



Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**La mediación en Derecho Civil y Mercantil en Guatemala y
en Derecho Comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Omar Enrique López Rivas

Guatemala, agosto 2024

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y de la Justicia

**La mediación en Derecho Civil y Mercantil en Guatemala y
en Derecho Comparado**
(Tesis de Licenciatura)

Omar Enrique López Rivas

Guatemala, agosto 2024

Para los efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1°. literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Omar Enrique López Rivas**, elaboró la presente tesis, titulada, **La mediación en Derecho Civil y Mercantil en Guatemala y en derecho comparado.**

AUTORIDADES DE UNIVERSIDAD PANAMERICANA

M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Rector

Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrectora Académica

M. A. César Augusto Custodio Cobar

Vicerrector Administrativo

EMBA. Adolfo Noguera Bosque

Secretario General

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



M. Sc. César Augusto Flores Figueroa
Abogado y Notario

Guatemala, 03 de mayo del 2,023.

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

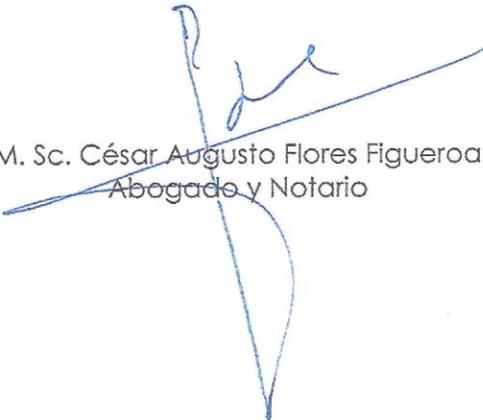
Respetuosamente me dirijo a ustedes, en referencia al nombramiento como **tutor** del estudiante **Omar Enrique López Rivas**, ID número 000127758. Al respecto manifiesto que:

Brinde acompañamiento al estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada "**La mediación en Derecho Civil y Mercantil en Guatemala y en Derecho Comparado**". Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.

Habiéndose leído la versión final del documento, se establece que el mismo cumple con los requerimientos metodológicos solicitados por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,


M. Sc. César Augusto Flores Figueroa
Abogado y Notario

Guatemala, 14 de julio de 2023

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como revisor metodológico de la tesis del estudiante Omar Enrique López Rivas, ID 000127758 titulada La mediación en Derecho Civil y Mercantil en Guatemala y en Derecho Comparado. Al respecto me permito manifestarles que, la versión final de la investigación fue objeto de revisión de forma y fondo, estableciendo que la misma constituye un estudio serio que cumple con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito DICTAMEN FAVORABLE para que se continúe con los trámites de rigor.

Se hace la aclaración que el estudiante es el único responsable del contenido de la tesis ya indicada.

Atentamente,

José Antonio Pérez Castañeda

Firma y sello

Lic. José Antonio Pérez Castañeda
Abogado y Notario



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo; adquiere sabiduría"

Ref. O.I. 199-2024

ID: 000127758

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **OMAR ENRIQUE LÓPEZ RIVAS**

Título de la tesis: **LA MEDIACIÓN EN DERECHO CIVIL Y MERCANTIL
EN GUATEMALA Y EN DERECHO COMPARADO**

El Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y de la Justicia, así como los títulos de Abogado y Notario, el estudiante ya mencionado, ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por el tutor, M.Sc. César Augusto Flores Figueroa de fecha 3 de mayo del 2023.

Tercero: Que tengo a la vista el dictamen favorable emitido por el revisor, Licenciado José Antonio Pérez Castañeda de fecha 14 de julio del 2023.

Por tanto,

Autoriza la impresión de la tesis elaborada por el estudiante ya identificado en el acápite del presente documento, como requisito previo a la graduación profesional.

Guatemala, 6 de agosto del 2024

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

M.Sc. Andrea Torres Hidalgo
Vicedecano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



☎ 1779

🌐 upana.edu.gt

📍 Diagonal 34, 31-43 Zona 16

Nota: Para efectos legales, únicamente la sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
La mediación	1
Mediación Civil y Mercantil en España, Argentina y El Salvador	15
Propuesta de los aspectos que deben contemplarse en Guatemala a la luz de los países de Derecho Comparado	41
Conclusiones	58
Referencias	60

Resumen

En este estudio de derecho comparado se abordó la mediación, que es conocida como un mecanismo autónomo de resolución de conflictos, la que tiene lugar cuando surgen controversias, intervienen en su ejecución, las partes, el mediador y en algunas ocasiones un tercero. El objetivo general fue generar una propuesta de los temas que deben regularse en Guatemala respecto a la mediación en materia Civil y Mercantil en comparación a lo establecido en la legislación de España, Argentina y El Salvador. El primer objetivo específico consistió en, analizar sobre los antecedentes, definición, sujetos que intervienen, supuestos para la aplicación del procedimiento y el análisis doctrinario correspondiente para establecer las diferencias entre mediación y conciliación.

Asimismo, el segundo objetivo se refirió a, examinar el procedimiento de la mediación civil y mercantil como medio alternativo de solución de conflictos para establecer sus efectos legales como medio de solución de conflictos en España, Argentina y El Salvador. Luego se analizó las legislaciones aplicables se concluyó que, se evidenció la necesidad de que Guatemala, cuente con una normativa en materia de mediación civil y mercantil, derivado de que de existir controversias que dirimir en este sentido, únicamente se cuenta con las disposiciones de la Ley de arbitraje y, que la diferencia con la figura del conciliador es que, el mediador solo es un facilitador de la comunicación, no propone, mientras que el

conciliador si propone alternativas de solución. Por último, se concluyó que, los efectos legales son, el quedar obligados a cumplir con lo acordado.

Palabras clave

Mediación. Conciliación. Mediador. Conciliador. Controversia.

Introducción

En esta investigación se abordará el tema de la mediación como un procedimiento confidencial de resolución de conflictos en el que un tercero profesional, neutral e imparcial, que carece de autoridad para imponer una solución colabora con las partes en búsqueda de una solución ecuánime basada en las pretensiones de cada uno. Con el objetivo general de la investigación se generará una propuesta de los temas que debieran regularse en Guatemala respecto a la mediación en materia Civil y Mercantil en base a lo que contempla la legislación de España, Argentina y El Salvador. El primer objetivo específico será, analizar sobre los antecedentes, definición, sujetos que intervienen, supuestos para la aplicación del procedimiento y el análisis doctrinario correspondiente para establecer las diferencias entre mediación y conciliación.

Mientras que el segundo será, examinar el procedimiento de la mediación civil y mercantil como medio alternativo de solución de conflictos y se establecerá sus efectos legales como medio de solución de conflictos en España, Argentina y El Salvador. Las razones que justificarán el estudio consistirán en que, en la esfera civil y mercantil, es común encontrarse con distintos conflictos o controversias que han hecho necesario que se busquen alternativas ágiles, y aceptables por las partes para encontrar una solución equitativa para ambos, legislándose así a nivel internacional la figura de la mediación. Sin embargo, por ser poco conocida, es común

que se le confunda con la conciliación. Para el desarrollo del trabajo, se utilizará la modalidad de la investigación de derecho comparado.

En cuanto al contenido, el tema se dividirá en tres subtítulos. En el primer subtítulo se estudiará lo atinente a la mediación, sus antecedentes, definición, sujetos que intervienen, análisis doctrinario, supuestos para la aplicación del procedimiento de mediación y las diferencias entre mediador y conciliador. En el segundo subtítulo se desarrollará lo concerniente a la mediación civil y mercantil en España, Argentina y El Salvador, la regulación legal, el procedimiento de mediación civil y mercantil y los efectos legales, para finalmente brindar las consideraciones especiales sobre el tema. En el tercer subtítulo se tratará lo referente a la propuesta de los aspectos que deben contemplarse en Guatemala a la luz de los países de Derecho comparado analizados; las diferencias en la legislación de mediación civil y mercantil entre España, Argentina y El Salvador, y las similitudes entre estas legislaciones.

