

Estudios de Derecho Comercial XI Jornadas Chilenas de Derecho Comercial

Editores: Rodrigo Contreras Cordero y Álvaro Parra Vergara

Editorial: Tirant lo Blanch, 1ª Edición / 712 págs.

Mediación Comercial en Chile

¿Por qué es necesaria su consagración normativa?¹

Commercial Mediation in Chile

Why is its normative consecration necessary?

Mecanismos alternativos de solución de controversias (mediación comercial).

Alternative dispute resolution mechanisms (commercial mediation).

Esta ponencia analiza la mediación como un espacio adecuado de resolución de conflictos comerciales, y reflexiona acerca de la necesidad prioritaria de consagración normativa en el contexto actual, a fin de que el Derecho provea a los operadores comerciales, de un mecanismo eficiente en este ámbito para abordar las problemáticas jurídicas concretas.

This presentation analyzes mediation as an adequate space for the resolution of commercial conflicts and reflects on the priority need for normative consecration in the current context, so that the Law provides commercial operators with an efficient mechanism in this area to address specific legal issues.

Mediación comercial – mecanismo adecuado – resolución de conflictos comerciales – consagración normativa – acceso a la justicia.

Commercial mediation - adequate mechanism - commercial conflict resolution - normative consecration - access to justice.

Palabras Preliminares.

La mediación como mecanismo de resolución de conflictos, tanto a nivel nacional, como en el derecho comparado, ha ido permeando nuevos ámbitos, y coherente a ello, paulatinamente hemos presenciado como se ha incorporado normativamente, en diversas áreas del derecho local, así cronológicamente en la década del 2000, la Dirección del Trabajo, a través de la Orden de Servicio

¹ María Soledad Lagos Ochoa, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra- Universidad de Barcelona, Abogada, Jefa de la Unidad de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, mlagos@ccs.cl, fono 989203665.

Nº 1, de 30.01.02, crea y establece un Sistema de solución alternativo de conflictos laborales colectivos; en el año 2004 se consagró la mediación familiar establecida en la Ley Nº 19.968; en el año 2005 la mediación por daños en salud, establecida por la Ley Nº 19.966 que se realiza ante el Consejo de Defensa del Estado, tratándose de prestadores públicos o ante la Superintendencia de Salud, en caso de prestadores privados; el año 2007 la Ley Nº 20.168 introdujo en la Ley Nº 19.537 de Copropiedad Inmobiliaria, la mediación tratándose de condominios de viviendas sociales; y finalmente, en el año 2014 la mediación en el ámbito escolar conforme a la Ley Nº 20.529, que se desarrolla ante la Superintendencia de Educación.

La incorporación en el sistema legal ha pretendido principalmente la desjudicialización de los tribunales, en la lógica de que descongestionando estos, los jueces puedan avocarse de mejor manera a los procesos jurisdiccionales. Sin embargo, dicha concepción actualmente no es sostenible y ha sido claramente superada, por cuanto el desarrollo de la disciplina nos ha demostrado que la mediación en sí un mecanismo adecuado para la resolución de los conflictos jurídicos. En este orden de ideas Ury, Brett, y Goldberg en su libro “Como resolver las disputas”², desarrollan los elementos que han de considerarse para el diseño de un sistema de resolución de conflictos de bajo costo y efectivo. Este análisis, surge con ocasión de los problemas laborales de las industrias del carbón en la década del 70 en EEUU, planteándonos que en términos generales es posible resolver las disputas o diferencias jurídicas de tres maneras: la primera en base al poder, esto es, la imposición de una de las partes respecto de la otra; la segunda en base al derecho, ya sea a través de procedimientos ordinarios o bien un arbitraje, pero siempre interviniendo un tercero que determine quién tiene la razón; y la tercera en base a la conciliación de intereses, lo que se realiza a través de la negociación directa entre las partes, de la mediación o en su caso a través de la conciliación. Claramente la conciliación de los intereses no es tarea fácil, por cuanto implica investigar acerca de las preocupaciones, necesidades, temores y deseos de las partes, idear soluciones creativas y hacer intercambios y concesiones en los casos en que los intereses sean opuestos. Por su parte, los derechos rara vez son claros y necesariamente implicará que las partes busquen a un tercero para determinar quién tiene la razón. Por último, ejercer el poder, implica una aptitud para forzar a alguien a hacer algo que de otra manera no haría, y por tanto imponer costos a la otra parte o amenazar con hacerlo. Luego de un lato análisis, frente a estos tres caminos se concluye que resolver la disputa conciliando intereses genera menos costos de transacción, mayor satisfacción de las partes con el resultado, menor tensión a largo plazo en la relación entre las partes y menor recurrencia de las disputas.

Sumado a lo anterior, Pérez Ragone y Copani³ señalan, que “...minimizar el análisis a datos numéricos del aumento de la litigiosidad es desatender otras causas, como la de una sociedad más interactiva, internacionalizada y globalizada y por ende nuevos fenómenos que eran desconocidos antes por los sistemas jurídicos. Y decimos sistema jurídico porque no podemos aislar las normas de derecho material con un crecimiento y modificación permanente, lo que contrasta con la lentitud de las adecuaciones procesales. El aceleramiento a los cambios sociales, la tecnificación e informatización han tenido un rol decisivo. El poder judicial recargado y elefantiásico debería asumir

² URI, William- BRETT, Jeanne- GOLDBERG, Stephen (1995). Como resolver las diputas - Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto.

³ PÉREZ RAGONE, Álvaro y COPANI, Juan (2006), Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil. ¿La justa realización del derecho material vs.la resolución de conflictos??.

un rol secundario y subsidiario. Las relaciones impersonales, anónimas y de masa desdibujan el conflicto y ponen en jaque al aparato estatal exigiéndole una eficiencia inalcanzable...”.

