

Sistemas Alternos de Solución de Disputas y Acuerdo de Mediación

Luis Figueroa Díaz *

El presente trabajo se centra en caracterizar el acuerdo de mediación, como un nuevo método para la solución de controversias, buscando en un proceso paralelo, crear una nueva cultura del conflicto, que permita mejorar los medios de negociación y propuestas de solución, mediante formas extrajudiciales más flexibles.

This work focus in the agreement of mediation, like a new method to resolve the controversies, looking for in a parallel process, make a new culture of conflict that let improve the ways of negotiation and proposal of solution, trough more flexible judicial forms.

Sumario: 1. Introducción. / 2. Mediación: su diferencia con la transacción, el arbitraje y la conciliación. / 3. La cláusula de mediación y la naturaleza del documento de mediación. / 4. La cultura de la mediación como contenido de los acuerdos.

1. Introducción

Reconocidos en nuestro derecho positivo como medios alternos de solución de conflictos, lo son: el arbitraje, la transacción y la conciliación.

Estos métodos son resultado de la negociación de intereses, siempre presentes en cualquier disputa de índole jurídica. El principio radica en la tesis según la cual, las partes pueden ante cualquier controversia, acudir a una instancia distinta a ellas para que ésta intervenga en el desacuerdo.

Esa intervención se presenta, sin embargo, en distintos grados o intensidades; ya sea porque se trate de un método donde las partes han dado el poder a otro de fallar la solución, que es muy común en el arbitraje, o que le otorguen sólo una capacidad de dictamen especializado, situación que se da en la conciliación; o se le dote de la facultad de dirigir un proceso de negociación.

Expresado lo anterior por la doctrina, ésta explica que los jueces estatales son básicamente subsidiarios de la actividad de las partes, puesto que éstas pueden someter sus asuntos a "personas privadas de jurisdicción". ⁽¹⁾

En estas formas de solución de disputas, se inscribe el método que ha dado en llamarse mediación, cuyas peculiaridades son diversas y merecen un análisis aparte.

Así, el propósito de este trabajo se centra en analizar un aspecto muy concreto de esta técnica: caracterizar y diferenciar el documento o acuerdo de mediación, porque no es lo mismo el producto de un procedimiento de solución de conflictos tradicional al de uno formado en este nuevo método. ⁽²⁾

* Profesor-investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana; adscrito al Departamento de Derecho de la Unidad Azcapotzalco.

1 José Becerra Bautista, El proceso civil en México, México, ed. Porrúa, 1979, p.16.
2 Incluso en el más conocido de los medios alternos de solución de disputas, que es el arbitraje, pueden observarse diferencias puesto que Pallares lo califica de una "importancia procesal negativa", en tanto Zanzucchi, lo cataloga como un positivo sustituto de la jurisdicción, (ver José Becerra Bautista en su obra "El proceso civil en México").

2. Mediación: su diferencia con la transacción, el arbitraje y la conciliación

Lo que se sigue de lo anterior, es que los jueces tienen por las mismas limitaciones impuestas por el avance del conocimiento, por los costos que implican los juicios, por la saturación de casos, por la lentitud de los procesos; que recurrir a ciertos auxiliares de la labor juzgativa.

De ellos, el arbitraje, que ha sido una de las técnicas más recurridas para evitar el pleito, se le ha utilizado más en el terreno del derecho mercantil o comercial, siendo poco frecuente encontrarlo asociado con problemas comunitarios y sociales.

El arbitraje es así una institución incorporada en los códigos en México desde 1890, y a escala mundial a partir de la llamada justicia corporativa surgida en los siglos XII o XIII.⁽³⁾

Ha sido un método ligado y construido basándose en el rigor de la norma jurídica, pues los procedimientos arbitrales están detallados en las leyes minuciosamente. La prueba es una parte determinante para el laudo y las soluciones. Es en síntesis, formal, probatorio, y definido por reglas y procedimientos en sus distintas etapas.