La mediación

Conocida generalmente, como un método alternativo de resolución de conflictos, la mediación, es la figura en la que una tercera persona, sin interés directo en el asunto que se somete a conocimiento de las partes, y que se encuentra en disputa o discusión, colabora para buscar alternativas afines para ambos. La aplicación de la mediación se encuentra comúnmente en el ámbito laboral; sin embargo, en los últimos tiempos, otras áreas también se han visto influenciadas por esta, como es el caso de la mediación en el ámbito mercantil. “Los buenos resultados obtenidos hicieron que creciera rápidamente y que se incorporara al sistema legal en algunos estados”. (Lorenzo Aguilar, et al, 2018, p. 9).

Antecedentes

En Estados Unidos, fue a inicios de los años 70 que nacen los mecanismos de clasificación e institucionalización de distintas formas de solucionar conflictos, denominándoseles a partir de ese momento como alternativas. Sin embargo, se considera que la mediación posee orígenes culturales antiquísimos; por lo que la mediación como hoy en día se conoce, no es más que una adaptación de lo que existió en el pasado. Es el caso de China que, desde tiempos antiguos, utilizó a la mediación como un recurso para la resolución de desacuerdos. Japón por su parte, antiguamente designaba

a un líder para resolver las disputas existentes en las distintas poblaciones. (Breve historia de la mediación. Orígenes..., s.f., p1)

Asimismo, en África, la costumbre que imperaba en épocas antiguas era la de reunir una asamblea vecinal, esta se encargaba de resolver los conflictos interpersonales con la colaboración de una persona de autoridad. Si se habla de la mediación en el contexto familiar, se encuentra la figura del padre o jefe de familia, que es la figura que hasta hoy en día ayuda a alcanzar acuerdos pacificadores. Es así como, desde tiempos remotos, cada cultura, grupo o etnia, ha implementado dentro de las distintas organizaciones que las conforman, distintos medios para la solución de controversias, hoy en día establecidos formalmente a través de los distintos centros de mediación implementados para resolver conflictos de distinta naturaleza. (Breve historia de la mediación. Orígenes..., s.f., p1)

El primer antecedente de la mediación que se conoce, se encuentra en la época arcaica; en esta, se conoció a la *gens*, que era una forma de asociación organizada bajo el dominio de un jefe militar religioso, el *pater gentis*, que en colaboración con los miembros del consejo de *paters familias*, buscaba una solución a conflictos surgidos dentro de la comunidad. Este grupo autoritario era el encargado de elegir, entre la venganza o una posible composición voluntaria de forma inmediata; sin embargo, los involucrados podían poner fin a la controversia de mutuo

acuerdo sin necesidad de renunciar a sus derechos. En este sentido, la persona que se consideraba perjudicada contaba con un medio para poder defenderse, pero si decidía no hacerlo, podía arribar a una decisión consensuada con la parte contraria, dándole valor a la voluntad de la parte perjudicada. (Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Romano: Especial referencia a la mediación, 2018, p. 103).

Con relación al desistimiento de la acción Vallejo (2018) establece que:

Por ejemplo, si una parte cesaba con su hostilidad, la otra renunciaba a su correspondiente acción a través de una “composición convenida” y esta “transacción” debía ocurrir procesalmente con la interrupción de la fase *in iure* antes de la *litis contestatio*. (p. 104).

De acuerdo con la cita previa el desistimiento de una de las partes era lo que ponía fin a la controversia surgida a través de la composición convenida, que no era otra cosa, que una transacción por medio de la cual, de común acuerdo las partes acordaban poner fin a la discusión de forma pacífica, es decir, sin llegar a instancias judiciales. El fin entonces no era otro que evitar incurrir en el procedimiento de mediación. En esta misma época, surge también como efecto de la transacción la *confesio in iure*, que era una especie de renuncia a la acción o la declaración jurada, en las que, a través de un pacto se acordaba desistir de continuar con el procedimiento. Otro antecedente importante se encontró en la ley de las XII tablas, en la que se establecía una forma de transacción primitiva, el *Rem ubi pactum, orato*, que hacía referencia a ciertos acuerdos amistosos y pacíficos relacionados con el robo.

Otra forma de desistimiento ligada al *Rem ubi pactum, orato*, era la que se tenía para poner fin al proceso judicial por medio de un convenio celebrado por las partes ante un Magistrado, quien daba una solución a la discusión. Quien redacta considera que, lo que se buscaba era evitar la vía judicial por medio del acuerdo voluntario de los involucrados. Dentro de este mismo esquema se daba también la intervención del Pretor que, en su Edicto, daba fe de que los pactos se habían celebrado sin dolo ni fraude; Algo similar a los requisitos de la manifestación de voluntad que establece el Código Civil; en cuanto a que para su validez debe estar libre de vicio. Es decir, haber sido otorgada, sin dolo, o violencia (Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Romano: Especial referencia a la mediación, 2018, p. 105).

Definición

La mediación nace como una herramienta de la que dos personas que se encuentran inmersas en una controversia puedan poner fin a esta mediante una negociación con el apoyo de un tercero imparcial, que cabe mencionar, se distingue de la figura del mediador en el proceso arbitral, en no contar con autoridad ni proponer soluciones, su función se limita por lo tanto a ser un simple facilitador de la comunicación entre los involucrados. Por su importancia, y derivado de su versatilidad, la mediación se ha implementado en distintas áreas de la vida; tal es el caso del ámbito jurídico en donde en los últimos años, se ha utilizado para

dirimir disputas o discusiones surgidas por negociaciones comerciales. Al contribuir con una solución ecuánime y rápida, reduce costos, y les permite a las partes exponer sus puntos de vista adecuándolos a las necesidades de cada una.

la mediación según Aguilar & González (2018):

La mediación se define como aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. La mediación es la intervención de un tercero para ayudar a que dos o más partes puedan mejorar su relación y gestionar mejor sus conflictos. (p. 12).

De acuerdo con lo indicado por Aguilar & González, la mediación es una técnica utilizada de forma voluntaria por las partes, en búsqueda de un acuerdo ecuánime con la colaboración de un mediador; este sin duda juega un papel importante dentro de esta alternativa de resolución de conflictos, pues su intervención se encamina a la búsqueda de solución que mejore la relación de los interesados para dirimir sus conflictos. Cabe señalar que, la función del mediador debe estar revestida de confidencialidad, es decir que, lo que se acuerde y se trate durante el procedimiento de mediación, debe ser tratado con la discrecionalidad que el caso requiere, se estima, por tanto, que este debe ser un principio esencial, así como, su postura neutral.

Sujetos que intervienen

Para establecer quienes son los sujetos que intervienen en un procedimiento de mediación es necesario determinar primeramente a que ámbito se aplicará; puesto que existen diversos campos de en los que se involucra, como ejemplo de ello se pueden citar, la mediación prejudicial, al respecto se puede indicar que, “es la que se hace antes de iniciar un juicio para que las personas encuentren una solución al problema sin necesidad de recurrir a un juez”. (Argentina.gob.ar., s.f., párr. 1). Lo que se pretende básicamente es evitar llegar a instancias judiciales, mediante un acuerdo entre las partes, lo que permitirá poner fin a la controversia, evitando gastos innecesarios y de forma ágil.

Por lo que, quien escribe deduce que se está ante la mediación judicial. En esta clase de mediación, intervienen principalmente el mediador, que será el tercero imparcial y colaborador en el procedimiento; la persona que reclama, es decir, el que requiere la restitución de un derecho; el requerido o persona convocada por quien reclama el derecho; los asesores de ambas partes o abogados. Adicionalmente, se puede solicitar la intervención de otras personas, ya sea particulares o jurídicas; en este sentido, el mediador de considerarlo necesario podrá requerir la presencia de cualquier persona que estime coadyuvará en la búsqueda de la solución a la controversia planteada. En este proceso de mediación, se llevarán a

cabo una o más reuniones, en las que al finalizar partes involucradas y abogados asesores firman un acta para dejar constancia de las actuaciones.

Ahora bien, tomando en consideración que, la mediación es un método o procedimiento que busca la resolución de conflictos en distintas áreas, generalmente los sujetos que intervienen son, las partes que se ven involucradas en la controversia y que al finalizar la mediación obtendrán un beneficio conjunto; así mismo, el mediador, como colaborador imparcial y neutral en la búsqueda de una solución ecuánime. Cabe señalar que para que se dé la intervención de los sujetos, es necesario que exista la motivación, es decir la controversia, y la disponibilidad de quienes intervienen, a observar una comunicación abierta y basada en el respeto mutuo y con ánimo de colaboración.

