICIONES DE LOS MEDIADORES

Los Mediadores Comerciales deben sujetarse a ciertos deberes y prohibiciones, con el objeto de garantizar a los intervinientes en la mediación la más clara y absoluta transparencia de que el proceso es serio y confiable, para la más correcta y eficaz resolución de su disputa. Estos deberes y prohibiciones serán distintos dependiendo del Centro o Entidad especializada al cual pertenezca el mediador, sin embargo, son más bien de carácter universal.

En este apartado señalaré una serie de deberes y prohibiciones extraídas del Código de Ética de los Mediadores del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, siendo sus normas de carácter obligatorias.

3.5.1. Deberes:

- El mediador debe reconocer y respetar la autodeterminación de las partes en la resolución de su diferencia.
- El mediador deberá analizar el conflicto y determinar si está efectivamente capacitado para dirigir el proceso. Asimismo deberá determinar si la mediación constituye o no un sistema de resolución de conflictos adecuado a ese caso particular, atendido a la naturaleza del conflicto y la situación de las partes.
- El mediador deberá informar a las partes acerca del proceso de mediación, sus características, reglas, ventajas, desventajas y de la existencia de otros mecanismos de resolución de disputas.
- El mediador deberá abstenerse de hacer promesas o de dar garantías acerca de los resultados de la mediación.
- El mediador deberá velar porque se encuentren representados en el proceso los intereses de todas las personas que guarden relación con la diferencia y, que por ende, pudieran resultar afectadas por los resultados de la mediación.

- Los mediadores tienen el deber de mantenerse informados y actualizados en materia de mediación y en general en los métodos alternativos de resolución de disputas.

3.5.2. Prohibiciones:

- Queda vedado al mediador revelar información obtenida durante el proceso de mediación, tanto a la justicia como a terceras personas ajenas a la mediación, salvo que se trate de hechos constitutivos de delito.
- El mediador no podrá revelar a una de las partes lo que la contraria le haya confiado en sesión privada, salvo que cuente con su expresa autorización para hacerlo.
- Queda vedado al mediador brindar a las partes consejo o asesoría legal, técnica o de otra índole, en relación al asunto sometido a mediación.
- El mediador no podrá recomendar a ninguna persona como experto para que asesore a las partes.
- Está vedado a los mediadores prestar servicios profesionales directa o indirectamente a las partes durante la mediación. Tampoco podrán hacerlo en el futuro, una vez finalizada la mediación.
- Está prohibido a los mediadores aceptar pagos, obsequios u otras dádivas de las partes, durante la mediación y una vez finalizado el proceso, con o sin acuerdo.

CAPITULO IV

DEL PROCESO DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

1. DE LA NEGOCIACIÓN

Negociación es la acción de negociar. Y negociar es poner en funcionamiento el verbo querer, el verbo pedir, el verbo requerir, y en general siempre que pretendamos obtener algo estamos negociando.

La negociación es una forma de resolución conjunta de conflictos. *“Es un proceso de comunicación, desarrollado entre personas, donde al menos una de ellas busca obtener un resultado”*⁶⁹.

Como ya hemos señalado anteriormente, para que exista mediación, es menester que las partes estén dispuestas a negociar. Es por ello, que en el siguiente apartado nos referiremos a la forma de preparar la Mediación Comercial, enfocándonos en los principios básicos de negociación que la anteceden, para luego entrar de lleno a su procedimiento.

1.1. PREPARACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL: PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA NEGOCIACIÓN⁷⁰

Entre los principios básicos que los participantes en una mediación comercial deben considerar para realizar una negociación eficaz y fructífera se incluyen, entre otros, los siguientes conceptos:

- 1.1.1. Preparación para negociar.
- 1.1.2. Estilos de negociación.
- 1.1.3. Ofertas iniciales.
- 1.1.4. Fases de la negociación.
- 1.1.5. Estrategias de la negociación.

⁶⁹ Álvarez Trongé Manuel. Ob. cit.

⁷⁰ Carulla Benítez, Pedro. Ob. cit.

1.1.1. Preparación para negociar

Cuando las partes han decidido acudir a la mediación comercial, lo primero que deben tener muy en cuenta es su preparación para negociar. En este sentido, los negociadores con experiencia, antes de comenzar las reuniones, se plantean generalmente preguntas tales como: ¿cuáles son las hipotéticas causas del conflicto?, o ¿qué tipo de intervenciones pueden ser útiles?.

En la mediación, a la parte negociadora le puede resultar útil disponer de una amplia y diversa información. Generalmente, el negociador que adopta un enfoque cooperador desea conocer las necesidades e intereses de la otra parte, los cuales no siempre son revelados por los temas planteados y las posiciones adoptadas.

Preguntando de forma objetiva podrá obtener la información necesaria para mover a la otra parte de su posición y considerar opciones creativas que satisfagan los intereses de ambas partes.

De manera que, al acudir a la mediación el negociador debe previamente tomar en consideración las siguientes premisas:⁷¹

- Definir y analizar las cuestiones envueltas en el conflicto.
- Conocer los parámetros de la situación (expectativas, limitaciones de tiempo, recursos disponibles, ramificaciones legales, prácticas comerciales, costos, etc.).
- Determinar acciones a seguir, posiciones, concesiones, y explorar una serie de posibles soluciones: una propuesta inicial, una propuesta alternativa aceptable, o una última propuesta u opción final.
- Hacer propuestas razonables y legítimas, y estar dispuesto a satisfacer las necesidades de la otra parte.
- Averiguar los puntos fuertes y débiles de sus argumentos.
- Preparar los hechos, documentos y razonamientos para apoyar su reclamación.
- Concentrarse en los intereses de cada parte, no en sus posiciones.

⁷¹ *Ibíd.*

- Desarrollar estrategias y tácticas a través de la discusión de cuestiones, presentación de propuestas, y examen de las posiciones de la otra parte.