En el arbitraje, lo que suele determinar la conveniencia de la jurisdicción privada es el carácter especializado del personaje que ha de emitir el laudo.

La Ley Federal de Protección al Consumidor, establece en sus artículos 117 y siguientes, el procedimiento arbitral, indicando que si bien la Secretaría de Economía debe llevar una lista de árbitros independientes, éstos deben estar registrados oficialmente y cumplir con normas de inscripción y calificación definidas.

En el derecho internacional puede encontrarse algo semejante aun cuando no se trate precisamente de arbitraje. Verbigracia, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), se lee en el artículo 1903 lo relativo a las características que deben reunir los panelistas que intervengan en conflictos entre los signatarios; y en la parte final del párrafo primero del anexo 1901.2, se determina que dichos panelistas serán probos, gozarán de gran prestigio y buena reputación, y

estarán escogidos estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad general con el derecho comercial internacional.⁽⁴⁾

En este tratado de comercio internacional entre los países de América del Norte, se busca un grado de especialización específico en los solucionadores, pues no se hace referencia a que dominen el derecho mercantil de sus países de origen, sino que se plantea que conozcan del derecho internacional comercial.

Por su parte, la conciliación debe ser también construida basándose en la organización de instancias oficiales, cuya responsabilidad es seguir un procedimiento fijado por la norma.

Estos ejemplos me permiten destacar que, en el arbitraje o en la conciliación, se busca una solución que sea por decirlo de alguna forma "impuesta" a las partes, esto es, proviene de la acertada intervención del experto, que comparando las distintas posiciones, aplica su criterio de especialidad.

El problema radica entonces, en garantizar la buena fe del árbitro, pues si el fallo no es convincente en su objetividad para una de las partes, queda evidentemente desilusionado de haber acudido a este tipo de instancia, además de que resulta ser perdedor en el asunto.

Por otra parte, y como ya lo he afirmado en otros artículos, el arbitraje y de igual forma la conciliación, siguen una lógica de razonamiento muy apegado a la práctica legal y en ocasiones sin mayor flexibilidad.

En consecuencia, lo que hace distinto al arbitraje y la conciliación de la mediación, es que ésta no se genera a partir de un contexto estrictamente legal. Como en el ámbito contractual, la propuesta surge de la iniciativa de las partes. Y señalo esto, porque como lo explico a continuación, el derecho contractual tampoco es un referente total para la mediación.

Efectivamente, la transacción, como figura jurídica contractual, se cataloga como un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura según indica el artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal vigente (en adelante Código Civil).

Incluso, señala el artículo 2953 del código citado que la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá

3 Humberto Briseño Sierra, El arbitraje comercial. Doctrina y legislación, México, ed. Limusa, p. 53.

4 Luis Malpica de la Madrid, El sistema mexicano contra prácticas desleales de comercio internacional y el TLCAN, México, ed. UNAM, 1996, p. 170.

pedirse la nulidad o la rescisión de aquélla en los casos autorizados por la ley; esto es, cuando verse sobre delito, dolo y culpa futuros, sobre la acción civil que se derive de un delito o culpa futuros, sobre sucesión futura, sobre herencia, antes visto el testamento, si lo hay; y sobre el derecho de recibir alimentos, (artículo 2950 del Código Civil). Tampoco se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio (artículo 2948 del Código Civil).

Es notorio que la transacción es conexa o dependiente de un juicio, que quizá por alargado y costoso para las partes, obliga a éstas a llegar a una negociación.

Lo que hay que destacar es que cuando se presenta la transacción, se encuentran las partes en un ámbito semejante a la figura de la conciliación, pues ambas se basan en los derechos ya expuestos ante el juzgador, lo que a veces, puede ser un impedimento para encontrar una solución que beneficie a ambas partes, puesto que para que se llegue a una postura de este tipo, ello suele ser cuando se renuncian a ciertas expectativas basadas en la ley.

Pero además, esta situación de la renuncia de expectativas de derechos en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos de conciliación es de estricto derecho, por lo que en muchos casos no es permitida.