Análisis doctrinario

El procedimiento de mediación, como vía alterna y ágil para la resolución de conflictos de diversa índole, busca principalmente evitar un proceso judicial. En los últimos años, ha sido utilizado en distintos ordenamientos y culturas de índole jurídico, para dirimir controversias en distintos ámbitos, como, por ejemplo, el laboral, y últimamente el mercantil. La trayectoria de esta herramienta, como método alternativo se ha venido manejando generalmente dentro del contexto del arbitraje, inicialmente en Europa, utilizándolo generalmente como un mecanismo de resolución de

conflictos mercantiles y laborales. Estados Unidos, también ha dado especial espacio a la mediación, implementándolo en otras áreas como la civil y administrativa; aun cuando en ese país, la mediación se aplicaba inicialmente solo a problemáticas de índole laboral, en las que el papel del mediador era desempeñado por el gobierno. (Souto Galván, 2010, p. 20).

Con relación a los principios rectores de todo procedimiento de mediación, García Villanueva (s. f.) comenta que, la esencia de la mediación la constituyen, sin duda, los principios sobre los que se fundamenta y se consolida. De allí deriva la importancia de estos, ya que es crucial, que estos elementos que determinan el modo en que se configura la institución mediadora, se observen en todo momento. Por ende, el autor refiere, los principios, constituyen el eje en torno al cual gira la mediación y, son en sí, la estructura inalterable sobre la cual se construye el proceso y la base de los contratos que derivan de él. En este sentido, los divide en, neutralidad del mediador, imparcialidad del mediador, confidencialidad, tanto del mediador como de cada una de las partes; y voluntariedad de las partes en acudir a este proceso, no debiendo ser nunca obligados a formar parte de este. (p. 731-741).

Con relación a la neutralidad, se encuentra enfocada principalmente a la función del mediador, a su aporte en función de brindar distintos puntos de vista a las partes involucradas, pero siempre dejando la decisión en sus manos, es en este sentido la relevancia de su intervención pues, aunque

sugiere algunas soluciones no forma parte del conflicto como tal, ya que solo se limita a dirigir a las partes a una comunicación pacífica, en búsqueda de alternativas equánimes. En este sentido se encuentra también la imparcialidad, pues al no formar parte directamente en la controversia, el mediador se mantiene al margen sin tomar partido o inclinación alguna. Ahora bien, la confidencialidad es uno de los principios considerados básicos para algunos especialistas en el tema, pues durante el proceso de mediación, se debe garantizar el respeto a la privacidad de los intervinientes. (San Cristóbal Reales, 2013, p. 47).

Por su importancia es obligatorio que todas las partes implicadas, firmen el contrato de mediación. Finalmente, al hablar de voluntariedad de las partes, se hace alusión al principio básico de la autonomía de la voluntad, del que disponen las partes y les permite decidir en total libertad, y tomar así la decisión que más les convenga. En este contexto, el mediador únicamente tendrá la función de velar porque el proceso de mediación se desarrolle en total equilibrio e igualdad, respetando los derechos de las partes. En síntesis, estos principios en conjunto hacen del proceso de mediación una alternativa de resolución de conflictos, flexible y de fácil adecuación elegible entre quienes enfrentan conflictos derivados de una relación jurídica

No podrá existir un proceso de mediación, sin que exista una causa que lo motive, en este caso, la controversia surgida entre las partes, en otras palabras, el motivo de discusión o desacuerdo; en el que se deberá observar determinados aspectos, entre estos, la intervención del mediador bajo la dinámica de neutralidad, imparcialidad y confidencialidad, para garantizar que el proceso de mediación se lleve a cabo con las disposiciones requeridas para cada caso en particular y, la voluntad de las partes en iniciar dicho proceso, sin haber recibido presión alguna que influyera en la aceptación del mismo. Debe resaltarse que el mediador solo será eso, una persona que medie entre las partes para la búsqueda de una solución, pero nunca debe ejercer ningún tipo de presión a ninguna de las partes durante el proceso de mediación.

Dentro de los distintos ordenamientos jurídicos, se establecen algunos requisitos especiales que debe llenar la persona que se nombre mediador entre estos, contar con una preparación académica relacionada con el ámbito de aplicación, así como, estar inscrito para el efecto en el registro correspondiente de mediadores. Además, la observancia de contar con ciertas cualidades especiales y una reconocida habilidad para gestionar, con la finalidad de mantener el equilibrio durante el procedimiento a través de una correcta negociación y persuasión de las partes que intervienen. Como ya se ha indicado, no existe un solo ámbito de aplicación de la mediación, pero en todo proceso de esta índole deben observarse estas etapas.

En sí, el proceso de mediación se iniciará siempre que las partes por sí mismas, no sean capaces de llegar a un acuerdo en cuyo caso se nombrará al mediador como tercero imparcial y neutral, con la finalidad de coadyuvar en la comunicación entre las partes en conflicto, su función será básicamente la de ayudar a que se resuelvan las diferencias, buscando medidas que persuadan a los interesados para la búsqueda de un acuerdo en común. En algunos casos, la mediación se puede implementar como un sistema alternativo a la jurisdicción o arbitraje, esto dependerá de lo dispuesto en la legislación de cada Estado, incluso se puede utilizar para poner fin a la jurisdicción a un proceso de arbitraje ya iniciado; la finalidad principalmente será siempre la misma, evitar la vía judicial en aras de la reducción de tiempo y costos. (San Cristóbal Reales, 2013, p. 47).

Supuestos para la aplicación del procedimiento de mediación

Al hablar de supuestos para la aplicación del procedimiento de mediación, supone el análisis desde distintas perspectivas. En este sentido, nuevamente hay que resaltar el hecho de su flexibilidad, es decir, su adecuación a distintas áreas y ramas tanto jurídicas como económicas, laborales, e incluso familiares; en este orden de ideas la existencia de un procedimiento de mediación dependerá sin duda, de la ocurrencia de alguna discordancia o controversia, bien entre personas por asuntos diversos, o entre empresas como resultado de conflictos comerciales. En

este mismo contexto, la mediación se ha implementado también dentro de la esfera judicial, derivado de lo tardío de los procesos y de la mora judicial existente. Tanto es así que, algunos Estados le han vislumbrado como la alternativa ágil y pronta para descargar los expedientes pendientes de conocer.

De esa cuenta en algunos países, se considera que la implementación de la mediación en el área judicial permite obviar los plazos extendidos, así como lo burocrático de las fórmulas de justicia, evitando costos elevados y brindando una mayor celeridad en la aplicación de las sentencias. Por lo que, tomando en consideración que el término mediación, debe ser estudiado desde la perspectiva del sinónimo de conciliación, pues se entiende que, los supuestos para la aplicación del procedimiento de mediación serían, inicialmente la existencia de una controversia, la disposición de las partes de someterse al procedimiento de mediación de común acuerdo y, sobre todo, la observancia de los requisitos establecidos de la ley en la materia. (San Cristóbal Reales, 2013, p. 47).

Diferencias entre mediador y conciliador

Entre las funciones esenciales de observancia obligatoria por parte de un Estado de Derecho, se encuentra garantizar a los habitantes de la república la tutela de los derechos inherentes por su calidad de personas; es con esa finalidad, que algunos países han incorporado dentro del derecho público

al derecho procesal, y dentro de este, los distintos métodos o mecanismos relativos a la resolución de conflictos a un caso específico, con relación a las distintas áreas, laboral, mercantil, civil, penal, etcétera, con la finalidad de poner fin o dar solución a la controversia planteada por los que tienen interés directo en el asunto. Por lo que, en distintos ordenamientos jurídicos, se han implementado otros mecanismos alternativos de resolución de controversias, originándose así la mediación y la conciliación aplicable a diversas jurisdicciones. Tanto la conciliación como la mediación contienen algunos aspectos distintivos (San Cristóbal Reales, 2013, p. 47).