1.1.2. Estilos de negociación

En segundo lugar, existen diferentes papeles que el negociador puede jugar en la negociación, que generalmente se denominan *estilos de negociación*. A continuación se mencionarán algunos de ellos:

a) Competitivo: Este modelo ha sido descrito por Herb Cohen bajo la denominación de *ganar a toda costa*.⁷² Es decir, el enfoque competitivo de negociación implica en que una de las partes gana y la otra obviamente debe perder. Las estrategias empleadas por el negociador competitivo son básicamente desalentar el acuerdo, persuadir, ser firme, marcar límites, controlar, incluso abarca desde esfuerzos brutales de intimidación a sutiles formas de manipulación.

A pesar de ser actualmente criticado este estilo de negociación por sus estrategias antes señaladas y, por que además destruye las relaciones personales y produce la pérdida de cooperación, también tiene ciertos beneficios que promueven su práctica, tales como; Su rapidez en la decisión, preservación de valores esenciales, y estabilidad.

b) Colaborador: Este estilo tiene por objetivo trabajar conjuntamente con la otra parte para encontrar una solución que otorgue beneficios para ambas. Se denomina *“ganar- ganar”* o *“para satisfacción mutua”*. Las características de una negociación colaborativa son entre otras: Afirmar los puntos de vista de las partes invitando también a los otros a exponer los suyos, aceptar las diferencias que existen entre ellas para que conjuntamente se centren los puntos fuertes y débiles de cada aspecto del problema y exista cooperación en buscar información adicional para su pronta solución.

⁷² Schilling Fuenzalida Mario. “Manuel de Negociación”. Editorial Jurídica la Ley. Santiago 2002. pp. 92.

En cuanto a las ventajas de este estilo se pueden mencionar las siguientes: Crea confianza y relación mutua entre las partes, logra una excelente cooperación, creatividad y desarrollo.

Se le critica, la pérdida de tiempo que puede producir si es mal utilizado, distrayendo la tarea más importante como es el análisis del problema.

c) Conciliador: Este estilo tiene por objetivo llegar a un compromiso, que acepte soluciones parciales a los problemas planteados, cuando las partes no ven posibilidad de llegar a una situación de ganar - ganar. En cuanto a sus características podemos mencionar que: incita a la moderación, el regatear, partir la diferencia, lograr algo para cada parte. Tiene como ventajas, que es relativamente rápido, proporciona un camino para hacer tablas y fácilmente comprendido.

Se le critica su mediocridad, en el sentido de producir acuerdos sin principios, cuando es mal empleado.

d) Defensivo o esquivo: Es aquel estilo de negociación cuya meta es evitar perder. El negociador esquivo no persigue sus propios intereses ni los de su adversario. Aquí se trata de abandonar, retrasar o evitar la respuesta. Se señalan como beneficios; la libertad para enredarse en cuestiones triviales y relaciones insignificantes, la preservación del status quo y la capacidad para influir a otros sin hacer nada.

Se le critica cuando es mal utilizado, ya que produce frustración de los demás que desean colaborar, dependencia excesiva de los otros y niega las ventajas de la confrontación.⁷³

e) Negociación Tipo Harvard: El proyecto de sobre Negociación, de Harvard, ha desarrollado una alternativa para la negociación basada en posiciones: es un método de negociación diseñado explícitamente para producir resultados prudentes en forma eficiente y amistosa. Se denomina **negociación según principios o negociación con base a los méritos**, puede resumirse en cuatro puntos básicos, que definen un método directo de negociación que puede usarse en casi cualquier

⁷³ Carulla Benítez Pedro. Ob. cit.

circunstancia. Cada punto trata un elemento básico de negociación y sugiere lo que debe hacerse. A continuación se tratarán brevemente:

- 1. *Separe a las personas del problema:*** las personas son criaturas intensamente emotivas con percepciones radicalmente diferentes y a las que les cuesta trabajo comunicarse en forma clara. Por lo general, las emociones se entremezclan con los méritos objetivos del problema. La toma de posiciones acentúa ese problema, porque los egos o parte consciente de las personas se identifican con sus posiciones. Por estos motivos, antes de empezar a trabajar sobre el problema de fondo, debe identificarse y solucionarse separadamente el “*problema de las personas*”.
- 2. *Concéntrese en los intereses, no en las posiciones:*** este punto propone superar los inconvenientes de concentrarse en las posiciones declaradas de las personas cuando el objeto de la negociación es satisfacer sus intereses subyacentes. Ya que con frecuencia, una posición negociadora oscurece lo que usted realmente quiere. Llegar a un compromiso entre posiciones, probablemente no producirá un acuerdo que tenga en cuenta efectivamente las necesidades humanas que llevaron a las personas a adoptar esas posiciones.
- 3. *Genere una variedad de posibilidades antes de decidirse a actuar:*** este punto responde a la dificultad de diseñar soluciones óptimas bajo presión. Tratar de decidir en presencia de un adversario estrecha su visión, arriesgar mucho inhibe la creatividad, la búsqueda de la única solución correcta tiene el mismo efecto. Estas limitaciones pueden contrarrestarse reservando un tiempo dentro del cual pueda pensarse en una amplia gradación de soluciones posibles que favorezcan los intereses compartidos y que concilien creativamente los intereses diferentes. En consecuencia, antes de intentar ponerse de acuerdo, *invente opciones de beneficio mutuo.*

4. ***Insistir en que el resultado se base en algún criterio objetivo:*** se sostiene que el resultado se debe basar en un criterio justo, tal como el valor de mercado, la opinión de un experto, la costumbre o la ley. La discusión de estos criterios, más que lo que las partes están dispuestas hacer o no hacer, conducirá a que ninguna de ellas tenga que ceder ante la otra; ya que ambas pueden acoger una solución justa.

1.1.3. Ofertas Iniciales

Otro principio básico de la negociación son las ofertas iniciales. Y aquí hay dos preguntas esenciales que todo negociador debe formularse previamente:⁷⁴

1. *¿Quién tiene que hacer la oferta inicial?*
2. *¿Qué forma debe adoptar esa oferta inicial?*

Contestando a la segunda pregunta, existen tres vías clásicas para abrir las negociaciones:

- a) Indicar con delicadeza lo máximo a lo que una parte puede llegar;
- b) Efectuar una oferta firme y razonable; y
- c) Proponer la solución del problema.