Esta idea, técnicamente razonable, en cuanto a poder definir qué mecanismo es el más acorde al tipo de conflicto que se pretende resolver⁴, en nuestro país ha generado durante largo tiempo una fuerte resistencia, en cuanto a consagrar legalmente otras formas de resolución de conflictos jurídicamente relevantes, distintas a la confrontacional, por lo que el juicio en nuestro país, no constituye la *última ratio*, sino el mecanismo principal o único de resolución de conflictos, y por ello, en cuanto acceso a la justicia, el profesor Carlos Peña⁵, señala que el Estado chileno no ha definido una política pública de acceso de calidad a la justicia, ya que si “...el objetivo a alcanzar puede ser definido como el de brindar la posibilidad, a los sujetos de derecho, de acceder a la tutela judicial o, de otro lado, ese mismo objetivo puede ser definido como la posibilidad de acceder con el menor costo posible a un procedimiento efectivo -no necesariamente judicial- de tutela de los propios derechos. La diferencia entre ambas formas de definir el objetivo de bienestar en estas materias, se aprecia fácilmente al advertir que la primera definición conduce, como objetivo de política pública, a la creación de más tribunales o a la mejora de su eficiencia, en tanto que la segunda definición puede conducir -y de hecho ha conducido en el derecho comparado- a diversificar las formas de resolución, alternando los mecanismos alternativos, y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto. De entre esas dos formas de definir los objetivos de una política pública en esta área -lo que he llamado el problema del óptimo social- creo que hay buenas razones para optar por el segundo objetivo en vez del primero, es decir, creo que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos. En otros términos, me parece a mí que es necesario tender a diseñar y alentar una protección accesible, plural y heterogénea, y no necesariamente jurisdiccional y estatal, de protección de derechos...”.

Son numerosos los factores que han contribuido en el ámbito civil y comercial, a no considerar necesaria la incorporación de mecanismos colaborativos, y particularmente de la mediación, sin embargo, destaca como relevante el desconocimiento del sustrato teórico y práctico en el que descansan la llamada resolución alternativa y el supuesto limitado y restrictivo de concebir como la única manera de enfrentar los conflictos de índole jurídica sea a través de la decisión de otros, sin que ello solucione en forma eficaz la disputa existente entre las partes. Dentro de los mecanismos de diálogo más usados tenemos la negociación propiamente tal, la mediación, los buenos oficios, la facilitación, la conciliación, y hoy en día emergen los dispute boards en el ámbito de la construcción⁶. En este contexto el esquema colaborativo de Harvard entiende la negociación como un proceso de comunicación entre personas, mediante el cual cada uno intenta satisfacer sus necesidades e intereses

⁴ El estudio de los alcances, etapas y naturaleza del conflicto a resolver, es fundamental tanto para determinar el mecanismo más idóneo. Ver REDORTA, Josep (2004), *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, en donde se aborda la problemática de la definición de conflicto y el concepto de gestión de los mismos.

⁵ PEÑA, Carlos. (2011). “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”.

⁶ Centro de Arbitraje y Mediación Santiago (2015). “Reglamento Dispute Board”. El Dispute Board o DB es un sistema alternativo y anticipado de resolución de controversias, en virtud del cual un panel de expertos independiente, constituido normalmente al inicio de la ejecución del contrato, ayuda a las partes a resolver sus desacuerdos a través de la asistencia informal y la emisión Recomendaciones o Decisiones, según el modelo que se adopte. Por su naturaleza, opera en contratos con cierto contenido técnico, que son de ejecución de mediano a largo plazo y en los que la solución oportuna de alguna desavenencia presenta un provecho especialmente atractivo para las partes.

(fenómeno dinámico de creación y distribución de valor). El negociador deberá trabajar tres áreas claves: personas, problema y proceso, considerando los 7 elementos del modelo, esto es, comunicación⁷; tipo de relación existente entre las partes; nivel de compromiso al que pueden llegar (acuerdos sustentables y eficaces); intereses⁸; opciones para solucionar el conflicto (posibilidades de acuerdo que nacen en la mesa de negociación y que satisfacen los intereses de ambas partes); criterios objetivos o estándares⁹; y alternativas¹⁰. La negociación necesariamente se vincula a la idea de proceso (no rígido, ni preclusivo), en el que distinguimos etapas: Primero ampliaremos el campo de la negociación, pasando de las posiciones a los intereses; luego fijaremos los límites del conflicto, trabajando los criterios objetivos y las alternativas; y finalmente generaremos propuestas para un acuerdo identificando las opciones que surjan de la mesa de negociación y que logren satisfacer los intereses de las partes.

1.- La mediación y sus principios.

Por su parte, y recogiendo estos elementos la mediación es un espacio de diálogo en el que, a través de un “proceso comunicacional”, un tercero imparcial sin poder decisorio, asiste a las partes en el intento de resolver un conflicto, incorporando los intereses prioritarios de cada una de ellas. Si la mediación es on line, el mediador utilizará la tecnología, como una herramienta para desarrollar la comunicación durante el proceso, a través de medios sincrónicos o asincrónicos (correos electrónicos, llamadas telefónicas, mensajes de texto, videoconferencias, etc.).

Sobre el particular, es importante tener presente que los Principios que forman la mediación difieren sustancialmente, de aquellos vinculados a lo confrontacional. En materia contenciosa prima la representación, en cambio, tratándose de estos mecanismos la regla general es el Protagonismo de las Partes, y consecuencia de ello, la necesidad de que comparezcan personalmente, ¿Por qué? En los juicios o en el arbitraje los directamente involucrados desaparecen para el proceso y son los abogados que exponen los hechos y sus alegaciones ante el tercero que juzga; en cambio, tratándose de la

⁷ Imprescindible Paul Watzlawick, quién desarrolla los llamados “axiomas de la comunicación humana”. Ver SUARES, Marinés (2005), Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas.