Con relación a otros mecanismos de resolución de controversias San Cristóbal (2013) establece que:

La conciliación es otro mecanismo autocompositivo, por el que las partes, por la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible, puedan evitar el inicio de un pleito o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la solución de su conflicto, alcanzando ante un tercero (juez de paz, o secretario judicial) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso, en la Audiencia Previa del juicio ordinario, o en la vista del juicio verbal. El tercero no decide nunca, resuelven las partes. Mientras que la mediación, es un sistema de gestión de controversias voluntario, las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero neutral (el mediador), resuelven sus diferencias alcanzando por si mismas un acuerdo. (p. 47).

La conciliación se visualiza desde un punto de vista procesal, y su finalidad es terminar con el juicio que ya se ha iniciado; cabe resaltar que este se da en presencia de un juez revestido de autoridad y capacidad para conocer del asunto. Por lo que, de no llegar a un acuerdo, será quien

resuelva como tercero imparcial, por medio de la sentencia. Mientras que, en la mediación, el tema principal es la solución de un conflicto prácticamente por convenio entre las partes, con la colaboración de un tercero imparcial, el mediador. Este actuará como medio de enlace de la comunicación entre las partes, para que cada una exponga sus argumentos, y se busque la solución acorde a los intereses de ambos. No debe perderse de vista, que tanto la mediación como la conciliación en la actualidad, se aplican a diversas áreas, por lo que prácticamente su aplicación es en sentido general.

La investigación sobre la similitud de los medios de resolución de controversias se estableció

La mediación y la conciliación son procesos similares, en ambos las partes intervinientes son asistidas por un tercero. En la mediación son las partes las que, a través de las intervenciones del mediador, encuentran soluciones al conflicto. En cambio, en la conciliación, el conciliador puede proponer la solución. En sí, esta es la principal similitud entre ambas figuras, el formar parte de la negociación, aunque sin el ánimo de suene repetitivo, es conveniente señalar que tal intervención no se da bajo los mismos supuestos, ya que como se indicó en su momento, el conciliador que en algunas legislaciones incluso es denominado también como mediador, por ejemplo en los procesos arbitrales, sí puede proponer soluciones, es decir, se le ha investido de autoridad, mientras que el

mediador solamente contribuye para que la comunicación se dé de la mejor forma. (Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, s.f., párr 1).

Mediación Civil y Mercantil en España, Argentina y El Salvador

El avance constante y la diversidad y multiplicidad de transacciones económicas, ha hecho evidente la necesidad de implementar, nuevas herramientas o alternativas para la resolución de conflictos en materia civil y mercantil que antes estaban únicamente reservadas para otros ámbitos, este es el caso particular de la mediación. Anteriormente, cuando se hablaba de conflictos en materia comercial o mercantil, salía a la luz la figura del arbitraje, incluso dentro de algunos contratos civiles, se colocaba o se coloca según sea el caso, una cláusula específica en la que las partes, deciden de común acuerdo someterse a un arbitraje voluntario en caso de existir controversias derivadas de la relación jurídica. (La mediación como solución alternativa de conflictos, 2016, p.1).

Sin embargo, el surgimiento de conflictos en materia mercantil, tanto de índole interna como transfronterizos, hizo que algunos Estados tomaran la decisión de legislar en materia de mediación civil y mercantil, como es el caso de España, Argentina y El Salvador, países que se tomarán de ejemplo para el análisis de derecho comparado que se realizará. Derivado

de las ventajas inherentes del proceso de mediación, y por ser considerado para algunos estudiosos del Derecho Mercantil como una herramienta de apaciguamiento de conflictos, se estima que es necesario realizar un análisis detallado de su regulación y efectos legales; así como, del procedimiento establecido en cada una de las normas de los Estados citados.

Regulación legal de la mediación civil y mercantil en España dentro del ámbito jurídico español

Dentro del ámbito jurídico español existen diversos criterios en cuanto a la regulación de la mediación civil y mercantil; en este sentido, la mediación surgió como una materia de carácter emergente, aunque con una marcada y profunda trascendencia social y jurídica. En esa misma vía, algunos estudiosos del Derecho Civil y Mercantil opinan que el desarrollo de la figura es similar a las denominadas *Alternative Dispute Resolution* conocidas por sus siglas en inglés como ADR, y que tanto una como las otras, fueron creadas por la necesidad de contar alternativas, que facilitaran el acceso a la justicia, como es el caso de la Unión Europea y específicamente de España.

En ese orden de ideas, la mediación en España, estiman que se puede visualizar también como un instrumento de paz social, porque permite una mayor participación desde un enfoque cívico, que responde al imperativo

de hacer justicia. Estos criterios, se han visto reflejados en distintos instrumentos de carácter internacional de la Unión Europea, como ejemplo de ello se pueden citar, las Recomendaciones R 12 del Consejo de Ministros de los estados miembros, respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales y la R 1, del Consejo de Ministros de los estados miembros, sobre la Mediación Familiar, y la más relevante, la Directiva Europea 2008/52/CE, sobre Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

García (2012) comenta que el Derecho Mercantil español, sentó las bases que promovieron la promulgación de un marco jurídico por parte de la Unión Europea, útil especialmente para aquellas personas individuales o jurídicas que necesitaran en algún momento recurrir a la mediación; esta normativa, por lo tanto, promovía ávidamente este método alternativo de resolución de conflictos, y especial en controversias transfronterizas de índole mercantil. Aun así, existe cierta renuencia por quienes consideran que la implementación de esta herramienta también contribuye a que los Estados miembros, utilicen los mismos lineamientos en procedimientos de mediación de índole nacional, incluso ha servido de modelo para la promulgación de normativa interna de distintos países en la Unión Europea (p.75).

La aceptación de la Directiva 2008/52/CE, ha sido tal, que la Comisión de Asuntos Jurídicos promovió una propuesta de Resolución por parte del Parlamento Europeo en la que se sugiere incluir el procedimiento de mediación como uno de los puntos de acceso aplicable en la Administración de Justicia. De lo que se desprende que la mediación, se tenga como un sistema cooperativo tanto de gestión, como de solución y transformación de controversias; facilitando la comunicación entre los involucrados, instándolos en la toma de decisiones, y motivándolos a comprometerse en el cumplimiento de los acuerdos a los que se arribe, de forma pacífica. (La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo, 2012, p.75).

Por consiguiente, es derivado de su importancia que, lo relativo a la resolución de conflictos de índole civil y mercantil, sus efectos legales y procedimiento, se reguló expresamente en la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Dentro del preámbulo de esta normativa se hace referencia a las funciones esenciales del Estado, como Estado de Derecho, resaltando que la principal de estas es la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos, lo que implica la implementación de distintos mecanismos tendientes a la solución de los diversos conflictos que surgen en la sociedad moderna, resaltando especialmente a la mediación.

En este mismo sentido, el cuerpo legal citado hace alusión a que, desde la década de los años 70 del siglo XX, se han venido analizando distintos sistemas alternativos de resolución de conflictos, entre estos la mediación, el que incluso ha ido acrecentando su importancia dentro del ámbito de la administración de justicia. Resalta además que, la mediación es una herramienta con una marcada capacidad para solucionar conflictos, a través de la intervención de un profesional que, de forma neutral, facilita la solución de la controversia surgida entre las partes de común acuerdo, y de forma equitativa, lo que contribuye al sostenimiento de relaciones pacíficas mediante la finalización del conflicto; por lo que, se destaca a continuación lo pertinente a la regulación de la figura.

De acuerdo con la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (2012), “se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador” (artículo 1). En el entender del sustentante, se resalta en este artículo especialmente, su aplicación a cualquier clase de controversias y la voluntariedad de las partes en la búsqueda de una solución ecuánime a través de la intervención del mediador que, aunque no hace referencia a la forma en que participara en el proceso, como ya se indicó debe ser neutral e imparcial, de acuerdo con los principios de todo proceso de

mediación. En cuanto al ámbito de aplicación la norma en mención establece algunas disposiciones específicas.

Con relación a la forma de aplicación de esta normativa, dentro de su contexto dispone que, se observará para todos los procedimientos de mediación en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre y cuando, no afecten derechos y obligaciones de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito de esta norma, será aplicable, cuando al menos, una de las partes, tenga su domicilio en España y el procedimiento se desarrolle en territorio español. Sin embargo, se excluyen del ámbito de su aplicación la mediación penal, la mediación con las administraciones públicas, la mediación laboral de acuerdo con lo que dispone el artículo 2.