Cada una de las tres vías mencionadas tiene ventajas y desventajas. Para los negociadores con experiencia es muy importante saber cómo y cuándo utilizar cualquiera de esos tres métodos, aunque prefieran un estilo, debieran ser capaces de utilizarlos todos. Se sostiene que negociar con la "*oposición*", antes de realizar la oferta inicial, sobre cuál de las tres formas de abrir las negociaciones es la más apropiada.⁷⁵

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*

1.1.4. Fases de Negociación

Respecto a las fases de la negociación, diversos estudios demuestran que existen tres fases predecibles por las que pasa cualquier negociación:

- 1) Preparación
- 2) Desarrollo
- 3) Cierre

1) La preparación: es el periodo previo a la negociación propiamente dicha y es un tiempo que hay que emplear en buscar información y en definir nuestra posición. Se recopila toda la información pertinente sobre nuestra oferta, sobre nuestros competidores y sobre la empresa con la que vamos a negociar.

Se debe definir con precisión nuestros objetivos, la estrategia que vamos a utilizar y las tácticas que vamos a emplear.

Hay que conocer con exactitud nuestro margen de maniobra: hasta dónde podemos ceder, qué tipo de acuerdos podemos firmar y qué otros requerirán autorización de los órganos superiores.

2) El desarrollo de la negociación: abarca desde que nos sentamos a la mesa de negociación hasta que finalizan las deliberaciones, ya sea con o sin acuerdo.

Es la fase en la que ambas partes intercambian información (definen sus posiciones), detectan las discrepancias y tratan de acercar posturas mediante concesiones.

Su duración es indeterminada, requiriendo frecuentemente altas dosis de paciencia. Por lo general no es conveniente precipitar acontecimientos, siendo preferible esperar a que las ideas vayan madurando.

3) El cierre de la negociación: puede ser con acuerdo o sin él. Antes de dar por alcanzado un acuerdo hay que cerciorarse de que no queda ningún cabo suelto y de que ambas partes interpretan de igual manera los puntos tratados.

Una vez logrado el acuerdo hay que recoger por escrito todos los aspectos del mismo. Es frecuente que en este momento las partes se relajen cuando, justo al contrario, conviene estar muy atentos ya que en el documento se tienen que precisar muchos detalles que hasta ese momento probablemente apenas se hayan tratado. Por ejemplo, cláusulas de incumplimiento, indemnizaciones, prórrogas tácitas o expresas, jurisdicción pertinente, etc.

Un malentendido que no se detecte a tiempo o una cláusula del contrato que quede ambigua puede dar lugar el día de mañana a una disputa legal.

La negociación también puede finalizar con ruptura y aunque no conviene precipitarse a la hora de tomar esta decisión, es una posibilidad que conviene contemplar cuando se negocia. Más vale no firmar un acuerdo que firmar un mal acuerdo.

Por último, debemos señalar que una vez que finaliza la negociación conviene analizar con sentido crítico cómo se ha desarrollado, detectando aquellos aspectos que convienen mejorar.

1.1.5. Estrategias de Negociación

Otro principio básico enunciado anteriormente es el que se refiere a las estrategias de la negociación. Cada negociación supone un intercambio de motivos para cooperar y competir.

Se puede reclamar valor por medio de la denominada *negociación distributiva*, o crear valor a través de la *negociación integradora*. Algunas negociaciones pueden consumarse utilizando sólo estrategias distributivas y otras únicamente con estrategias cooperadoras, aunque la mayoría incluyen elementos de ambas estrategias. La utilización conjunta de la estrategia de reclamación de valor con la de creación de valor constituye lo que se denomina el "*Dilema del Negociador*", concepto desarrollado por R. Axelrod en un ejercicio denominado "*El Dilema del Prisionero*", que sugiere la forma de

usar al mismo tiempo la creación y la reclamación de valor, sin que la primera sea demasiado vulnerable a la segunda, y ésta última no impida la creación de valor.⁷⁶

Se señala que la técnica fundamental **para reclamar valor** consiste fundamentalmente en modificar las percepciones de la otra parte o partes sobre sus propias alternativas.

En cambio, la técnica de **crear valor** consiste en encontrar soluciones creativas y cooperadoras, de comunicarse y compartir información, con el objetivo de alcanzar un acuerdo que conceda beneficios y/o ventajas a cada parte.⁷⁷

1.2. ROL DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL EN EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES.

La utilización de la Mediación es muy importante para dirigir con eficacia la tensión propia de una negociación. Para que la negociación sea eficaz es necesario que exista un intercambio de información, las partes pueden ser reacias a participar, a no

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Existen dos fuentes básicas de creación de valor, que se basan esencialmente en las diferencias y en los intereses compartidos. Las diferencias pueden aparecer en los intereses, pronósticos, aversión al riesgo, actitudes para con el paso del tiempo, capacidades, acceso a la tecnología, etc.

Se sostiene que una buena estrategia de negociación es sacar partido de esas **diferencias**, lo que puede hacerse de diversas maneras:

a) **Dividir e intercambiar intereses:** Cuando en una negociación están envueltos diferentes intereses, una estrategia inteligente puede ser dividirlos y buscar caminos creativos para intercambiarlos.

b) **Las diferencias de aversión al riesgo llevan a compartir riesgos:** diferentes actitudes ante el riesgo pueden ser útiles para llegar a acuerdos negociados en variedad de asuntos.

c) **Las diferencias en preferencias de tiempo sugieren cambiar los modos de pago:** Las personas pueden valorar el mismo asunto de forma diferente, dependiendo de cuando ocurra, lo que puede llevar a compartir de forma óptima las consecuencias del tiempo.