⁸ Los intereses son los temores, deseos, preocupaciones, esperanzas, necesidades de las partes, que definen el conflicto, siendo únicos en su significado, es decir cada uno los valora de manera particular (dos personas en una misma situación tienen intereses distintos, no responden un patrón común). Este concepto no debe confundirse con el de posición, que se refiere a la postura que inicialmente las partes adoptan en una negociación, de carácter rígida y que generalmente corresponde a lo que cada una de ellas “dice que quiere”, lo declarado (se acercan a la pretensión y contrapretensión procesal). Los intereses se vinculan con las necesidades humanas básicas, como seguridad, bienestar económico, sentido de pertenencia, reconocimiento y control sobre la vida propia. No solamente debo indagar en los intereses del otro, sino que además en los míos. Se debe negociar desde los intereses y no desde las posiciones, ello permite agrandar el abanico de posibilidades de solución al conflicto. Existe numerosa literatura acerca de este concepto, sin embargo es muy clarificador FISHER, R., URY, W., y PATTON, B.: Sí... ¡de acuerdo! Como negociar sin ceder, Grupo Editorial Norma, Colombia, 2009, pp. 51 y ss.

⁹ Los criterios objetivos son estándares, independientes de la voluntad de las partes, que sirven para evaluar la calidad de las opciones de solución, por ejemplo la jurisprudencia reciente sobre un determinado tema, el valor de mercado, la normativa aplicable, los costos, etc. La utilización de estos criterios objetivos nos permite legitimar el conflicto y nuestros intereses, de manera tal, que los argumentos dados en la mesa de negociación no responden a un capricho de la parte, sino que se sustentan en antecedentes concretos, haciéndolo legítimo y justo, sobre este punto DIEZ, Francisco y TAPIA, Gachi: Herramientas para trabajar en mediación, Paidós, Argentina, 2006, p. 102 y ss. Así por ejemplo, en materia de salud se utilizarán fichas clínicas, protocolos médicos, jurisprudencia que fije montos indemnizatorios, etc.

¹⁰ Las alternativas se refieren a la posibilidad cierta y real de las partes, de satisfacer sus intereses y necesidades fuera de la mesa de negociación. Este es un análisis fundamental a la hora de decidir cerrar o no una negociación y la decisión de acuerdo se tomará técnicamente, es decir considerando la mejor de mis alternativas frente a la opción de acuerdo, que surge en la mesa de negociación.

mediación, son las personas directamente involucradas quienes deben asistir al proceso, por cuanto son ellas quienes mejor entienden el alcance de sus intereses, y motivaciones respecto de la solución del mismo, cumpliendo el abogado fundamentalmente el rol de asesor.

En la mediación prima el Principio de *Voluntariedad*, es decir, no es posible constreñir a alguien para colaborar en la resolución de un conflicto. Otra cosa distinta, es que se establezcan instancias de mediación de manera obligatoria previo al ejercicio de acciones jurisdiccionales, lo que, como requisito procesal habilitante, no incide en la participación voluntaria en el proceso.

En materia jurisdiccional prima la Bilateralidad, en virtud de que se entiende que las partes están en igualdad de condiciones cuando tienen los mismos tiempos y oportunidades para hacer valer sus derechos; en cambio tratándose de mecanismos vinculados al diálogo, impera el Principio del *Equilibrio de Poder o Igualdad*, de carácter sustancial (no formal), en el sentido de que las partes solo estarán a un mismo pie, cuando manejan un nivel adecuado y similar de información acerca de los distintos ítems vinculados al conflicto que intentan resolver. Por ello, si se detecta que una de las partes carece de los elementos necesarios para tomar decisiones, el mediador, por ejemplo, sugerirá en audiencia individual, que se recabe la información necesaria para tomar decisiones en el proceso. La igualdad, entre dos personas, con distintas experiencias de vida, educación, y/o capacidades propias, solo puede alcanzarse a través del manejo y comprensión de la información, siendo el mediador el que debe velar por que ello se dé durante el proceso.

Sumado a lo anterior, y considerando la primacía absoluta de la publicidad de los procedimientos contenciosos, en los mecanismos colaborativos impera el Principio de la *Confidencialidad*, que se refiere a la reserva no solo de lo que se ventile en las sesiones conjuntas de mediación, sino que además cualquier antecedente acerca de sus intereses que las partes manifiesten al mediador, el que deberá preguntarles, si es que quieren que dicha información sea transmitida a la otra parte. Los involucrados en el proceso son los dueños de la información que se ventila en la mediación. Esta confidencialidad se extiende incluso a los terceros que han participado en él.

Finalmente, el Principio de la *Imparcialidad/Neutralidad/Equidistancia* (son tres conceptos distintos), pero estrechamente vinculados entre sí. La imparcialidad, es la actitud de no tomar partido por ninguna de las partes, debiendo el mediador dejar de lado valores y sentimientos, lo que resulta en la práctica, casi imposible. Por ello, se ha utilizado la expresión neutralidad, en el sentido de que los valores, y sentimientos del mediador, no constituyan un obstáculo en la conducción del proceso y, por lo tanto, es fundamental que el mediador tenga claro que le pasa a él con el caso particular, y cuáles son sus prejuicios, reflexionando sobre ellos, para que no dificulten la conducción del proceso. Finalmente, la equidistancia se identifica con la habilidad del mediador para asistir de igual forma a los participantes para que estos puedan expresar su versión del conflicto, sus intereses y necesidades, a lo largo de toda la mediación, otorgando las mismas posibilidades a ambas partes, por ejemplo, estableciendo tiempos similares para expresar las ideas, sesiones individuales para ambas partes, y una proximidad física y emocional semejante.

El desafío fundamental al que nos enfrenta la mediación dice relación con el cambio de paradigma respecto de la forma de resolver los conflictos: de una mirada absolutamente confrontacional, en

donde los argumentos de una parte se articulan con el propósito de desacreditar en forma absoluta los de la otra, a una visión colaborativa de la divergencia, de manera tal que se trabajen los intereses de ambas con respecto al hecho, considerando criterios objetivos, evaluando alternativas y creando opciones de acuerdo.

2.- Resolución de conflictos civiles y comerciales en nuestro país, y acceso a la justicia.