Tratándose de la transacción, el artículo 2962 del Código Civil señala que éstas deben interpretarse estrictamente y sus cláusulas son indivisibles, a menos que otra cosa convengan las partes.

Estas características de la transacción hacen de ella, reitero, una forma asociada al litigio, lo cual es un criterio que parece prevalecer en la doctrina, pues considera a esta figura como un contrato civil con repercusiones procesales, observando que existen diversas materias en las que hay impedimentos para transaccionar. ⁽⁵⁾

No obstante lo anterior, puede tenderse a considerar que son semejantes la mediación y la transacción.

En la práctica de los medios alternos de solución de disputas puedo citar al respecto, el reglamento de mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México, que hace alusión a la transacción relacionándola con la mediación, al señalar en su artículo 6 que un mediador puede, en cualquier etapa del

procedimiento, formular propuestas para una transacción de una controversia. ⁽⁶⁾

En consecuencia, la mediación como método se ha concebido sin asociarse necesariamente a una práctica litigiosa y tampoco únicamente como un mecanismo para la solución de un proceso juzgatorio ya iniciado.

Efectivamente, lo que se busca en los programas de mediación es que resulte en la mayoría de las situaciones en una labor preventiva que conduzca a una nueva cultura de negociación. ⁽⁷⁾

Soy así, de la opinión de que su resultado, esto es, el acuerdo de mediación es un instrumento aún más flexible que la transacción en tanto esta última está ligada a una causa procesal y aquél no.

En este sentido, los mediadores pueden proponer documentos, síntesis después de las pláticas de mediación, que más adelante pueden adquirir el carácter de verdaderos acuerdos jurídicos. ⁽⁸⁾

Pero por otra parte, sostengo que un segundo argumento de diferenciación radica en que un acuerdo de mediación no concluye necesariamente en un contrato o en un convenio y tampoco debe revestir este carácter, situación que ampliaré más adelante.

Retomando el caso del reglamento de la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México antes citado, se alude al llamado "acuerdo escrito de mediación", cuando indica en su artículo 15 que un procedimiento de mediación puede terminar por la firma de un acuerdo de transacción por las partes. Desafortunada redacción que mezcla el vocablo transacción con el de mediación, cuando una forma más apegada sería, desde mi perspectiva, distinguir ambos instrumentos de solución alterna de conflictos, puesto que aunque el artículo 2944 señala que la transacción previene una futura controversia; es opinión doctrinal que generalmente la transacción se presenta como la figura característica de autocomposición bilateral.

Es un negocio jurídico a través del cual las partes encuentran mediante el pacto, por medio del acuerdo de

5 Al respecto ver a Rafael de Pina, *Derecho Civil Mexicano*, ed. Porrúa, 1977, p. 162.

6 Reglamento de mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CNCCM), México, 2001.

7 En la provincia del Chaco, Argentina, mediante la ley 4711 se ha creado el Plan Provincial de mediación escolar, que expresa muy adecuadamente este propósito, señalando que la mediación es una forma de educar en valores, por lo que propone evaluar la aplicación de técnicas de resolución alternativa de disputas en el ámbito educativo.

8 Véase la obra de Bennctt G. Picker, *Guía Práctica para la mediación*, ed. Paidós, Buenos Aires, 2001, pp. 43-44.

voluntades, la solución de la controversia o del litigio.⁽⁹⁾

La transacción así, puede citarse como un ejemplo donde las partes de manera constructiva, creativa y de por sí, diseñan un acuerdo de negociación. Pero desde mi punto de vista esto no es del todo exacto, puesto que la transacción es una labor en la que intervienen estrictamente los abogados de conformidad con las estrategias y armas mostradas durante el litigio; situación donde las partes terminan firmando un contrato para establecerse ciertas obligaciones y contar así con una expectativa de cumplimiento.

3. La cláusula de mediación y la naturaleza del documento de mediación

Es menester subrayar que en la realidad jurídica nacional existe una carencia de estudios jurídicos que profundicen en el documento base de la mediación, esto es, responder a las preguntas: ¿qué naturaleza tiene un acuerdo de mediación?, ¿es un contrato?, ¿es un convenio?