Por lo que respecta a **los intereses compartidos**, sólo por el hecho de estar juntos en una negociación, Carulla sostiene que las partes tienen dos intereses comunes:

- a) Mejorar sus respectivas alternativas al acuerdo negociado (MAAN).
- b) Alcanzar todos los beneficios posibles, haciéndolo ligeramente mejor que sus alternativas al acuerdo.

Ahora, el hecho de concentrarse en los intereses, en lugar de posiciones (Negociación tipo Harvard), facilita la creación de valor y la solución de conflictos. Los negociadores piensan que sus intereses son opuestos, pero examinándolos detenidamente se dan cuenta que muchos intereses son compartidos. Existen diversos métodos para conseguir esa convergencia de intereses:

- a. Confeccionar una lista de intereses compartidos, y efectuar propuestas de intercambio.
- b. Encontrar coincidencias en las preferencias de las partes e idénticas soluciones a simples cuestiones.
- c. Promover sesiones conjuntas de creación de valor, separándolo del proceso de toma de decisiones.

ser que confíen la una en la otra.⁷⁷ Un mediador facilita el flujo de información y comunicación entre las partes, ganándose su confianza, canalizando las prioridades e intereses y explotando sus diferencias para construir las bases del acuerdo.

El mediador debe actuar como un verdadero representante de la realidad, es decir, ayudar a las partes a ser más realistas con respecto a sus alternativas, manteniendo siempre viva la negociación cuando las partes estén por abandonarla.

Algunos autores sostienen que frente a esta situación el mediador puede utilizar dos formas para solucionar el conflicto comercial:⁷⁸

1) Desarrollar un borrador de negociación: Se redacta un borrador de acuerdo y se pide a los negociadores que lo critiquen, pero sin evaluarlo ni aceptarlo. Cada parte vierte sus críticas sobre el borrador de manera que ello conduzca a su revisión y a introducir en el mismo las mejoras requeridas. La virtud del borrador es que los negociadores no tienen que hacer concesiones o comprometerse a aceptar un texto hasta que les satisfaga, además reduce los costos y como cada borrador está redactado para ofrecer beneficios mutuos con respecto al borrador precedente, los negociadores pueden ser inducidos a continuar el proceso incluso más allá del punto en que las negociaciones, sin el mediador quedarían bloqueadas.

2) Separar el proceso de "inventar" del proceso de "decidir": Esto evita las posturas destructivas asociadas con las negociaciones basadas en posiciones. Sugiere que los negociadores " *inventen primero y decidan después* ", mediante sesiones denominadas "*torbellino de ideas*", donde se debe generar una gran gama de opciones y soluciones de acuerdo y en las que la crítica está prohibida. Posteriormente las partes se reúnen para decidir entre las opciones inventadas y así lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio para ambas.

⁷⁷ Singer Linda R. Ob. cit.

⁷⁸ Fisher, Ury, y Howard Raiffa

2. DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Como ya se ha señalado anteriormente, el proceso de mediación es esencialmente *informal*, en el sentido de que sus reglas son pocas y flexibles, éstas deben ser conocidas, aceptadas y respetadas por los intervinientes y el mediador. Contrastando con la mediación familiar que tiene cierta uniformidad procesal, la mediación comercial adecua sus reglas a todo aquello que le sirve a sus propósitos.

De acuerdo a lo anterior, seguiremos a las más importantes y prestigiosas organizaciones a nivel mundial, destinadas a la resolución de disputas,⁷⁹ y especialmente del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, más conocido como el CAM, a través de sus distintos reglamentos para describir y analizar el proceso de mediación en conflictos comerciales.

2.1. REQUERIMIENTO DE MEDIACIÓN Y SUS REQUISITOS

Cuando existe un conflicto comercial, cualquier parte puede proponer la utilización de la mediación a la otra parte o partes. Habiendo una cláusula contractual que prevea la mediación para la solución del conflicto entre ellos, o si han suscrito cualquier otro compromiso de someterse a la resolución alternativa de conflictos, pueden invocar dicho compromiso. Respecto de la primera situación la mediación resulta voluntaria y de la segunda, se torna obligatorio el requerimiento si la parte invoca dicha cláusula contractual. Algunas veces, si el conflicto es de una gran connotación comercial que puede perjudicar a muchas personas, una organización neutral puede persuadir a las partes a comprometerse con la mediación.

En Chile podemos mencionar que, los interesados en someter una diferencia de índole comercial nacional o internacional a mediación en el CAM de Santiago, deberán cumplir con los siguientes requisitos:⁸⁰

- 1) Deberán solicitarlo por escrito;

⁷⁹ La American Arbitration Association, más conocida como AAA. Y también del Institute for Dispute Resolution, conocido como el CPR.

⁸⁰ Artículo 4 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.

- 2) Deberán mencionar los nombres completos de las partes involucradas, sus domicilios, teléfonos y/o fax, así como de sus representantes legales con la debida acreditación de su personería;
- 3) En caso de existir, se acompañará copia de la cláusula de mediación inserta en un contrato o de un acuerdo de mediación;
- 4) Exposición resumida de la o las cuestiones objeto de la mediación. Si existiera, indicación de la cuantía del asunto disputado;
- 5) Pueden acompañar documentos que tengan relación con la controversia, siendo facultativo.

Aceptada la solicitud por el respectivo centro, el solicitante deberá abonar una cantidad de dinero, que es distinta dependiendo del centro en que se desarrolle la mediación comercial, en Chile es del 50% de la tasa administrativa fija, cantidad que no estará sujeta a devolución.⁸¹

2.2. DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR

Una vez efectuado el pago señalado anteriormente, las partes pueden proceder a la designación del mediador o de los co-mediadores en su caso, y mostrar sus preferencias hacia el candidato(s) que mejor estimen conveniente basándose principalmente; en lo referente al estilo de negociación, experiencia técnica o legal, conocimiento de determinados lenguajes, etc.

Generalmente son los propios centros de mediación los encargados de proporcionar a las partes una lista de los mediadores calificados según la naturaleza del conflicto.