Al respecto, un conflicto es considerado transfronterizo cuando, al menos una de las partes esta domiciliada o reside de forma habitual en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas, cuando hubieren acordado hacer uso del procedimiento de mediación de forma voluntaria u obligatoria por disposición de la ley que resultare aplicable. Esta disposición será igualmente aplicable a aquellos conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, independientemente del lugar en que se haya realizado, cuando como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o

alguna de las consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto, según lo dispone el artículo 3.

De acuerdo con los artículos citados, la normativa es aplicable a todo proceso de mediación relativo a asuntos civiles o mercantiles, incluyéndose dentro de estos, los conflictos con carácter transfronterizo, siempre y cuando, no afecten los derechos y las obligaciones que no se encuentren a disposición de las partes derivado de la legislación aplicable. De igual forma, de no existir sometimiento expreso o tácito a la Ley en mención, esta se aplicará siempre que, por lo menos una de las partes se encuentre domiciliada en España y el proceso de mediación se realice dentro del territorio español. Un aspecto relevante, es la exclusión que la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, hace con relación a la mediación penal, de administraciones públicas y laboral.

En este sentido el artículo 5 de la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles regula lo relativo a las instituciones designadas para conocer sobre procedimientos de mediación, siendo estas, las entidades públicas o privadas, tanto españolas como extranjeras, así como, las corporaciones de derecho público. Sin embargo, el citado artículo menciona también, que estas instituciones pueden llevar a cabo procedimientos arbitrales, en este sentido, deberán adoptar las medidas pertinentes para asegurar la

adecuada separación entre ambos procedimientos. Adicionalmente en el mismo artículo se hace referencia a que, las instituciones mencionadas no pueden prestar el servicio de mediación de forma directa.

Adicionalmente la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, establece los principios informadores de la mediación, en ese sentido regula que son, la voluntariedad y libre disposición; es decir, la mediación será voluntaria siempre que exista un pacto escrito que exprese la voluntad de las partes, de someter la controversia a este procedimiento. Sin embargo, resalta que nadie está obligado a permanecer en este ni a concluirlo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 6 de la norma en mención. Seguidamente, el artículo 7, hace referencia a la igualdad e imparcialidad de las partes dentro del procedimiento de mediación, para lo cual dispone que, se garantiza la participación en igualdad de condiciones y oportunidades.

La norma citada regula también como uno de los principios la neutralidad, en ese sentido establece que, las actuaciones estarán encaminadas a permitir que las partes lleguen a un acuerdo por sí mismas. De igual forma menciona la confidencialidad tanto en el desarrollo del procedimiento como de la documentación utilizada dentro del mismo; circunstancia que se extiende al actuar del mediador, que contará con la protección que le es otorgada derivada del secreto profesional. Sin embargo, en este aspecto resalta algunas excepciones en cuanto a la reserva de la información, con

lo que prácticamente el procedimiento dejaría de ser del todo confidencial, ya que permite su consulta de ser necesario.

Existen, además, algunas excepciones con respecto a la confidencialidad como lo establece la ley de la materia, cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad, entre estas, cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal, o bien, si la infracción del deber de confidencialidad genera responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico, según lo dispone el artículo 9. Aunque el principio de confidencialidad dentro del proceso de mediación se considera básico o esencial, esta circunstancia se pone en riesgo, al momento de darle a las partes la oportunidad de dispensarse de esta obligación, pues de no existir reserva tanto en el procedimiento como en la documentación que derive de la mediación, cualquier persona podría tener acceso a esta.

En cuanto a los requisitos para ser mediador, la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, en el artículo 11 regula que pueden ser mediadores, las personas naturales que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, o las personas jurídicas que tengan como actividad económica la mediación. Cuando se trate de una persona individual, deberá poseer título universitario y haberse preparado académicamente en materia de

mediación; además, tendrá que adquirir un seguro como garantía del ejercicio de su cargo que alcance para cubrir la responsabilidad civil derivada de este de ser necesario, con el objeto de cubrir la responsabilidad que pueda generarse.

Procedimiento de la mediación civil y mercantil en España

Según el criterio del sustentante y lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, la introducción de la solicitud para dar inicio al procedimiento de mediación suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones; tal circunstancia tendrá lugar desde la fecha de recepción de esta por parte del mediador, o bien la entrega del depósito correspondiente ante cualesquiera de las instituciones designadas para el efecto. De no firmarse el acta de inicio respectiva dentro del plazo de 15 días contados desde la fecha de recepción de la solicitud, se reanudará el cómputo de los plazos y la suspensión será prolongada hasta que se haga efectiva la firma del acuerdo de mediación.

El procedimiento de mediación podrá iniciarse, de común acuerdo entre las partes. En este caso la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones. Por una de las partes en cumplimiento

de un pacto de sometimiento a mediación existente entre aquellas, la solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas. Cuando de manera voluntaria se inicie una mediación estando en curso un proceso judicial, las partes de común acuerdo podrán solicitar su suspensión de conformidad con lo dispuesto en la legislación procesal, de acuerdo con el artículo 16.

En el entender de quien redacta y, de acuerdo con el artículo citado, el inicio del proceso de mediación tendrá lugar por acuerdo expreso de las partes, es a partir de este momento que se considera, se observa el principio de voluntariedad. Cabe resaltar, que son los involucrados directamente, los que en la solicitud deben indicar expresamente que persona fungirá como mediador, que institución conocerá del procedimiento y el lugar en donde se realizarán las sesiones. Así mismo, de hacerse iniciado la mediación durante el desarrollo de un proceso judicial, podrán solicitar su homologación de conformidad con la legislación procesal, en este caso, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, el procedimiento de mediación se desarrollará en el menor tiempo posible, pero no establece ni un mínimo ni máximo de tiempo para

el efecto. En este mismo contexto, el artículo 22 de la norma citada, refiere que el procedimiento podrá concluir, incluso sin haber alcanzado un acuerdo, ya sea por disposición de una de las partes o por la prescripción del plazo acordado para este, o bien por la renuncia de la persona nombrada como mediador, o el rechazo al nombramiento de este por parte de las partes, lo que producirá la terminación del procedimiento, solo mientras no se nombre un nuevo mediador.

Efectos legales de la mediación civil y mercantil en España

los efectos legales del procedimiento de mediación se encuentran dispersos dentro de la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; en primer lugar, se tiene lo que establece el artículo 9 en cuanto al principio de confidencialidad, que de forma expresa en el numeral 3, regula que la infracción de este generará responsabilidad de acuerdo con lo dispuesto en la ley citada. También se puede mencionar lo que establece el artículo 14, con relación a la responsabilidad de la persona nombrada como mediador; en este sentido dispone que, la aceptación del cargo implica responsabilidad por daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

En este orden de ideas, el artículo 5 de la ley citada, refiere que, las costas judiciales en que se incurra por el desarrollo del procedimiento de mediación, será dividido en partes iguales entre los involucrados

directamente; para el efecto se entregará una reserva de fondos, de no hacerlo se dará por concluida la mediación. Finalmente, el artículo 23 de la Ley 5/2012, Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que, concluido el procedimiento de mediación, se entregará un ejemplar a cada una de las partes del acuerdo, siendo el mediador el obligado a informarles sobre el carácter vinculante de este, y de desearlo, pueden elevar el acuerdo a escritura pública si consideran configurarlo en un futuro como título ejecutivo.

Regulación legal de la mediación civil y mercantil en Argentina

La línea de referencia dentro del contexto civil y mercantil en la República de Argentina señala que en su gran mayoría los asuntos de índole civil y comercial, patrimoniales y no patrimoniales, como las alusivas al régimen de visitas o cuestiones de tenencia, deben celebrar al menos una audiencia de mediación antes de llevar a cabo el juicio respectivo. Sin embargo, aun las cuestiones derivadas de los asuntos taxativamente excluidos por la legislación en materia de mediación deben ser sometidos a este procedimiento. En el caso de juicios ejecutivos y desahucios en cambio, el sometimiento a la mediación es optativa, pero únicamente para quien reclama, sin que pueda existir oposición de la parte demandada.