Pero, ¿Qué ha pasado en el ámbito civil y comercial en nuestro país?, ¿es necesaria la incorporación de la mediación? Desde el año 2004, en Chile se estudia y trabaja una posible Reforma Procesal Civil, que contemple una ley de mediación previa¹¹, tratándose de conflictos civiles y comerciales.

El diagnóstico respecto de la resolución de conflictos en este ámbito es demoledor, en cuanto a las problemáticas y quiénes acceden a resolver sus conflictos en el Poder Judicial, y al respecto el Informe Anual de Derechos Humanos de la UDP, en el Capítulo VIII vinculado al Derecho de acceso a la justicia civil en Chile señala que: "...desde hace años, se viene denunciando que la justicia civil se encuentra cooptada por grandes empresas como la banca y el retail que persiguen la cobranza de sus créditos, mientras los casos donde se discuten controversias de ciudadanos comunes y corrientes – como un problema de arriendo– representan una bajísima proporción de la carga de trabajo de los tribunales civiles. Algo similar ocurre en la justicia de policía local: se encuentra saturada, principalmente, por causas de infracción a la ley del tránsito y no pago del peaje electrónico (TAG), mientras que los problemas que afectan a los consumidores – una de las materias de competencia de estos tribunales– no alcanzan siquiera al 1,0% del total de causas ingresadas. A ello hay que añadir que existe una amplia gama de conflictos de baja complejidad y poca cuantía que no encuentran hoy en la justicia civil una respuesta ágil y accesible. Nos referimos, por ejemplo, a conflictos cotidianos –lo que se ha denominado pequeñas causas– como problemas por productos defectuosos, cobro de bajos montos de dinero o conflictos de convivencia vecinal, para cuyos involucrados el acceso a la justicia se ve lejano y costoso, principalmente por el tiempo y dinero que ello demanda y porque los procedimientos judiciales, por lo general, no son sensibles o no recogen las particularidades de este tipo de asuntos..."¹². Lo señalado evidentemente, nos demuestra que en el ámbito civil y comercial estamos muy lejos de poner brindar al ciudadano una tutela efectiva de sus derechos. A mayor abundamiento llevado a cifras el Informe señala que "...un estudio de 2011 (realizado con datos del 2009) elaborado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (en adelante, CEJA), representativo para la jurisdicción de Santiago, daba cuenta de dos aspectos medulares. El primero de ellos dice relación con la composición de los litigios que llegan a los juzgados civiles. El estudio muestra que el 96,4% de las causas terminadas en el año 2009 eran ejecutivas. De ellas, un 30% correspondía a gestiones preparatorias de la vía ejecutiva y un 61% a procesos de ejecución propiamente tales. Ello significa que el porcentaje de causas correspondientes a juicios ordinarios y sumarios no supera al 5% del total de causas ingresadas. En efecto, el estudio muestra que el procedimiento ordinario tiene una prevalencia ínfima dentro del tipo de ingresos en tribunales civiles

¹¹ En el último borrador de proyecto de ley se establecía que la mediación previa era voluntaria, pero excepcionalmente se entendía obligatoria, tratándose de causas relativas a cobro de pesos, arrendamiento de bienes, indemnización de perjuicios, partición de bienes y los asuntos de naturaleza vecinal cuya competencia le corresponda conocer a los jueces de letras. Dicho de otra manera la excepción era más amplia que la regla general.

¹² (Centro de Derechos Humanos UDP, 2017), p. 372).

(1,46%). Por su parte, el procedimiento sumario, diseñado precisamente para brindar una solución rápida a través de un procedimiento sencillo y verbal, según señala la ley, ocupa una proporción aún menor (0,98%) del total de causas ingresadas...”, “...Pero lo más llamativo de estas cifras es la escasa proporción de causas ejecutivas efectivamente terminadas. No más de un 8% llegan a una sentencia definitiva, concentrándose el grueso de las causales de término en las denominadas salidas tempranas, esto es, casos en que la demanda ejecutiva ni siquiera llega a notificarse. Esto se explica principalmente por la normativa tributaria vigente que exige a los acreedores para declarar incobrable una deuda haber requerido judicialmente de pago al deudor...¹³”.

Revisadas estas cifras, queda claro que muchos problemas civiles y comerciales no están ingresando a un sistema formal jurisdiccional contencioso de resolución de conflictos.

Considerando esta abrumadora realidad de la provisión de servicios de resolución de conflictos en el ámbito civil y comercial, es lamentable que habiendo transcurrido más de 15 años del inicio de la tramitación de la Reforma Procesal Civil, aún podamos leer y encontrar sentido al texto del Mensaje N° 398-357/ de 18 de mayo de 2009 de la Presidenta de la época Michelle Bachelet que daba origen al proyecto de ley destinado a reformar el Código de Procedimiento Civil, en él se señalaba que “...El verdadero acceso a la justicia se alcanza cuando ofrecemos a las personas una multiplicidad de opciones para alcanzar una real solución a sus problemas, sin importar la vía legítima por la cual se opte. El fin de la justicia y de la protección de los derechos no puede ser confundido con la asistencia a tribunales ni la existencia de procedimientos judiciales. Existen muchas otras formas de solución que alcanzan grados notables de eficiencia y que pueden acercar al ciudadano común a una satisfacción mayor que la que podría obtener por los mecanismos tradicionales.

Estamos convencidos que se requiere una nueva concepción del sistema de justicia civil. Las necesidades del Chile del Bicentenario no se satisfacen con la instauración de un nuevo procedimiento civil. Se requiere de un *Nuevo Sistema de Solución de los Conflictos Civiles y Comerciales*, que aleje la idea del enjuiciamiento civil como opción única, integrando una amplia visión de los diversos mecanismos alternativos de solución de conflictos existentes, tanto judiciales como extrajudiciales, siempre mediante simples y desformalizadas vías que permitan un real y efectivo acceso de las personas a la justicia. Un sistema que impulse la solución del arbitraje cuando aquellos mecanismos han fracasado o, cuando por su especial naturaleza no le sean aplicables, y que ubique al proceso judicial como última ratio, cuando ninguna de las posibilidades haya tenido éxito y se justifique entonces la actividad adjudicativa de la labor jurisdiccional...”.