Antes de la designación el centro de mediación solicita al mediador que revele cualquier circunstancia no conocida que puede causar alguna duda sobre su imparcialidad. Si se descubre cualquier tipo de conflicto, el candidato es sustituido por otro. De igual modo, cualquier parte puede rechazar al candidato propuesto, si conoce cualquier circunstancia que ofrezca alguna duda sobre su imparcialidad.⁸²

⁸¹ Artículo 5 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.

⁸² Carrulla Benítez Pedro. Ob. cit.

En nuestro país, efectuada la designación ésta será comunicada al mediador, al sustituto y a las partes por el medio que la secretaría del CAM estime más adecuado, el mismo día del nombramiento o a más tardar el día siguiente hábil. Tan pronto se haya notificado el nombramiento del mediador a las partes, el CAM procederá a fijar la fecha y hora de la primera sesión de mediación, la que tendrá lugar en las oficinas de éste.⁸³

El CAM reglamenta lo referente a las inhabilitaciones y sustituciones de los mediadores, a saber; cada parte podrá inhabilitar al o los mediadores designados, dentro de los tres días hábiles siguientes de haberles notificada la designación. Será causal para su inhabilitación cualquier relación financiera o personal del mediador con una o más partes, así como la existencia de un interés financiero o personal del mediador en los resultados de la mediación.⁸⁴

Sin perjuicio de lo anterior, las partes de común acuerdo podrán autorizar al mediador a conocer el asunto, a pesar de la causal de inhabilitación existente.

Ahora, si el mediador designado fuere inhabilitado, entrarán a servir el o los sustitutos. De no existir sustitutos o en caso de no poder asumir como mediadores los existentes, el CAM designará un nuevo mediador dentro de los tres días hábiles a contar de la inhabilitación.

Estas normas son igualmente aplicables, si concurriere durante la mediación una causal sobreviniente que inhabilite al mediador.

La primera sesión que el mediador celebre con las partes, constituye el inicio del proceso de mediación. En ella el mediador entregará a las partes información acerca del proceso mismo y procederá a presentarles el convenio de confidencialidad para su firma. (Artículo 11 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.)

⁸³ Artículo 6 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.

⁸⁴ Artículo 8 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.

2. 3. NORMAS ESENCIALES DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

En todo proceso de mediación comercial, salvo que las partes y el mediador acuerden lo contrario, las normas y principios fundamentales que se aplican son las siguientes:⁸⁵

- a) El proceso es voluntario y no vinculante, dependiendo principalmente de la cooperación de las partes.
- b) La libertad de las partes de retirarse en cualquier momento.
- c) La neutralidad e imparcialidad del mediador.
- d) La facultad del mediador de dirigir el proceso y la obligación de las partes de prestarle plena colaboración.
 - d.1) La libertad del mediador para fijar las fechas, horas y lugares de las sesiones de mediación, en consulta con las partes.
 - d.2) La libertad del mediador para reunirse y comunicarse separadamente con cada parte.
 - d.3) La prohibición de grabar las sesiones de mediación o de tomar versión taquigráfica de ellas.
 - d.4) No se aplican los procedimientos de prueba formales. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el mediador decide, si fuera necesario, el lenguaje a utilizar y los documentos que deben ser traducidos.⁸⁶
- e) La forma en que las partes estarán representadas y patrocinadas en las sesiones de mediación, la limitación del número de representantes y la necesidad de que éstos cuenten, en principio, con la facultad de celebrar acuerdos conciliatorios o transaccionales no sujetos a aprobación o ratificación por autoridades superiores de la entidad representada.
- f) El compromiso de celeridad, es decir, el proceso debe llevarse a cabo de forma expedita. Cada representante debe esforzarse para estar disponible para las sesiones.

⁸⁵ Garber Carlos A. Ob. cit. Pp 120-122. Y del Reglamento Procesal del CAM.

⁸⁶ Carulla Benítez Pedro. Ob.cit.

- g) El compromiso de confidencialidad, en este sentido, el mediador no desvelará la información confidencial recibida de una parte a las demás partes o a un tercero, salvo que reciba la autorización correspondiente, o le sea ordenado por un tribunal o jurisdicción competente.
- h) El compromiso de no solicitar medidas judiciales o administrativas que interfieran con el proceso, mientras esté en curso.
- i) El mediador no podrá actuar como experto, testigo o consultor en cualquier acción o procedimiento relativo al asunto objeto de mediación. Pero si tiene la facultad de solicitar, si cuestiones técnicas lo requieran, la ayuda de un experto independiente, previo consentimiento y a expensas de las partes.
- j) La facultad del mediador de retirarse del proceso en cualquier momento, previa comunicación a las partes, por razones personales de gravedad, por considerar que las partes no actúan de buena fe, o por entender que es inútil proseguirlo.
- k) El modo de intercambiar información documental o de otra índole. Cada parte debe aportar a la mediación los documentos relativos al asunto a debatir, así como presentar, de forma voluntaria y no obligatoria, otros documentos que le solicite el mediador o la otra parte. Todos los documentos e información proporcionada a una parte, en el curso de la mediación, deberán ser usados por esa parte exclusivamente para la mediación.⁸⁷

2. 4. NEGOCIACIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL ACUERDO

El mediador ayuda a las partes a centrarse en sus inquietudes e intereses subyacentes, propone alternativas, y desarrolla opciones de acuerdo (torbellino de ideas). El mediador espera que las partes formulen propuestas de resolución, ya que no

⁸⁷ *Ibíd.*

tiene autoridad para imponerles un acuerdo, sino que las ayudará a llegar a ellas mismas a una solución satisfactoria para su disputa.⁸⁸

Ahora, si las partes no logran desarrollar unos términos de acuerdo mutuamente aceptables, antes de finalizar el proceso y únicamente con el consentimiento de las partes, el mediador puede:

- a) Someter a las partes a una propuesta de convenio que considere justa y equitativa para todas ellas;
- b) Si considera cualificado para ello, dar a las partes una evaluación del posible resultado del conflicto si este fuese llevado a juicio. Asimismo el mediador puede sugerir otra discusión para determinar si su propuesta puede conducir a una resolución del conflicto.