Es así que, en el ordenamiento jurídico mercantil argentino, fue a partir de la última década del siglo XX, en que se comienza a analizar la factibilidad de contar con un método alternativo de resolución de conflictos, a raíz de encontrarse los tribunales de justicia prácticamente al borde del colapso. Derivado de este factor, en el año 1991, se creó una comisión, que sería la encargada de realizar el análisis necesario para contar con las aristas que permitieran establecer la importancia del procedimiento de mediación; en el desarrollo del análisis se contó con la participación de 20 juzgados civiles ante los que se habían sometido con anterioridad, asuntos de mediación familiares y patrimoniales.

De acuerdo con la investigación realizada por la comisión, se pudo establecer que del total de los casos, un 60% se derivaron al procedimiento de mediación por parte de los distintos jueces, mientras que, el 40% restante, por iniciativa propia, decidió someter su controversia al procedimiento de mediación, resultado que contribuyó en la iniciativa por parte de distintos sectores, a la promulgación de la primera ley de mediación para asuntos de ámbito civil, comercial y federal en Argentina, la ley 24573, promulgada en 1996 pero que posteriormente fue derogada por la ley 26589. Sin embargo, es importante resaltar que, en la Argentina, este cuerpo normativo no es de aplicación general para toda la República, pues distintas provincias cuentan con su propia ley de mediación.

Lo relativo a la mediación en la República de Argentina, se encuentra regulado de forma expresa en la Ley 26,589 de Mediación y Conciliación; la que en su artículo 1 establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, con la finalidad de promover una comunicación directa entre las partes y evitar la vía judicial. En este sentido, el artículo 4 de la norma citada, hace referencia a que podrán ser objeto del procedimiento de mediación prejudicial obligatorio, cualquier clase de controversia; exceptuándose las que dispone expresamente el artículo 5. Así mismo, el artículo 6 dispone que cuando se trate de casos de ejecución y desalojos, el procedimiento de mediación es optativo.

El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en determinados casos, cuando se refiera a acciones penales, acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. Asimismo, el juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador y las causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil.

Dentro de estos los procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación, los amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos, las medidas cautelares, las diligencias preliminares y prueba anticipada Los juicios sucesorios los concursos preventivos y quiebra La convocatoria a asamblea de copropietarios, los conflictos de competencia de la justicia de trabajo los procesos voluntarios, de acuerdo con lo que establece el artículo 5. Al no encontrarse específicamente contemplado el ámbito civil y mercantil entre las áreas en las que no es aplicable el procedimiento de mediación, y al establecer la Ley de Mediación y Conciliación que es aplicable a todo proceso judicial, se sobre entiende que este procedimiento podrá desarrollarse de existir controversias relacionadas con esta rama.

Con relación a los principios para que tenga lugar la mediación prejudicial obligatoria la Ley de Mediación y Conciliación (2010) según lo preceptúa el artículo 7 establece que, el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios: imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria; libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación; igualdad de las partes en el procedimiento de mediación; consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; confidencialidad respecto de la información divulgada por

las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;

Asimismo, vinculados a los anteriores pero no menos importantes, se encuentran, la promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto; la celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido; la conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, disposiciones contenidas en el artículo 7 de la normativa en mención. Un aspecto importante que merece la pena señalar, es lo que dispone en cuanto a tener ciertas consideraciones con los menores y las personas con discapacidad o mayores dependientes, pues no en todas las normativas en las que se establecen los principios a observar para el procedimiento de mediación se les toma en cuenta de forma específica.

Así mismo, lo que se enuncia con relación a que personas ajenas al conflicto surgido, pueden presenciar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Esto se considera en determinado momento, contradice de cierta forma lo dispuesto por el principio de confidencialidad. Ya que, de acuerdo con lo que establece el artículo 8 de la Ley de Mediación y Conciliación, en su segundo párrafo, la confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes. Sin embargo,

el artículo 9 de la norma en mención, regula que la confidencialidad puede cesar, bien por dispensa expresa de las partes, cuando su finalidad sea evitar la comisión de un delito, o evitar que se siga cometiendo si ya este iniciado. Pero al establecer de forma clara que no requiere acuerdo de las partes, se presume que tampoco requiere acuerdo entre las partes directas del proceso de mediación y la o las personas ajenas a las que se les haya autorizado presenciarse.

Es necesario determinar los requisitos que debe llenar la persona que sea nombrada como mediador como lo establece la ley de la materia:

Los mediadores deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) Título de abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula;
- b) Acreditar la capacitación que exija la reglamentación;
- c) Aprobar un examen de idoneidad; Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación;
- d) Cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente. (Ley 26,589 de Mediación y Conciliación, 2010, artículo 11).

Únicamente los abogados pueden ejercer la función de mediadores; así mismo aprobar un examen de idoneidad, lo que difiere con la normativa en materia de mediación de otros países que permiten que profesionales de distintas ramas desempeñen este cargo. Sin embargo, el mediador puede excusarse de desempeñar la función, que de acuerdo con lo que establece el artículo 13 de la Ley de Mediación y Conciliación, únicamente podrá hacerlo bajo pena de inhabilitación, y de acuerdo con lo que dispone el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de

Argentina relativo a los jueces. Por último, la designación del mediador podrá hacerse por acuerdo de las partes, por sorteo, por propuesta del requirente al requerido, o durante la tramitación del proceso, según lo dispuesto por el artículo 16.

Procedimiento de mediación civil y mercantil en Argentina

Interposición de solicitud, el inicio del procedimiento de mediación civil y mercantil en la República de Argentina inicia con la interposición de la solicitud, una vez presentada, el mediador fijará fecha para la celebración de la primera audiencia dentro de los siguientes 15 días a su nombramiento, (artículo 23). Antes de llevarse a cabo la audiencia, las partes podrán establecer comunicación con el mediador para informarle de sus pretensiones, (artículo 22). La interposición de la solicitud de mediación suspende el plazo de prescripción y caducidad en los casos que establece la ley. (artículo 18). El plazo para el desarrollo del procedimiento no podrá exceder de 60 días contados desde la última notificación al requerido o al tercero. (artículo 20).

Seguidamente la notificación, el mediador debe notificar por medios fehacientes o de forma personal, con una antelación de por lo menos tres días hábiles. (artículo 24). Si una de las partes no asistiera a la primera audiencia con causa justificada, el mediador indicará la fecha de la nueva audiencia, de ser injustificada la ausencia, se podrá dar por concluido el

procedimiento de mediación. (artículo 25). De ser necesario, se citará por acuerdo de las partes a un tercero, con los mismos requisitos que contiene la notificación a las partes; de no comparecer sin causa justificada, no podrá formar parte del proceso en un futuro. (artículo 22). Las partes deberán comparecer de forma personal y en ninguna circunstancia por medio de apoderado; a menos que se trate de personas jurídicas y domiciliadas a más de 150 kilómetros de la ciudad en la que se estén celebrando las audiencias. (artículo 19).

Posteriormente, en la etapa de finalización del procedimiento, el proceso podrá finalizarse anticipadamente por acuerdo de las partes, elaborando el acta correspondiente, la que deberá firmarse por el mediador, las partes y los terceros. Si el procedimiento involucrará intereses de menores, deberá ser sometido a homologación judicial. (artículo 26). Si el procedimiento de mediación concluye sin acuerdo de las partes, se redactará el acta respectiva haciendo constar tal circunstancia; con la que se promueve la vía judicial. (artículo 27). Se podrá dar por concluida la mediación, por incomparecencia de las partes o por imposibilidad de notificación, elaborando el acta en donde se hará constar el resultado.

Efectos legales de la mediación civil y mercantil en Argentina

En este sentido, ante la incomparecencia de cualesquiera de las partes, al reclamante se le habilita para iniciar la vía judicial y la parte que no compareció estará obligada al pago de una multa equivalente al 5% del sueldo base de un juez nacional de primera instancia. (artículo 28). De todos los procedimientos de mediación una vez finalizados, se le debe informar al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. (artículo 29). Lo acordado en el acta, será ejecutable de acuerdo con lo dispuesto por el Código Procesal Civil y Mercantil para el procedimiento de ejecución de sentencia. (artículo 30). El mediador tendrá derecho a ser remunerado por su desempeño, lo que, se establecerá de forma reglamentaria por el Poder Ejecutivo Nacional. (artículo 35).