Sumado a lo anterior, el Poder Judicial conforme al Plan Estratégico para el periodo 2015-2020 señala que la Misión de la institución es: “...Solucionar los asuntos de su competencia de manera clara, oportuna y efectiva, con plena vigencia de todos los derechos de todas las personas, contribuyendo así a la paz social y fortalecimiento de la democracia ...”, y añade que su Visión es “...Ser reconocido

¹³ Centro de Derechos Humanos UDP (2017), p. 372, agrega “...Datos recientes, obtenidos del Poder Judicial, 63 muestran una tendencia similar en términos de la proporción de causas ejecutivas, esta vez sobre el total del universo ingresado en la jurisdicción de Santiago, a varios años del estudio del CEJA. Gran parte de las causas ingresadas en el sistema de justicia civil, siguen siendo de tipo ejecutivas y/o gestiones preparatorias. Tabla 3 Total de ingresos civiles en jurisdicción de Santiago (2014-2016) Procedimiento 2014 2015 2016 Ejecutivo (y gestiones preparatorias) 93,4% 88,75% 93,92% Ordinario 4,88% 9,71% 4,38% Sumario 1,68% 1,47% 1,51% Otros 0,04% 0,07% 0,19 Total 100% 100% 100% Fuente: Elaboración propia en base a datos obtenidos del Poder Judicial...”

por la comunidad como la vía de solución de los asuntos de su competencia de manera pronta, justa y confiable...¹⁴”, pero ¿Podrá el Poder Judicial lograr estos objetivos solo ofreciendo el mecanismo de juicio? ¿Es posible entender la justicia cercana resolviendo los casos solo a través del proceso confrontacional?

No obstante, todo lo referido, y encontrándonos ante una pandemia mundial que no sólo generó múltiples consecuencias a nivel sanitario y económico, sino que también reveló profundas desigualdades en el acceso a la Justicia, se dictó la Ley N°21.226 que dispuso en el inciso 3° del artículo 8° de la citada norma, tratándose de mediación previa obligatoria en materia de familia o de cualquier otra exigencia, cuyo cumplimiento se torne difícil de satisfacer, en razón de las restricciones impuestas por la autoridad o de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria, como en el caso de la conciliación individual previa al procedimiento monitorio en materia laboral, que se sustancia ante la Inspección del Trabajo, la presentación de la demanda durante la vigencia del estado de excepción constitucional de catástrofe, podrá realizarse sin necesidad de acreditar el cumplimiento de dichos procesos no adversariales, desestimándose y prescindiendo de mecanismos a todas luces adecuados según la realidad que vivimos en tiempos de pandemia, donde parece muy evidente que la mediación y particularmente la on line es ese mecanismo adecuado, que podría abordar un gran volumen de los conflictos, sin embargo en nuestro país, este mecanismo no se encuentra consagrado.

3. Mediación civil o comercial en Chile.

La mediación “añade valor a la solución del conflicto”, permitiendo que la relación entre las partes pueda desarrollarse a largo plazo, generando confianza, e instando la armonía entre las distintas empresas u operadores del ámbito comercial. El ahorro de costos en cuanto a tiempo y recursos, haciendo además sostenibles las relaciones comerciales, son ventajas comparativas que presenta respecto del litigio y el arbitraje. Este proceso es una instancia flexible, que genera la oportunidad para las partes de explorar sus intereses comerciales, superar las hostilidades y posturas legales, elaborando soluciones creativas con orientación comercial. A diferencia de lo que ocurre en las negociaciones bilaterales, la intervención del mediador mantiene a las partes involucradas activamente en la búsqueda de una solución de ganancia mutua, explorando nuevas áreas de discusión, alentando a las partes a realizar evaluaciones realistas del caso, fijando parámetros razonables para negociar, y garantizando la participación igualitaria en el proceso.

El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago cuenta con un Reglamento Procesal de Mediación¹⁵ y un Código de Ética de los Mediadores¹⁶.

El primero establece en su artículo 12° que el “... mediador no tiene autoridad para imponer un acuerdo a las partes, sino que las ayudará a llegar a ellas mismas a una solución satisfactoria para su disputa.

El mediador está autorizado para dirigir el proceso de mediación, para lo cual podrá:

¹⁴ Poder Judicial (s.f.) Planificación estratégica 2015-2020

¹⁵ Centro de Arbitraje y Mediación Santiago (2000). “Reglamento Procesal de Mediación”.

¹⁶ Centro de Arbitraje y Mediación Santiago (2012). “Código de ética”.

- a) Convocar a las partes a sesión conjunta o privada;
- b) Poner término al proceso de mediación si considera que este mecanismo no podrá contribuir a la resolución de la disputa.
- c) Sugerir a las partes que obtengan el asesoramiento de un experto en las cuestiones legales y técnicas que sean parte de la mediación.
- d) Adoptar las demás medidas adecuadas para la conducción del proceso de mediación.

Por su parte, el Código de Ética de los Mediadores¹⁷ consagra en el artículo 6º que “...Al iniciar la mediación, 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.

Explicará a las partes el rol de un mediador, así como el papel que desempeñan durante el proceso, ellas y sus respectivos abogados, si los hubiere. El mediador deberá estar abierto a contestar cualquier inquietud de las partes y se asegurará de que éstas hayan comprendido y aceptado toda la información. El mediador deberá abstenerse de hacer promesas o de dar garantías acerca de los resultados de la mediación...”.

Este Centro presta el servicio de mediación desde el año 1997, habiéndose realizado hasta la fecha, más de 300 procesos de mediación, y si analizamos los ingresos entre los años 2014 (11) y 2019 (38), estos se incrementaron en un 245%¹⁸.