2.5. TÉRMINO DE LA MEDIACIÓN COMERCIAL

De conformidad al Reglamento Procesal del CAM, la mediación termina:

- a) Por la celebración de un acuerdo entre las partes;
- b) Por una declaración escrita del mediador, si considera que la mediación no podrá contribuir a la resolución de la disputa;
- c) En las situaciones previstas en el presente reglamento;
- d) Por una declaración escrita de la o las partes, poniendo término al proceso de mediación.⁸⁹

En todos estos casos se redactará y firmará un acta.

Si la mediación concluye, pero sin conseguir el acuerdo; se da por terminada la función del mediador, pero puede discutir con las partes la posibilidad de someter la cuestión a arbitraje u otra forma de resolución alternativa de conflictos.

⁸⁸ Artículo 12 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.

⁸⁹ Artículo 14 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.

En principio el mediador no puede desempeñarse como árbitro, salvo conformidad expresa y escrita de las partes.

Si la mediación concluye en un acuerdo, sea éste total o parcial, se redactará y firmará un acta y un documento que consigne el acuerdo. Este documento circula entre las partes y el mediador, puede ser rectificado si fuera necesario, y formalmente ejecutado. Los abogados de las partes, respetando el contenido del documento, están autorizados para darle forma jurídica.

2.6. VALOR DEL ACUERDO⁹⁰

La etapa final de la mediación exige, para que el acuerdo tenga valor que los litigantes elaboren un procedimiento de *aplicación y supervisión*, y *formalicen* el acuerdo. A continuación analizaremos cada una de ellos:

2.6.1. Aplicación del acuerdo:

La aplicación alude a los pasos que los negociadores o los mediadores dan para conferir carácter operativo a un acuerdo y terminar una disputa. Este procedimiento puede darse antes de alcanzar el acuerdo sustantivo, mientras se obtiene o después.

El éxito de un acuerdo sustantivo a menudo depende de la fuerza de un plan de aplicación. Es posible que las partes no logren llegar a un acuerdo porque no logran la manera de aplicarlo posteriormente, ya que, la aplicación de un acuerdo puede producir un deterioro de las relaciones o pérdidas financieras, de tiempo o recursos. Por estas razones, es que los mediadores deben ayudar a las partes a idear procedimientos de aplicación razonables, eficientes y efectivos.

⁹⁰ Moore Christopher. Ob. cit. Pag. 393- 412.

Moore sostiene que hay dos tipos de procedimientos que permiten ejecutar acuerdos:

- 1) *Un acuerdo de autorrealización*: siendo aquél que se ejecuta totalmente al momento de aceptarlo o está construido de tal modo que la medida en que los protagonistas adhieren a sus términos será evidente por sí misma.
- 2) *Un acuerdo que no reviste el carácter de autorrealización*: que es aquél que exige a una de las partes un desempeño permanente, cuya medición puede ser difícil si faltan los arreglos especiales de supervisión.

La autorrealización del acuerdo es sin duda un modo firme y eficaz de asegurar que se aplicará. El acatamiento es tangible e inmediato, y disminuyen las posibilidades de incumplimiento. Por ello los mediadores deben ayudar a las partes a diseñar planes de aplicación autorrealizados, de modo que el conflicto puede concluir rápidamente e impedir que el acuerdo se postergue. No obstante, no todos los conflictos pueden terminar o, ser completados los acuerdos a través de un proceso de autorrealización, ya que ciertos tratos pueden exigir, de manera intrínseca o estructural, el desempeño continuado durante un largo período. Por ej: los pagos de pensión de alimentos, casa o automóvil, la supervisión de las normas medioambientales.

Ahora, las probabilidades del incumplimiento de un acuerdo pueden aumentar según:

- 1) El aumento del número y la complejidad de las cuestiones en disputas;
- 2) El aumento del número de las partes comprometidas;
- 3) La elevación del nivel de tensión y desconfianza psicológicas; y
- 4) La extensión de los términos del acuerdo que es necesario ejecutar.

Es por ello que se deben determinar y definir ciertos criterios de evaluación como *los pasos de aplicación del acuerdo*, en este sentido, tanto los criterios como los pasos de aplicación deben ser:

- 1) Eficientes por referencia a los costos;

- 2) Suficientemente sencillos, de modo que sea fácil entenderlos, pero tan detallados que impida la presencia de vacíos que después provoquen disputas de procedimientos;
- 3) Realistas en sus reclamos o expectativas por referencia a las partes; y
- 4) Capaces de soportar el escrutinio público, si es necesario, con respecto a las normas de equidad.

2.6.2. Supervisión de la ejecución de los acuerdos:

Los acuerdos que deben ejecutarse en el curso del tiempo, a menudo deben incluir procedimientos y estructuras de supervisión. La aplicación del acuerdo puede ser supervisado por las propias partes, por un comité conjunto formado por representantes de las partes en las disputas complejas, o por un tercero que generalmente no es el mediador.

Estos procedimientos y estructuras de supervisión pueden ser:

- a) *Una comisión permanente de supervisión;* para garantizar que todos los involucrados cumplan con las tareas, las responsabilidades y con un programa de trabajo donde se informe acerca de los progresos y posibles problemas nuevos.
- b) *Desarrollado por uno o dos individuos;* que gocen de la confianza de las partes litigantes, esto generalmente ocurre en conflictos pequeños o controversias internas dentro de una misma organización.
- c) *Desarrollando un “procedimiento de quejas” promovido por las propias partes o por un tercero;* se trata de que los litigantes identifiquen y evalúen las discrepancias que se originan durante la fase de aplicación del acuerdo o como consecuencia de la misma. Se considera que este procedimiento aporta un modo de resolver problemas nuevos, modificar el trato si es necesario y evita el abandono de todo acuerdo a causa de una dificultad con la cual se puede llegar por un pequeño componente del arreglo.