Cuando se lee el modelo de cláusula de mediación propuesta por la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México se entiende que ésta aduce a que en caso de una controversia derivada de un contrato, pueden las partes llegar a una transacción amistosa de la controversia mediante la mediación.⁽¹⁰⁾

A lo que hace referencia este artículo de dicho reglamento es a incluir en los contratos de cualquier índole comercial, una política de mediación y negociación empresarial que lleve a las partes a intentar la mediación, pero como muchos instrumentos de su clase, no indica el tipo de documento para plasmarla, aludiendo indistintamente a la transacción, al acuerdo o a un convenio.⁽¹¹⁾

Sin embargo, una cuestión radica en la cláusula de mediación en los contratos para que se practique ésta, y otra es elaborar un documento que recupere el procedimiento de mediación.

Este último es el que permite distinguir la mediación de la transacción o de otras figuras de conciliación y arbitraje, puesto que ese documento debe redactarse como producto de un convencimiento y participación directa de las partes en conflicto, que bien pueden estar asesoradas jurídicamente, pero que en definitiva no ofrecen cumplir determinadas condiciones basándose en un contrato o convenio, sino que se esfuerzan en encontrar puntos de convergencia entre ellas y asumirlos como los cambios propios para mejorar las relaciones que se presenten a futuro.

Así, la mediación se cita como un método que puede mejorar el proceso de comunicación y negociación trabajando con las partes a efectos de aclarar malentendidos, alentar a las partes a hacer evaluaciones realistas, proponer soluciones mutuamente aceptables, o garantizar la equidad del proceso.⁽¹²⁾

Esto es, la mediación se presenta como una alternativa no sólo de solución sino para crear una nueva cultura del conflicto.

Por ello, mi opinión es en el sentido de caracterizar el resultado de una mediación por escrito, como un acuerdo de mediación con un sentido y contenido distinto al de un convenio o un contrato o una transacción.

Sin embargo, la confusión persiste cuando se comparan las propuestas. Así por ejemplo; la Asociación Americana de Arbitraje indica que la mediación puede terminar por un acuerdo conciliatorio entre las partes, en tanto el reglamento de mediación de la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad de México dice en su artículo 15, que concluye por la firma de un acuerdo de transacción.

4. La cultura de la mediación como contenido de los acuerdos

La mediación es pues, un método a través del cual las partes mediante su participación activa y sin la autoridad estatal, crean acuerdos mucho más flexibles y propositivos con relación a la transacción o la conciliación formal o el arbitraje.

9 Cipriano Gómez Lara. Teoría general del proceso, México, ed. UNAM, 1979, p. 38.

10 Artículo 22 de dicho reglamento.

11 Por ejemplo, en Estados Unidos de América, la Asociación Americana de Arbitraje en sus modelos documentales de mediación incluye una cláusula en que las partes asociadas, deben sujetarse al programa de mediación implementado por esa corporación, dejando a salvo desde luego sus derechos para ser ejercitados en juicio.

12 Bennet G. Picker, op. cit., pp 17-18.



La transacción es una labor en la que intervienen estrictamente los abogados de conformidad con las estrategias y armas mostradas durante el litigio; situación donde las partes terminan firmando un contrato para establecerse ciertas obligaciones y contar así con una expectativa de cumplimiento.

El establecer este método de solución alterna de disputas en nuestro país presenta el problema permanente del poder desigual de las partes, puesto que en las sociedades latinoamericanas ello ha originado derechos de protección de gran trascendencia.

En México, este es quizá el principal objeto de instituciones estatales de protección de derechos sociales. En consecuencia, la mediación en el país, no sólo se presenta como método para la solución alterna de disputas, sino además, como una parte de una nueva cultura y aprendizaje del conflicto.

Evidenciado lo anterior, si estamos en presencia del pago de honorarios y costas de largos e intrincados juicios, incluso en aquellas instituciones protectoras de usuarios de servicios bancarios, médicos, o consumo; parece más conveniente el arreglo extrajudicial, siempre y cuando no se ignoren los derechos de protección.