En dicho periodo, se ha modificado la comparecencia de las partes al proceso de mediación, ya que han aumentado las mediaciones en las que ambas partes, solicitante y solicitada, participan en el proceso, es decir, se sentaron a conversar. En efecto, muchas mediaciones no podían realizarse por cuanto la parte solicitada no accedía a participar, así en el año 2014, del total de mediaciones realizadas, en un 45,5% de los casos no compareció una o ambas partes; en cambio en el 2019, este porcentaje descendió a un 26%¹⁹. La comparecencia de las partes es vital para la realización de la mediación, y por ello, desde fines de 2018, los mediadores contactan a las partes solicitante y solicitada, previo al despacho de las citaciones por carta certificada a la primera audiencia, a fin de explicarles las ventajas de participar en un proceso de mediación.

En cuanto al porcentaje de acuerdos alcanzados en el año 2019, estos ascienden a un 26%, sobre el total de mediaciones anuales, lo que implica que se subió 17 puntos porcentuales, respecto del año 2014 (9%)²⁰. Respecto de la necesidad de cláusula escalonada que contemple la mediación y que permita las partes acceder a este mecanismo, durante los últimos años, comenzaron a incrementarse las mediaciones voluntarias, es decir, aquellas en las que no existe dicha cláusula, y en el año 2019 las mediaciones voluntarias representaron un poco más del 28,9% de las solicitudes totales de

¹⁷ Centro de Arbitraje y Mediación Santiago (2012).

¹⁸ ASTETE, Benjamín; LAGOS, Soledad y OLIVARES, David. (2020).. (2020). “Estadísticas sobre mediaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, durante el último sexenio 2014-2019, al 27 de abril de 2020.”

¹⁹ ASTETE, Benjamín; LAGOS, Soledad y OLIVARES, David. (2020).

²⁰ ASTETE, Benjamín; LAGOS, Soledad y OLIVARES, David. (2020).

mediación ingresadas, es decir, casi un tercio del total. Entre el 2014 y el 2019 la mediación voluntaria, es decir sin cláusula de mediación previamente pactada, se incrementó un 1000%²¹.

Tanto parte solicitante como solicitada, son principalmente personas jurídicas, y ello determina la complejidad del proceso de mediación en este ámbito, por cuanto tratándose de las entidades asociativas, muchas veces confluyen representantes legales, abogados, y mandos intermedios, cuyos intereses no necesariamente se identifican.

Considerando el total de mediaciones en que no se logró un acuerdo durante el período (117 causas concluidas), en 58 de ellas se inició un arbitraje con posterioridad al término del proceso de mediación, lo que representa el 49,6% del total de las terminadas sin acuerdo²². Sobre este punto, es importante tener presente qué tratándose de la mediación, el porcentaje de mediaciones en que no se logra un acuerdo, no necesariamente equivale al número de arbitrajes iniciados, ello porque en muchos casos, en que no se logró un acuerdo, no se inician acciones posteriores. Son variadas las causas que pueden incidir en ello: costo del arbitraje, tiempo requerido para el pronunciamiento de un tercero, etc. Además, en un 25% de los arbitrajes actualmente concluidos (iniciados post mediación), se logró un acuerdo o un avenimiento, es decir, finalizaron a través de una forma negociada.

En cuanto a la duración promedio del proceso, de las mediaciones concluidas en acuerdo, el tiempo promedio en llegar a acuerdo es de 3 meses (90 días), y tratándose de los arbitrajes, iniciados con posterioridad a la mediación, el tiempo promedio en dictar sentencia es de un año y 3 meses (448 días)²³.

Si revisamos la tipología de conflictos que se median, podemos visualizar incumplimiento de contrato; cumplimiento imperfecto o tardío; cantidad adeudada; solicitud de restitución; disolución de sociedad; término del contrato; y diferencia en la interpretación de ciertas cláusulas del contrato. En cuanto a materias mediadas, se han abordado temáticas comerciales en el rubro inmobiliario; de la construcción; financiero; societario; y de los recursos naturales²⁴.

La experiencia de proveer el servicio de mediación nos ha demostrado en el ámbito comercial, que el mecanismo utilizado no sólo habla de la forma de resolver los conflictos, sino también, de cómo se crean nuevas relaciones comerciales o se mantienen en el tiempo, pudiendo apreciarse muchas veces profundas asimetrías entre los co-contratantes, desigualdades que se hacen más evidentes al no estar consagrada la mediación como mecanismo de acceso para todos, ya que no se provee a las personas que tienen conflictos comerciales herramientas y espacios concretos de diálogo, que les permitan replantear la forma en que deben relacionarse y resolver sus diferencias. En un país tan desigual como Chile, que las personas se sienten una mesa a conversar, frente a un tercero imparcial, es mucho más que desjudicializar los tribunales; es cambiar, nuestra forma de hacer las cosas, nuestra cultura.

²¹ ASTETE, Benjamín; LAGOS, Soledad y OLIVARES, David. (2020).

²² ASTETE, Benjamín; LAGOS, Soledad y OLIVARES, David. (2020).

²³ ASTETE, Benjamín; LAGOS, Soledad y OLIVARES, David. (2020).

²⁴ ASTETE, Benjamín; LAGOS, Soledad y OLIVARES, David. (2020).

4.- Provisión del servicio de mediación durante crisis social de octubre 2019 y pandemia de 2020.

Dados los acontecimientos en nuestro país, en octubre del año pasado el CAM Santiago ofreció un Programa para Pymes, sin costo, pudiéndose detectar ciertas características del conflicto civil y comercial. Una gran mayoría de los conflictos no se resuelven, fundamentalmente considerando la cuantía de lo disputado versus el costo del proceso contencioso para hacer efectiva la tutela jurisdiccional; las personas no tienen noción de la mediación como mecanismo válido de resolución de conflictos; y finalmente, que si se pone a disposición de los usuarios un servicio gratuito y de calidad de mediación, lo utilizan; Al contactar a las partes y particularmente a la solicitada, la respuesta muchas veces era “yo no converso, mi abogado me dijo que nos viéramos en tribunales”, sin embargo, y no obstante, este escenario adverso, mediadores capacitados, y comprometidos con los procesos, lograban revertir esa situación, y que las partes decidan voluntariamente abordar el conflicto desde otra perspectiva y co-construir acuerdos.