Regulación legal de la mediación civil y mercantil en El Salvador

En la esfera jurídico mercantil salvadoreña, fue en el año 1997 con la celebración de la V Conferencia Iberoamericana sobre la reforma judicial tratándose por primera vez, los temas relacionados con la resolución alterna de controversias; en el contexto de ampliación de acceso a la justicia, con la finalidad de aligerar en la medida de lo posible, la carga excesiva de trabajo que soportaban los Tribunales del sistema judicial. Seguidamente, derivado del primer Congreso Interamericano sobre las formas alternas de solución de conflictos, se presenta una iniciativa de ley ante la Asamblea Legislativa de El Salvador, con la finalidad de

promulgar una Ley Orgánica, de procedimientos para la solución alterna de controversias.

Dentro del contexto de referido cuerpo normativo, se establecía la forma de organización y funcionamiento de los distintos centros de mediación, conciliación y arbitraje; así como un apartado especial, dedicado a los procedimientos alternos de solución de controversias. Derivado de esta propuesta legislativa, se crea en el año 1999 el primer Centro de Mediación de la Procuraduría General de la República de El Salvador; inicialmente como un programa piloto que, en concordancia con el Ministerio de Justicia y la Agencia de los Estados Unidos de América para el Desarrollo Internacional, conocida por sus siglas en inglés como USAID, tomaron su administración y manejo.

Inicialmente se ratificaron algunos convenios en materia mercantil como, El Convenio Consultivo del Fondo Multilateral de Inversiones y el Convenio de Administración del Fondo Multilateral de Inversiones, derivado de estos instrumentos internacionales, se desarrolló el primer anteproyecto de ley, teniendo como principio fundamental, la libre voluntad de las partes, consagrado inicialmente dentro del artículo 23 constitucional. Dicho proyecto fue impulsado por la Cámara de Comercio e Industria de El Salvador, conocida por siglas en español como CCIES, el proceso para la aprobación de este cuerpo legal dio inicio el 2 de enero de 2002, para finalmente ser aprobada el 10 de julio de ese mismo año

mediante el Decreto Legislativo, 914 bajo el enunciado de Ley de mediación, conciliación y arbitraje.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley de mediación, conciliación y arbitraje, este cuerpo normativo establece el régimen jurídico aplicable al procedimiento de arbitraje, independientemente de lo que se contempla en los tratados y convenios internacionales vigentes. En este sentido, reconoce la adopción de otros medios alternativos de resolución de conflictos que sean adoptados de común acuerdo entre las partes, para dirimir diferencias comerciales que afecten la libre disposición de sus bienes. En ese orden de ideas, la Ley de mediación, conciliación y arbitraje dispone, “mediación es un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral”. (artículo 3).

Procedimiento de la mediación civil y mercantil en El Salvador

De acuerdo con la Ley de mediación, conciliación y arbitraje (2002), se inicia con la presentación de la solicitud de mediación, una vez presentada la solicitud de mediación, el Centro de Mediación, designará al director que llevará el procedimiento y al mediador (artículo 7). El mediador podrá ser recusado sin necesidad de aclarar la causa; de la misma forma, este, citará a los interesados para la celebración de la primera audiencia,

indicando claramente, el lugar, día y hora en la que se llevará a cabo; adicionalmente les informará sobre los beneficios derivados de llegar a un acuerdo amigable. (artículo 7). Para las notificaciones, no se establecen lineamientos especiales, incluso se permite hacerlas de forma telefónica y por correo postal, si hubiere sido solicitado por el interesado. (artículo 18).

Seguidamente se lleva a cabo la primera audiencia, durante la celebración de la primera audiencia, el mediador será el obligado de indicar a las partes interesadas, el motivo de la reunión, el carácter confidencial del procedimiento de mediación, la forma en la que se tramitará la solicitud, y la forma en la que deben comportarse, exponiendo cada uno su punto de vista. (artículo 8). De ser necesario se celebrarán más audiencias, disponiendo el mediador para el efecto, las fechas y horas para estas. (artículo 9). Las audiencias podrán celebrarse por separado con cada uno de los interesados. (artículo 10). Cuando se trate de personas jurídicas, comparecerán al procedimiento de mediación por medio de su representante legal. (artículo 11).

Por último, se dará por terminado el procedimiento de mediación en el momento en que las partes firmen el acta que contiene el arreglo, (artículo 16). La solución total o parcial de la controversia consignada en el acta correspondiente, producirá efectos similares a la transacción y, la certificación que de esta extienda el Centro de Mediación, tendrá fuerza ejecutiva, (artículo 13). El acta contendrá, los datos de identificación tanto

de los interesados, como del mediador y los abogados; así como, de cualquier otra persona que haya intervenido en el procedimiento; el motivo de la controversia, las obligaciones, sometimientos y derechos que se deriven del acuerdo; de existir algún punto en el que no se llegó a conciliar, identificarlo plenamente, y por último, la firma de todos los presentes, (artículo 14).

Efectos legales

En primer lugar, lo dispuesto por el artículo 19 de la Ley de mediación, conciliación y arbitraje, derivado de la recusación y excusa por parte del mediador; en este sentido, de existir esta circunstancia, debe hacerse del conocimiento de las partes inmediatamente después de la primera audiencia en común. Seguidamente lo que establece el artículo 12 de la norma citada, con relación a que todo el procedimiento tiene carácter estrictamente confidencial, sin embargo, no se dejará constancia escrita de las mismas; así como, que los papeles de trabajo del mediador no constituyen prueba en juicio, es decir, carecen de valor probatorio. Por último, el carácter ejecutivo del acta que contiene el acuerdo al que se arribó en el procedimiento de conciliación, según el artículo 13.

Consideraciones especiales

Creciente diversificación de las actividades económicas y comerciales a nivel mundial ha hecho evidente la necesidad de contar con métodos alternativos de resolución de controversias, incluso en el marco de conflictos transfronterizos, es así como se considera, que surgieron las distintas posturas, tendientes a propiciar iniciativas para la creación de marcos normativos que regularan estos. Con relación a las distintas normativas analizadas, no todas definen específicamente que es mediación, aun así, la finalidad es la misma, contar con un procedimiento que permita a las partes involucradas, la búsqueda de una solución ecuánime para ambos, con la obligatoriedad de sujetarse y cumplir con lo acordado.

Cabe resaltar, que para que se lleve a cabo el procedimiento es necesario comparecer personalmente, tanto las partes involucradas como el mediador, y en algunos casos, si la normativa vigente del país de que se trate lo permite, la presencia de un tercero. De tratarse de una persona jurídica, lo hará su representante. Se estima que para que el procedimiento de mediación cumpla con su finalidad, es necesario que asistan a cada una de las audiencias programadas para el efecto, y aunque algunas normativas señalan que pueden quedar puntos sin solventar, o en las que se llegue a una solución pacífica, se estima que, de no acordar todos los puntos en su totalidad, no se estaría cumpliendo con el sentido de este.

Por ser una problemática que toca aspectos patrimoniales y de intereses comerciales incluso entre naciones, se considera que la persona designada como mediador, debe contar con una preparación acorde, es decir, depende del aspecto a tratar o la controversia a solventar debieran ser las características de la persona nombrado para este cargo. Adicionalmente, debe quedar plenamente establecida, la responsabilidad en la que incurre este, de no cumplirse con los principios básicos del procedimiento de mediación, cuando la normativa vigente sobre el tema los regule. Por ende, no puede dejarse en manos de una persona sin los conocimientos sobre el tema, la controversia y las posibles soluciones, pues de no llevarse a cabo el procedimiento de mediación de forma adecuada, sería más grave la solución que el problema mismo (Ley de mediación, conciliación y arbitraje 2002, artículos 1-13).

Propuesta de los aspectos que deben contemplarse en Guatemala a la luz de los países de Derecho Comparado

El criterio generalmente aceptado por los estudiosos del Derecho Mercantil citados en el desarrollo del presente estudio de derecho comparado, con relación a la mediación, es que es una alternativa de resolución de controversias que ya no se limita únicamente, a la esfera laboral o judicial como se hacía inicialmente, la constante modificación de las relaciones económicas y sociales, así como las transacciones

comerciales que trascienden fronteras, han derivado muchas veces en el nacimiento de controversia como efecto de estas, y el no contar con una normativa específica que regule sobre los nuevos métodos de resolución de conflictos, hace que asuntos de esa naturaleza, sean conocidos incluso por instancias que de acuerdo a su jurisdicción no deberían ser las encargadas de conocerlas. Por lo que, al existir una legislación específica, se disminuiría la carga de trabajo e inclusive se acortarían los plazos.