De esta manera, la exigencia para el sistema judicial mexicano es incluir en nuestro derecho la presencia de la autoridad como un facilitador para la instrumentación del acuerdo de mediación.

Pongamos por caso que el acuerdo de divorcio está ya redactado por las partes asistidas en un evento de mediación. Al presentárselo al juez competente es posible que éste encuentre la necesidad de dar ciertos argumentos a las partes.

La relación pues, entre lo llevado a cabo en la jurisdicción privada y lo que debe completarse en el papel de las autoridades, es un punto delicado a incorporar en las legislaciones particulares. Por ejemplo, nada dice al respecto la nueva Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo.

Por ello, hay que profundizar en los efectos y alcances de este acuerdo de mediación, para que efectivamente evite largos y costosos enfrentamientos a las partes, y supere el fracaso si el asunto es contrapuesto con un criterio judicial estricto.

Por ejemplo, en las mediaciones de carácter económico es conveniente para una de las partes la postura en tribunales, porque ahí quizá alcancen una indemnización o un beneficio económico más importante. Entonces, la mediación es un asunto que cae dentro del terreno de la buena fe, pero también en lo que ajuicio de una autoridad, si le es presentado el acuerdo mediado, puede ser justo y equilibrado.

En estos efectos del acuerdo, la cultura de la mediación destaca que previamente a las sesiones de mediación, puede citarse la actuación de expertos que den a las partes un punto de vista judicial mediante el cual se percaten de sus derechos, pero también de las posibilidades de interpretación y riesgos.

Los abogados expertos en ciertas materias no sólo pueden así dar una opinión de cómo vencer al rival si entienden al juicio como una arena de lucha, sino también propiciar esta nueva cultura del conflicto señalando a sus auspicados las desventajas no únicamente económicas, sino y más importantemente, en las futuras relaciones que las partes puedan sostener.

Pongamos por caso, el ejemplo de empresas del mismo ramo comercial, donde la disputa puede hacer prevalecer a una parte respecto de la otra, pero sus futuras relaciones sean inconvenientes para ambas, pues al fin y al cabo siguen siendo competidores; verbigracia la recientemente disputa ocurrida entre televisión Azteca y Canal 40.

En este sentido, el origen de un acuerdo de mediación está basado en este espacio donde el mediador actúa también con la flexibilidad de citar a las partes por separado, haciéndoles recomendaciones conciliatorias o ayudando a que ellas mismas las determinen.

De ser necesario, el mediador puede así requerir el asesoramiento de los grupos de expertos siempre

que las partes accedan y se hagan cargo de los correspondientes gastos.⁽¹³⁾

En la mediación, el sujeto mediador en consecuencia no tiene una fuerza legal como es el caso del árbitro, del conciliador en un procedimiento de leyó el juez al forzar el cumplimiento de un contrato de transacción. Sus cualidades radican en su objetividad, neutralidad, imparcialidad, confiabilidad, discreción y conocimientos para negociar.⁽¹⁴⁾

De esta manera, asumir la necesidad de un cambio de la ideología individualista, requiere examinar críticamente la eficacia del sistema de justicia.

Por ello, la mediación supone una invención humana para solucionar conflictos en sintonía con las costumbres y creencias de un momento histórico que vivimos, tal como lo expresa Foucault en sus textos "la verdad y las formas jurídicas" y "vigilar y castigar". En conclusión, lo que subyace en esta cultura de solución de disputas denominado mediación, es esta coyuntura social en la que estamos creando saberes y dispositivos partiendo de la premisa acerca de que el ser humano asume su protagonismo.⁽¹⁵⁾

13 Ibid, p. 72

14 Luis Miguel Díaz, Moralejas para mediar y negociar, México, ed. Themis, 1999, pp. 13-25.

15 Marínés Suares, Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas, ed. Paidós, Buenos Aires, 1999, pp. 45-47.