

## Panel Justicia y Mecanismos de Resolución Alternativa de Disputas: Mediación en la Reforma Procesal Civil

**Cristián Saieh Mena**

Socio - Puga Ortiz Abogados

Director – Programa de Negociación UC



# PRESENTACIÓN

- El estado de la mediación en Chile.
- La mediación en materia comparada.
- Desafíos para la mediación civil y comercial a la luz de la experiencia como mediador y arbitro del CAM Santiago.

# LA MEDIACIÓN EN CHILE

*“(...)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.” [Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia]*

- ✓ Se trata de una **negociación asistida** por un tercero neutral y capacitado. (Moore, 1995) (Diez y Tapia, 1999).
- ✓ Es fundamental incentivar el desarrollo de **habilidades sistemáticas de negociación**, ancladas en **metodologías**, tanto para los mediadores como para las partes y sus representantes.
  - ✓ Es un proceso profesional, metodológico, con raíces en la teoría de sistemas, teoría de la comunicación, teoría de juegos, de toma de decisiones, entre otros.
  - ✓ Indispensable cambiar el foco de la intervención del abogado en el conflicto.

# LA MEDIACIÓN EN CHILE

El mecanismo se ha desarrollado principalmente en materias como:

Familia  
2004

Trabajo  
2001

Penal

Salud  
2004

Consumidor (financiero)  
2011

Medioambiental

Escolar  
2011

Vecinal y comunitaria

Civil y comercial



*\* Reguladas legalmente, en el año que se indica.*

*\* Volumen relativo aproximado de casos.*

Actualmente, se están discutiendo iniciativas -legales y pre-legislativas- en materia penal (Reforma Ley RPA), medioambiental (Propuesta Alianza Valor Minero, Plan +Energía, del Ministerio de Energía) y civil (RPC).

# LA MEDIACIÓN EN CHILE

Materias más desarrolladas institucionalmente (todas se caracterizan porque el aspecto patrimonial del conflicto es central).

	Familia	Laboral	Consumidor	Salud
Ámbito de aplicación	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Mediación obligatoria</b> en 3 materias a partir del 2008: derecho de alimentos, cuidado personal del NNA y derecho de relación directa y regular.</li> <li>▪ No se pueden mediar asuntos relativos al estado civil de las personas, declaraciones de interdicción, las causas de maltrato de niños, niñas o adolescentes y los procedimientos de adopción de menores de edad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Mediación voluntaria</b>, ya sea individual o colectiva.</li> <li>▪ <b>Mediación obligatoria</b> durante la negociación colectiva reglada (buenos oficios).</li> <li>▪ <b>Conciliación individual</b> ante la Dirección del Trabajo.</li> <li>▪ <b>Conciliación</b> ante los Juzgados del Trabajo.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Mediación financiera:</b> Consumidor solicita intervención del Sernac por no quedar conforme con la respuesta a un reclamo dada por el Servicio de Atención al Cliente (SAC) de la institución financiera. Cuando el monto objeto del reclamo no excede las 100 UF, interviene un mediador financiero. Si la supera, lo hace un árbitro.</li> <li>▪ <b>“Mediación colectiva”</b> o procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Mediación por daños en salud:</b> Instancia previa y obligatoria a iniciar una acción judicial en contra de un establecimiento asistencial – público (ante el CDE) o privado (ante Superintendencia de Salud)- para hacer efectiva su responsabilidad por daños derivados del otorgamiento de prestaciones de salud.</li> <li>▪ <b>Mediación con Aseguradoras</b> (Fonasa o Isapres), artículo 120, del DFL N°1 de 2005, del Ministerio de Salud.</li> </ul>
Estadísticas	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 246.957 mediaciones (2017)</li> <li>✓ <b>38,31%</b> causas terminadas por acuerdo (2017)</li> <li>✓ De las causas en que se realizó al menos una sesión conjunta, un <b>68,63%</b> se cerraron con acuerdo (2017)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 2.984 mediaciones (buenos oficios y derechos fundamentales) (2016)</li> <li>✓ <b>53,9%</b> de los casos se cerraron con acuerdo (2016)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 240 mediaciones colectivas (período 2014-2018)</li> <li>✓ No se obtuvieron cifras de las mediaciones financieras.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ 1.615 solicitudes de mediación (CDE, 2015)</li> <li>✓ 748 solicitudes de mediación (Superintendencia de Salud, 2014)</li> <li>✓ 20,9% del total de las mediaciones realizadas se cerraron con acuerdo (CDE, 2015). Mientras tanto, las realizadas por la Superintendencia de Salud, tiene una tasa de acuerdo del 12,3% (2015).</li> </ul>