Dicho lo anterior, y ante una nueva crisis, esta vez sanitaria, se comenzaron a producir diversos incumplimientos de obligaciones contraídas por las partes en múltiples contratos, compra de bienes, entre otros. Para evitar en el corto plazo una avalancha de juicios entre partes, que genere confrontación, o que en definitiva los conflictos no se resuelvan, por falta de acceso a la justicia ordinaria, la Cámara de Comercio de Santiago, puso a disposición de la comunidad 1000 mediaciones pro bono, las que se realizarían vía on line por mediadores debidamente capacitados, respecto de conflictos cuya cuantía no excedan de 3000 UF. Para asegurar la prestación de un servicio de calidad, se suscribió un Convenio con el Colegio de Mediadores, a fin de que los mediadores inscritos en el registro de dicha entidad, formen parte del Programa.

Transcurridos 5 meses, desde el inicio del Programa, pudimos constatar que algunos procesos se desarrollan como negociación asistida, en el entendido, que una vez determinados los intereses de las partes (por ejemplo, cumplir la obligación, pero en un plazo mayor), no es necesario una mayor intervención, y es posible transitar a las opciones de acuerdo. En otros casos, dicha dinámica no se da, y el proceso tendrá la forma de una mediación y se generarán audiencias individuales y conjuntas, según sea la necesidad del proceso.

Además, el porcentaje de acuerdo se incrementó, alcanzando el 50 % de los casos terminados, siendo particularmente exitosa la mediación tratándose de contratos de arriendo.

5.- Desafíos y nuevos paradigmas en la creación de relaciones comerciales, y en la resolución de los conflictos que se generen, de manera eficiente, oportuna, y a un costo acotado.

El 17 de junio del presente año Mario Marcel, presidente del Banco Central, presentó el Informe de Política Monetaria (IPOM) de junio ante la comisión de Hacienda del Senado, y señaló “Tenemos que reconocer que la capacidad técnica y la creatividad no son suficientes para reemplazar la cooperación y el diálogo. En este episodio hemos constatado que no hay ningún actor que por sí solo

pueda resolver los problemas más apremiantes del país y que cuando alguno trata de hacerlo, pronto comete errores que debilitan su confiabilidad²⁵”.

Una de las lecciones que ha mostrado esta crisis es que lo colaborativo y la resolución de los conflictos es vital en el desarrollo de las relaciones comerciales y es importante reflexionar sobre como el Derecho fomenta la cooperación y el diálogo, y satisface de manera eficiente la resolución de los conflictos concretos de las partes.

Es evidente, que para el desarrollo de las relaciones comerciales se requiere una normativa adecuada que fomente relaciones de confianza entre los actores comerciales y permita la resolución de las diferencias entre los co-contratantes. Es necesario de manera urgente y prioritaria contar con la normativa que permita estructurar y diseñar políticas públicas coherentes en el ámbito civil y comercial, que consideren en el centro los principios que informan los mecanismos colaborativos difieren sustancialmente, de aquellos vinculados a lo confrontacional.

Una de las dificultades de los procesos de mediación, es la intervención de los abogados. En efecto, de acuerdo al trabajo sobre “La mediación en asuntos comerciales como instrumento de competitividad y desarrollo empresarial en Chile. Premisas para una propuesta de lege ferenda”²⁶, se les consultó a los abogados si antes de iniciar un juicio o arbitraje suelen reunirse directamente con la contraparte para negociar una solución (omitiéndose la referencia a la mediación), frente a lo cual, el 14,8% aseguró que jamás se había reunido con la contraparte antes de judicializar el problema; 37,8% afirmó que lo hacía de vez en cuando; el 37% por su parte, aseguró que casi siempre lo hacía; y el 10,4% de los encuestados afirmó que siempre se reúne con la contraparte a negociar.

Además, se les consultó a los abogados, si han participado en un proceso de mediación en el último año, y en caso afirmativo, con qué frecuencia, señalando el 37,1% que no había participado nunca en una mediación; el 37,1% dijo haber participado entre 1 y 2 veces; el 15,7% respondió que entre 3 y 5 veces; el 2,1% respondió que entre 6 y 10 veces; y el 7,9% afirmó haber participado en más de 10 oportunidades.

Sin embargo, considerando las respuestas previas sobre negociación y mediación (mecanismos absolutamente vinculados en la práctica), llama profundamente la atención que consultados los abogados si, ante un conflicto ya existente, privilegian la posibilidad de la mediación de un tercero como estadio previo al proceso judicial o arbitral, indicando el 54,5% que nunca han buscado la mediación; el 37,2% contestó que solo de vez en cuando; el 6,9% aseguró que casi siempre lo hace; y sólo el 1,4% afirmó que siempre busca la mediación de un tercero.

Estas cifras nos demuestran que en materia comercial, la negociación y la mediación, mecanismos que conforme la naturaleza de los conflictos y relaciones que se desarrollan en ese ámbito debieran ser parte de los servicios ofrecidos por los profesionales que asesoran a empresas, ya sea en la celebración de contratos o en la resolución de los conflictos que se suscitan, no forman parte, en

²⁵ <https://www.bcentral.cl/contenido/-/detalle/presidente-del-banco-central-presento-informe-de-politica-monetaria-ipom-de-junio-de-2020>.

²⁶ JEQUIER LEHUEDE, Eduardo (2016). “La mediación en asuntos civiles y comerciales y su vinculación con el proceso civil en Chile. Estudio de *lege ferenda* a partir de los resultados de encuestas dirigidas a abogados, jueces y empresarios chilenos”.

términos generales, de dicha asesoría, y por lo tanto, el aporte para los procesos colaborativos que se desarrollan se ve mermado.

Los mecanismos no adversariales se vinculan y recogen lo colaborativo, en cuanto presuponen la generación de un espacio de diálogo en el que las partes trabajan en conjunto una problemática, lo que implica necesariamente generar confianza, ya que sin ella no es posible concebir la “colaboración”, para lograr el propósito común buscado: la solución del conflicto.