2.6.3. Formalización del acuerdo:

Lo que en definitiva le da valor a un acuerdo es su formalización. Para ello existe una serie de procedimientos tendientes a garantizar su valor. Entre ellos podemos mencionar: *procedimientos orientados hacia el compromiso*; que son aquellos en que las partes se comprometen psicológica y estructuralmente con el trato logrado, *procedimientos autónomos orientados hacia el compromiso*; siendo estos promovidos por el mediador o los negociadores, que incluyen entre los litigantes el intercambio de promesas, simbólicos regalos, de amistad, etc, que acentúan la probabilidad de que los litigantes se subordinen al acuerdo. Pero sin lugar a dudas, en materia comercial, el modo más común de asegurar el acuerdo producto de una mediación, es convertirlo en un *contrato legal*, cuyo cumplimiento se impone desde la justicia. A continuación nos referiremos a este modo de formalización del acuerdo.

Convenios legales: estos se caracterizan por un intercambio de consideraciones, una promesa o un acto en el sentido de que una parte acepta cumplir a cambio de las promesas o los actos de otra.

Los contratos legales suministran a las partes un recurso judicial, si uno o varios faltan a su promesa. Así la parte que sufre el incumplimiento del contrato puede pedir a la otra la reparación de los perjuicios. Por ejemplo, en Chile, una vez producido, redactado y firmado el acuerdo por los intervinientes, se reducirá a escritura pública y tomará la forma de un **contrato de transacción**.⁹¹ Este contrato tiene el carácter de obligatorio en lo referente a todas las obligaciones y derechos ejecutables que hayan sido acordados. Se sostiene que acuerdo obtenido tiene plena eficacia jurídica entre las partes y vincularía al juez en su aspecto material.

Pero debemos prevenir, que los acuerdos negociados no se convierten automáticamente en contratos legalmente obligatorios. La obligatoriedad de los contratos depende de las leyes y las normas del lugar donde se celebran.

⁹¹ Artículo 15 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.

En consecuencia, el valor del acuerdo alcanzado y su obligatoriedad depende exclusivamente del carácter que las partes le otorguen a dicho acuerdo.

2.7. COSTOS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Siendo la mediación comercial un método de solución de conflictos comerciales y/o de negocios alternativo a los procesos judiciales, el costo corresponde exclusivamente a las partes. Por regla general, los honorarios de los mediadores serán pagados por partes iguales por ellas, salvo que se acuerde otra cosa.

Todo gasto originado en el proceso de mediación, tales como expensas por pericias, traslados u otros, serán solventados por las partes a prorrata, a menos que éstas acuerden otra cosa.⁹²

Usualmente, dichos costos originados del proceso de la mediación, están previamente determinados por una tabla o tasa que el propio centro de mediación tiene para tal efecto.

Por último, se debe señalar que estos costos no son excesivos en comparación con los gastos que se incurren en los procesos formales, y también en la calidad del resultado obtenido y la rapidez con que se consigue el acuerdo final.

⁹² Artículo 18 del Reglamento Procesal de Mediación del CAM.

A MODO DE CONCLUSIÓN:

A través del desarrollo de este trabajo se puede apreciar el hecho de que nuestro país no se puede dar el lujo de no contar con los mecanismos adecuados para la solución de controversias comerciales, sobre todo por el creciente dinamismo de la economía en la actualidad y donde el mundo empresarial no está exento de conflictos.

El objetivo primordial de esta memoria fue dar a conocer las múltiples ventajas de la Mediación Comercial con el fin de impulsarla como *método eficaz para resolver los conflictos comerciales*, tratando de ofrecer además un espacio para el debate y análisis que posibilite el desarrollo de la práctica de la misma, fomentando su uso en las organizaciones comerciales, sin la necesidad de recurrir a los tribunales de justicia. Pero tampoco criticando a nuestro proceso judicial que desde luego es necesario.

Durante este trabajo se sostiene que la mediación es un método alternativo al litigio, y sólo en la medida en que la mediación no prospere, se recurra a él o, a otro método como el Arbitraje Comercial. Pero también es cierto que un largo litigio, que se caracteriza muchas veces por su lentitud e inadaptación en materia comercial, supone de inmediato un elevado costo para las empresas y sus trabajadores, costo que no es sólo económico, sino también respecto del tiempo que se invierte en la solución del conflicto y en la mantención de las relaciones personales.

Para hacer frente a estas situaciones es necesario utilizar nuevas vías de solución de conflictos. La Mediación Comercial es una de ellas, que aparece como un proceso de resolución de disputas que permite a las empresas resolver sus conflictos por vías no litigiosas, preservando la confidencialidad, las relaciones comerciales y la calidad de las relaciones laborales.

No obstante, los beneficios que la Mediación Comercial otorga, en nuestro país ésta no ha tenido el crecimiento que se esperaba. Los factores que inciden en ello se reflejan quizás por su desconocimiento, por no existir los mecanismos para facilitarla, por ser un procedimiento relativamente poco estructurado algunos dudan en utilizarlo por temor a no saber a qué atenerse o, sencillamente por nuestra idiosincrasia, de que ante el menor de los conflictos se recurre de manera irracional a los tribunales de justicia para resolverlos, lo que algunos autores denominan "*la cultura del litigio*".

Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia internacional nos demuestra lo contrario, que la Mediación en materias de comercio y/o de negocios si funciona, y con resultados más que satisfactorios. Por ejemplo en Argentina Desde el año 1996, rige la Ley de Mediación Prejudicial Obligatoria N° 24.573, y sus resultados estadísticos dan cuenta que sólo el fuero civil (al que hay que agregar el comercial y el federal civil y comercial) de los casos tratados en mediación y que rondan las 180.000 causas, sólo retornó al sistema el 37,4%. La conciliación laboral establecida por ley 24.635 como prejudicial y obligatoria, que administra el SECLO supervisado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ha dado también resultados sumamente positivos. En el ámbito provincial, el movimiento Resolución Alternativa de Disputas, especialmente la mediación está en marcha en la mayoría de las provincias por impulso del sector justicia. Se han dictado leyes provinciales que regulan el servicio de mediación no sólo anexo, conectado o relacionado con los tribunales, en la mayoría de los casos a cargo de abogados, sino que también regulan la prestación de servicios R. A. D. a cargo de terceros debidamente capacitados con diferentes profesiones de base, contadores, escribanos, arquitectos, etc. y que ejercen en forma individual o dentro de la estructura de una organización o centro.⁹³

En consecuencia, se debe considerar seriamente la posibilidad de intentarla antes de recurrir despiadadamente al litigio, ya que si la mediación funciona, las partes se habrán ahorrado tanto tiempo como dinero, y lo más importante, mantendrán sus relaciones comerciales incluso más fortalecidas de lo que la tenían antes de someterse a ella, comenzándose hablar de la *“cultura del acuerdo”* y no la del litigio.

En estas materias debemos dejar de mirar como nuestros vecinos avanzan a pasos gigantescos y nosotros no hacemos nada al respecto siendo esta una realidad que nuestro país no puede seguir ignorando.

⁹³ Fuente: Fundación Libra. Ob. cit.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarez Gladys S. Reporte Final del “1° Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas”, celebrado en Buenos Aires los días 7-8-9 y 10 de Noviembre de 1993, con motivo de su presentación: R. A. D. y Sistema Judicial.
- Álvarez Stella Gladys. “La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado”. El texto corresponde a un capítulo de la publicación de la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica, con el apoyo de las Facultades de Derecho de la Universidad de Guadalajara y de la Universidad Autónoma de Nuevo León, (en prensa).
- Alvarez Trongé Manuel.: “Técnicas de Negociación para Abogados”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- Caruya Benítez, Pedro. “La Mediación en Conflictos Comerciales”. Consultado en www.aryme.com. Marzo de 2006.
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.
- Centro de Resolución Alternativa de Conflictos (CREA), “Nociones básicas de Mediación”. Universidad Católica de Temuco – Chile, 2001.
- Clare Miguel Ángel. “El Gerente como Mediador: rompiendo paradigmas”. Guerra y Paz en el trabajo. “Conflictos y Conflictología en las organizaciones”. Monografía de la Universidad de Valencia. España 2004.
- Clare Miguel Ángel. “El papel del abogado en la Mediación Empresarial”. Guerra y Paz en el trabajo. “Conflictos y Conflictología en las organizaciones”. Monografía de la Universidad de Valencia. España 2004.
- Código de Ética de los Mediadores, Del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.
- Corporación de Asistencia Judicial R. M.: “Resolución Alternativa de Conflictos”: Una opción democrática de acceso a la justicia. Una forma de intervención humanizante en la Asistencia Jurídica Gratuita, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- Fisher Roger, Ury William y Patton Bruce.: “Sí... ¡de acuerdo!”, Cómo Negociar Sin Ceder, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1996.
- Folberg Jay y Taylor Alison.: “Mediación: “Resolución de Conflictos sin Litigio”. Editorial Limusa, S.A. México, 1992.

- Fundación Libra, Manual de Mediación preparada para su utilización en cursos y entrenamientos. Revista libra N° 1, N° 2, N° 3 y N° 4.
- Gaete Barrera Loreto.: “El Abogado en la Mediación”. Publicado en la revista CREA N° 3 de la Universidad Católica de Temuco, 2002.
- Garber Carlos A. “La Mediación Funciona”, Editorial, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1996.
- Gozaini, Osvaldo.: “Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos”, Editorial Desalma, Buenos Aires, 1995.
- Guerra y Paz en el trabajo. “Conflictos y Conflictología en las organizaciones”. Monografía de la Universidad de Valencia. España 2004.
- Gutiérrez María Laura: “Incorporación de la Mediación familiar en el Derecho Chileno”, ¿Un real avance en materia de solución de conflictos?, Memoria de Grado, Universidad de Talca. 2004.
- Highton Elena I. y Alvarez Gladys S.: “Mediación para Resolver Conflictos”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- Maturana Niquel, Cristián, “Derecho Procesal Orgánico”, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- Moore, Christopher, “El Proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos”. Ediciones Granica S.A.; Buenos Aires, 1995.
- Paiva Hantke, Gabriela y Cortés Simón Carlos. “Solución de controversias comerciales en un mundo globalizado”. Editorial Metropolitana Ltda. Chile 2004.
- Reglamento Procesal de Mediación, Del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.
- Reporte Final, Primer Encuentro Iberoamericano Sobre Resolución Alternativa de Disputas, Buenos Aires, 7, 8, 9, 10 de noviembre de 1993, Plantie Talleres Gráficos S.A. Buenos Aires, Argentina, 1994.
- Schilling Fuenzalida, Mario.: “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1999.
- Schilling Fuenzalida, Mario.: “ Manual de Mediación”; Resolución de Conflictos, Cuatro Vientos Editorial, Segunda Edición, Santiago, 2005.
- Schilling Fuenzalida, Mario.: “Manual de Negociación”, Editorial Jurídica la Ley, Santiago, 2002.

- Singer Linda R.: “Resolución de Conflictos”, Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal, Ediciones Piados Ibérica, S. A. Barcelona 1996.
- Slaikeu, Karl A.: “Para que la Sangre no llegue al Río”: Una guía práctica para mediar en disputas, Editorial Granica S.A. Barcelona, España. 1996.
- Ury William L., Brett Jeanne M., Goldberg Stephen B.: “Cómo Resolver Las Disputas”: Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 1995.
- Ury William L.: “El Arte de Negociar”, Revista Libra N° 2, pp. 16 – 19. conferencia pronunciada en la 20ª Conferencia Anual de la Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas, Pittsburgo, EE.UU., 8 al 11 de octubre de 1992.
- www.inter-mediación.com.: “Mediación Empresarial, Enfocando el Conflicto Organizacional”. Consultado en marzo de 2006.