# ESTADO ACTUAL DE LA MEDIACIÓN EN CHILE: PRINCIPALES PROBLEMAS

1. **Falta de cultura del diálogo:** desconfianza, legalismo, confrontación prima por sobre la colaboración.

2. **Confusión generalizada respecto de la naturaleza del mecanismo** de la mediación y de sus principales principios, como la imparcialidad del mediador, que se traspasa a la institucionalidad, a la regulación y a la aproximación que tienen los actores frente a ella.

3. **Carencia de una planificación integral y sistémica de parte del Estado en torno a los MASC:**

- La regulación **existente** de la mediación se caracteriza por su **dispersión** y **falta de sistematización**: se incorpora en diversos cuerpos legales sin atender a una política pública coherente.
- Falta de regulación en materias donde es necesario impulsar su aplicación, como civil-comercial, socioambiental y penal.
- Sinnúmero de instituciones públicas prestan servicios de mediación o “pseudo-mediación”, **sin atender a criterios comunes ni a una visión estratégica global**.

## MEDIACIÓN CIVIL Y COMERCIAL: ESTADO ACTUAL

- **Carece de un tratamiento orgánico o institucional que impulse su desarrollo.** El marco normativo actual corresponde a las reglas del contrato de transacción del Código Civil.
- **Su aplicación ha tenido un lento desarrollo.** Chile se encuentra atrasado frente a otros países latinoamericanos. Es generalmente percibida, y se ha entendido, principalmente, como un paso previo al arbitraje. Las principales experiencias en mediación civil se han producido en el CAM Santiago y en pequeñas causas, al alero de las CAJ.
- **No se destaca por su desarrollo doctrinario,** salvo trabajos puntuales, a diferencia de otros tipos de mediación, como la mediación penal, que pese a no estar normada en Chile, si ha tenido un desarrollo doctrinario muy relevante.

*“Aproximadamente el 20% de los ingresos anuales (de los tribunales) corresponden a causas civiles y comerciales, de estas cerca del 90% son asuntos de cobranza masiva (procedimientos ejecutivos y gestiones preparatorias de la vía ejecutiva) y el 5% corresponde a procedimientos ordinarios y sumarios, algunos de muy baja cuantía (desde los \$ 36.000)(...)”\**

\*JEQUIER. E, La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación (2016).

# PRINCIPALES ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN EL PROYECTO DE RPC

- ✓ Se propone regularla en una Ley General de Mediación.
- ✓ Ámbito de aplicación: voluntaria con excepciones.
- ✓ Suspense la prescripción
- ✓ Mérito ejecutivo de los acuerdos.
- ✓ Mediación frustrada habilita para demandar.
- ✓ Contempla oferta privada de mediación institucional, previo registro.
- ✓ Mediación judicial, prestada por la Unidad de Atención de Público y Mediación, dependiente del Poder Judicial.
- ✓ Mediación extrajudicial, prestada por personas jurídicas de derecho público o privado, sin fines de lucro, supervisadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

## OBSERVACIONES

- Oportunidad de pensar **la Ley General de Mediación como un marco supletorio para futuros procesos de mediación** en otros ámbitos y en el contexto de un sistema de resolución de conflictos que requiere de armonización para dar un impulso de largo plazo a los MASC.
- Dada la cultura local, **es importante contemplar alguna forma de sanción a la parte que no asiste** a la primera sesión, que a la vez no límite su legítimo derecho a la tutela judicial efectiva.