Por ello, es necesario una normativa que impulse Políticas Públicas que insten el diálogo y la generación de confianza en el ámbito civil y comercial, a fin de garantizar el acceso a la justicia de todos quienes la requieran, y por ello el anuncio de que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ingresó al Congreso el proyecto de ley²⁷ que introduce modificaciones al sistema de justicia, dada la suspensión del 80% de las audiencias judiciales, a consecuencia de la emergencia sanitaria, proponiéndose la incorporación de un nuevo artículo 3° bis en el Código de Procedimiento Civil, con el siguiente tenor “La conciliación, la mediación y en general los métodos autocompositivos de resolución de conflictos deberán ser promovidos por los abogados, los funcionarios de la administración de justicia y por los jueces. En caso alguno se entenderá que la mediación sustituye o impide la garantía de tutela judicial efectiva”.

Dado el tenor de esta propuesta, esperamos que la promoción de mecanismos rad en nuestro país permita comprender a la JUSTICIA, como una forma solución eficaz de los conflictos, y accesible, para quienes los padecen, considerando en un primer peldaño, la mediación, que, si no prospera de paso a un juicio o un arbitraje, considerado efectivamente la *última ratio*.

Bibliografía citada.

ASTETE, Benjamín; LAGOS, Soledad y OLIVARES, David. (2020). “Estadísticas sobre mediaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, durante el último sexenio 2014-2019, al 27 de abril de 2020.” Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/articulos_online/2014-2019_Estadisticas-Unidad-Mediacion.pdf> [consulta:43 de septiembre de 2020].

Centro de Arbitraje y Mediación Santiago (2000). “Reglamento Procesal de Mediación”. Disponible en: < http://www.camsantiago.cl/files/reglamento_mediacion.pdf> [consulta: 3 de septiembre de 2020].

Centro de Arbitraje y Mediación Santiago (2012). “Código de ética”. Disponible en: http://www.camsantiago.cl/files/codigo_etica.pdf [consulta: 3 septiembre 2020].

Centro de Arbitraje y Mediación Santiago (2012). “Código de ética”. Disponible en: http://www.camsantiago.cl/files/codigo_etica.pdf [consulta: 3 septiembre 2020].

Centro de Arbitraje y Mediación Santiago (2015). “Reglamento Dispute Board”. Disponible en: <http://www.camsantiago.cl/doc/reglamentos-DB.pdf> [consulta: 3 septiembre 2020].

²⁷ Boletín N° 158-368 (2002).

Centro de Derechos Humanos UDP (2017) “Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile 2017”. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2017/8-acceso%20a%20la%20justicia.pdf> > [consulta: 3 septiembre 2020].

GARCÍA MUÑOZ, Pedro (2020). “Informe de la justicia civil en tiempos de covid”. Disponible en: <http://reformasalajusticia.uc.cl/noticias/251-estudio-revela-que-solo-un-2-9-de-causas-civiles-del-pais-se-suspendieron-en-pandemia-26-mil-de-917-mil> > [consulta: 3 septiembre 2020].

DIEZ, Francisco y TAPIA, Gachi (2006): *Herramientas para trabajar en mediación*, Paidós, Argentina, p. 102 y ss.

FISHER, Roger; URY, William y PATTON, Bruce. (2009) *Sí... ¡de acuerdo! Como negociar sin ceder*, Grupo Editorial Norma, Colombia, pp. 51 y ss.

JEQUIER LEHUEDE, Eduardo (2016). “La mediación en asuntos civiles y comerciales y su vinculación con el proceso civil en Chile. Estudio de *lege referenda* a partir de los resultados de encuestas dirigidas a abogados, jueces y empresarios chilenos”. Disponible en: [http://www.mascchile.utralca.cl/docs/encuestas/Mediacion_Empresarial_y_proceso_civil_\(Encuestas_Chile_2016_Anillo_color\).pdf](http://www.mascchile.utralca.cl/docs/encuestas/Mediacion_Empresarial_y_proceso_civil_(Encuestas_Chile_2016_Anillo_color).pdf) > [consulta: 3 septiembre 2020].

LILLO, Ricardo (2020). “La justicia civil en crisis. Un estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal)”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol.47 N°1, pp.119-157.

LETELIER VELASCO, Macarena y OSSES GARRIDO, Claudio (2019). “Convención de Singapur, no solo el clima está cambiando”. *Revista de la Comisión de Arbitraje*, pp.210-222.

PEÑA, Carlos. (2011). “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf > [consulta: 3 de septiembre 2020].

PÉREZ RAGONE, Álvaro y COPANI, Juan (2006). “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil. ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución de conflictos?”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVII, pp.155-183.

Poder Judicial (s.f.) *Planificación estratégica 2015-2020*. [Presentación]. Disponible en: <http://www.aprajud.cl/articulo-archivo/plan.pdf> > [consulta: 3 de septiembre 2020].

SUARES, Marinés (2005) *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Editorial Paidós, Argentina, pp.117 ss.

Normas Citadas.

Orden de Servicio N° 1, de 30.01.02, *crea y ordena un Sistema de solución alternativo de conflictos laborales colectivos*. (Boletín Oficial N° 158, marzo 2002, p. 100).

Ley N° 19.968 *Crea los Tribunales de Familia*, *Diario Oficial*, 30 de agosto de 2004.

Ley N° 19.966 *Establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud, Diario Oficial, 03 de septiembre de 2004.*

Ley N° 20.168 *Modifica la Ley N° 19.537, sobre copropiedad inmobiliaria para facilitar la organización y administración de los condominios de viviendas sociales, Diario Oficial, 14 de febrero de 2009.*

Ley N° 20.529, que modificó Ley N° 19.537 *sobre Copropiedad Inmobiliara, Diario Oficial, 16 de diciembre 1997.*

Ley N° 21.226 *Establece un Régimen de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicios de las acciones que indica por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile, Diario Oficial, 14 de febrero de 2020.*