# LA EXPERIENCIA COMPARADA: UN PANORAMA GENERAL

- **ESPAÑA:** Ley 5/2012 y Decreto 980/2013: regula la mediación en asuntos civiles (familia y patrimonial) y mercantiles, y articula marco general para su ejercicio. Contiene Estatuto del Mediador.
- **ARGENTINA:** Ley 24.573 (1995) se adopta la mediación obligatoria, excluyendo algunas causas civiles, causas penales y quiebra.
- **ESTADOS UNIDOS:** Incorporada en materia laboral desde 1975. Uniform Mediation Act (2001): uniforma criterios y principios para ejercicio de la Mediación a nivel federal. Se destaca el caso del Distrito de Columbia: Multi-Door Dispute Resolution Division of the DC Superior Court.
- **UE:** Desde hace más de una década, la Unión Europea (UE) ha incentivado la mediación como puerta de acceso a la justicia a través de distintos instrumentos internacionales, destacando la Directiva Europea 2008/52/CE, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que pretende facilitar la mediación y soluciones autocompositivas en conflictos transfronterizos (García y Vásquez, 2013).
- **UK:** *No buscar una solución cooperativa antes de accionar puede llevar a la imposición de costas por parte de las Cortes, aún cuando el resultado de la acción sea favorable.* Párrafo 8, Practice Direction on Pre-Action Conduct (PDPAC). (Lambert, McMichael & Coad, 2017)

# LA EXPERIENCIA COMPARADA: EL CASO DE AUSTRALIA

- **Más del 70% de los conflictos jurídicos se resuelven por acuerdo.** No más de un 10% se judicializa (Bridge, 2012).
- Contemplada como mecanismo **desde la Supreme Court Act (1935)**. Desde 2001, con la Civil Dispute Resolution Act se requiere que las partes, incluyendo agencias gubernamentales, tomen “**pasos genuinos**” para resolver una disputa antes de iniciar un proceso ante la Corte Federal. Mediation Act (2005) establece principios generales y un sistema de registro de mediadores.
- En materia civil, el servicio de mediación es prestado por privados, tales como **ex oficiales del poder judicial, abogados y otros profesionales con conocimiento y experiencia según el objeto de la disputa**. También ejercen como mediadores funcionarios del Poder Judicial, que llevan a cabo las llamadas court-annexed mediations. En algunas jurisdicciones, como en el Estado de Victoria, también los jueces pueden actuar como mediadores.
- **Consejo Consultivo Nacional para la Resolución Alternativa de Disputas (NADRAC)**, a cargo de establecer **estándares de práctica, éticos y para la formación de éstos** y del sistema de acreditación (National Mediator Accreditation System, NMAS), a través de organismos de acreditación.



# LA EXPERIENCIA COMPARADA: COLOMBIA, UN CASO MÁS CERCANO

- **Reconocimiento constitucional** de los MASC desde 1991.
- **Han adoptado y regulado la conciliación en vez de la mediación.** La regulación colombiana admite explícitamente la posibilidad que el conciliador proponga bases de arreglo a las partes. Ley 23, de Conciliación (1991) establece principios, procedimiento y requisitos para ser conciliador. Incorporada en diversas materias: civil, familia, laboral, escolar, penal y vecinal.
- El **Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá** cerró el año 2017 con un porcentaje de **efectividad del 82% en acuerdos de conciliación, sobre 5.818 conciliaciones** realizadas.
- El acuerdo logrado en la conciliación hace tránsito a **cosa juzgada y tiene mérito ejecutivo.**
- Conciliadores privados, inscritos en Centros de Conciliación reconocidos por el Ministerio de Justicia. Mientras que en la Conciliación en Equidad la realizan líderes comunitarios, de manera gratuita.



# LA EXPERIENCIA COMPARADA: CONCLUSIONES PARA LA RPC

- ✓ Adopción de la mediación es un **desafío cultural**, que está vinculado al nivel de desarrollo del país.
- ✓ Conveniencia y necesidad de **regular e institucionalizar** la mediación civil y comercial para su impulso.
- ✓ **Obligatoriedad de la primera audiencia** como un herramienta de difusión del mecanismo.
- ✓ Provisión de mediación tanto a través de **mediadores públicos y privados**, relacionados con los Tribunales de primera instancia, como parte esencial de la “oferta de servicios de justicia” del Estado.

# LA EXPERIENCIA COMPARADA: CONCLUSIONES PARA LA RPC

- ✓ **Mediación institucional** como fórmula para garantizar la calidad del servicio y la confianza en el proceso. **Registro y acreditación de Centros sin fines de lucro.**
- ✓ Importancia de establecer **altos estándares para la formación de los mediadores.**
- ✓ Relevancia de dotar de **mérito ejecutivo y efecto de cosa juzgada a los acuerdos alcanzados** en mediación, así como de suspender los plazos de prescripción cuando corresponda.
- ✓ **Utilidad de las instancias de coordinación del sistema**, como las comisiones y programas de coordinación existentes en otros países desde los respectivos Ministerios de Justicia. (Ver ejemplo del Consejo Consultivo Nacional para la Resolución Alternativa de Disputas (NADRAC) en Australia.

# DE LA EXPERIENCIA COMPARADA A LA EXPERIENCIA PRÁCTICA: MEDIACIÓN CIVIL Y COMERCIAL EN LA REALIDAD CHILENA

- **Una cultura adversa:** tendencia a preferir la confrontación y desconfianza.
- **Desconocimiento del mecanismo de la mediación, sus principios básicos y falta de habilidades de negociación.** La confusión imperante al respecto en el ordenamiento jurídico nacional no ayuda, por la proliferación de procedimientos, principalmente administrativos, que han sido mal denominados mediaciones.
- **Un problema de incentivos;** el juicio o arbitraje sigue siendo percibido –al menos en su relación a corto plazo con el cliente- como un negocio más rentable.
- **Dotar a la mediación de un entorno procesal con mayor formalidad y ritualidad;** estructura de las “audiencias”, citaciones, entre otros, en mi experiencia, entrega mejores resultados y logra un mejor compromiso de las partes con el proceso.
- En este contexto, para mediar con éxito, **suele ser necesario adoptar un rol más propositivo, más cercano al del conciliador,** incluso proponiendo bases de arreglo, con el consentimiento previo de las partes.

# DESAFÍOS Y CONCLUSIONES

## Impulsar la mediación civil y comercial en Chile: un desafío cultural de largo plazo

1. **El impulso que entregaría una Ley General de Mediación es indispensable, pero no basta.** Aunque se suele preferir la comparecencia personal de las partes, el rol de los abogados para impulsar los MASC es fundamental.
2. **Fortalecer la formación de los abogados en negociación, mediación y MASC.** Las habilidades negociadoras son parte de las competencias esenciales del perfil del abogado actual. Tanto a nivel de pregrado como en educación continua. Más aún, de cara a la irrupción de la Inteligencia Artificial en el mercado legal; la negociación y la mediación son tareas esencialmente humanas.
3. **Fomentar la formación temprana** en resolución de conflictos (relevancia de los cursos a nivel escolar y programas de mediación escolar).
4. **Impulsar políticas públicas para fomentar un desarrollo coordinado y armónico del sistema de resolución de conflictos del país,** más allá de la Reforma Procesal Civil.

# BIBLIOGRAFÍA

1. World Values Survey (2010-2014) Wave 6.
2. Jequier, Eduardo (2016) La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile. Razones y mecanismos para su regulación.
3. Moore, Christopher (1995) El proceso de mediación, Editorial Gránica, Barcelona.
4. Diez, Francisco y Tapia, Gachi (1999). Herramientas para trabajar en mediación. Barcelona: Paidós.
5. Vargas, Macarena (2008) Mediación Obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación. Revista de Derecho (Valdivia) Vol.21, N° 2.
6. Bridge, Campbell (2012). Comparative Adr In The Asia-Pacific – Developments In Mediation In Australia: The 5Cs of ADR, Alternative Dispute Resolution Conference Singapore.
7. Guerra, L. , Frías N., Frontaura C., Saieh. C, Astete B., Marzouka M. (2018) Hacia un modelo integral de política pública para la mediación.



Gracias