Diferencias en la legislación de Mediación Civil y Mercantil entre España, Argentina y El Salvador

En el entender de quien redacta, en un contexto general, ha quedado evidenciado que la mediación, se esboza como una alternativa facilitadora de comunicación, transformación y solución de controversias; encaminada a que las partes involucradas, busquen de común acuerdo, una alternativa ágil y rápida al conflicto que se presenta, derivado de cualquier relación comercial. Por su valioso aporte en la búsqueda de soluciones, España ha sido uno de los países que encabezó la puesta en marcha de normativas reguladoras del procedimiento de mediación, de esta decisión incluso se derivó la reforma a distintos cuerpos legales, con lo que se están agilizando procesos, ahorrando costos, y evitando enfrentamientos judiciales.

Por consiguiente, la importancia de la figura de la mediación radica en brindar a las partes la posibilidad de contar con otras alternativas de solución, sin necesidad de recurrir obligatoriamente a la vía judicial. Y como se puede notar, a forma de ejemplo se menciona la Ley de Enjuiciamiento Civil como una de las normativas que ha sufrido reformas derivado de la relevancia de la implementación del procedimiento de mediación. Con relación a España, una de las diferencias más importantes se puede decir, es su interés desde la década de los años 70, en la búsqueda de sistemas alternativos de resolución de conflictos, inicialmente dentro del entorno de la administración de justicia, hoy en día, aplicada a todas las áreas del ámbito jurídico.

De acuerdo con lo dispuesto por la Ley 5/2012, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, sus disposiciones son aplicables a asuntos civiles o mercantiles, incluyendo dentro de estos los conflictos con carácter transfronterizo, sin embargo, resalta que no podrán afectar derechos ni obligaciones de las que no dispongan las partes como efecto de la legislación aplicable. Adicionalmente la norma citada refiere que, el sometimiento al procedimiento de mediación podrá darse de forma tácita, a diferencia de la legislación en la materia de Argentina y El Salvador. En este mismo contexto el cuerpo legal en mención refiere que, para que tenga lugar la mediación por conflictos transfronterizos al menos una de las partes debe estar domiciliada o residir habitualmente en un Estado distinto al lugar en el que se llevará a cabo la mediación.

Otro aspecto distintivo de la normativa española, regulado dentro de la Ley 5/2012, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, es el relativo a la designación de las entidades públicas o privadas como instituciones designadas para llevar a cabo el procedimiento de mediación, que bien pueden ser nacionales o extranjeras; así como, las corporaciones de derecho público, permitiéndoseles también llevar procesos de arbitraje, siempre que hagan la separación adecuada entre ambos procedimientos. Finalmente, con relación a la persona designada como mediador, la normativa en mención establece como único requisito que esta se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y en el caso de personas jurídicas que tengan como actividad económica la mediación.

Con relación al procedimiento de mediación, la Ley 5/2012, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula que las costas judiciales en que se incurra por el desarrollo del procedimiento de mediación correrán a cargo de los involucrados directamente en partes iguales, y que para asegurar el cumplimiento de esta disposición se hará efectiva una reserva de fondos, que de no ser entregada provocaría el dar por concluido el procedimiento de mediación. En este orden de ideas, también dispone que, la persona nombrada como mediador, como efecto de la aceptación del cargo, podría incurrir en la responsabilidad de daños y perjuicios de incumplir con sus funciones. Por último, al concluir el procedimiento de mediación, las partes si lo desean, pueden elevar el

acuerdo a escritura pública y en un futuro hacerlo valer como título ejecutivo.

De acuerdo con lo que establece la ley 26,589 de Mediación y Conciliación en Argentina, el procedimiento de mediación se impone como un requisito obligatorio previo a todo proceso judicial, en aras de encontrar una solución pacífica y promover la comunicación entre las partes y así evitar una controversia mayor. Como aspecto relevante la norma en mención regula que, el procedimiento de mediación al que se hace referencia es aplicable a cualquier clase de controversia, salvo los casos expresamente señalados en su momento oportuno en esta investigación; adicionalmente, regula que, los asuntos de ejecución y desalojos también serán objeto de aplicación de este.

Otro aspecto que es importante mencionar es el que hace referencia a los principios a observarse, dentro de estos se toma como punto importante, la consideración especial que se debe tener cuando lo que se trate en el procedimiento de mediación afecte intereses de menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes; variante que no es tomada dentro de los principios que establece la legislación de España ni de El Salvador. En este mismo sentido, cuando trata lo pertinente al principio de confidencialidad, se menciona que no es necesario el acuerdo expreso de las partes; sin embargo, si permite el cese de esta bien por dispensa de común acuerdo, cuando la finalidad sea evitar la comisión de un delito o, evitar que se siga cometiendo el que ya se inició.

En tanto, en materia de requisitos para que sea ejercido el cargo de mediador, a diferencia de la legislación española, la República de Argentina si establece algunos aspectos importantes entre ellos, que la persona designada debe contar con título de abogado con por lo menos tres años de ejercicio profesional, acreditar su asistencia a cursos de capacitación de acuerdo con lo que establece la ley de mediación, aprobar un examen de idoneidad, es decir, que compruebe su capacidad para el nombramiento. Ahora bien, en materia de procedimiento ley 26,589 de Mediación y Conciliación en Argentina, establece que la primera audiencia debe celebrarse dentro de los 15 días siguientes al nombramiento de la persona del mediador; así mismo permite que las partes entablen comunicación con este si desean hacerle saber sus pretensiones.

Por otra parte, el procedimiento de mediación no podrá exceder de 60 días contados desde la última notificación, caso contrario a España que no establece un tiempo máximo ni mínimo para el desarrollo de este. Adicionalmente, la norma en mención dispone que se permite la intervención de un tercero de considerarlo necesario las partes, aspecto que tampoco se regula dentro de la legislación española. Aunque la comparecencia de las partes debe ser personal, cuando se trate de personas jurídicas, la normativa citada regula que puede comparecer el representante, siempre que el representado se encuentre domiciliado a

más de 150 kilómetros de distancia de la ciudad en donde se disponga a celebrar las audiencias.

Finalmente, la ley 26,589 de Mediación y Conciliación en la República de Argentina, establece que el procedimiento podrá darse por terminado anticipadamente si así lo disponen las partes y los terceros involucrados de haber sido requeridos. Con relación al tema de menores, de tratarse asuntos que les competan, deberán ser sometidos a homologación judicial. En ese orden de ideas, si el procedimiento se concluyera anticipadamente por incomparecencia de cualesquiera de las partes, quien se considere afectado queda habilitado automáticamente para iniciar la vía judicial, obligándose al que incumplió al pago de una multa equivalente al 5% del sueldo base de un juez nacional de primera instancia; por último, el cuerpo normativo citado, dispone que el mediador tiene derecho a una remuneración.

Con relación a las diferencias derivadas de la aplicación de la mediación en El Salvador, resulta un poco restringido el poder establecerlas claramente; pues la Ley de mediación, conciliación y arbitraje de ese país realmente es bastante escueta en cuanto a la forma en la que regula las disposiciones atinentes a este tema. Como primer punto se puede señalar que la normativa en mención es aplicable para los tres medios alternativos de resolución de conflictos, la mediación, conciliación y arbitraje. Sin embargo, hace cierta separación, al reconocer dentro de estos medios a la

mediación, como un mecanismo de solución de controversias, en el que dos o más personas buscan una solución con el apoyo de un tercero neutral.

Aun así, es hasta este punto en donde regula prácticamente a la mediación de forma individual. En este sentido, la normativa citada, no establece ni principios a observar para el desarrollo del procedimiento de mediación, ni requisitos a llenar por parte de la persona designada como mediador para el desempeño del cargo. Seguido de esta leve disposición, la normativa salvadoreña hace referencia al procedimiento a seguir para la mediación, en este contexto, regula que una vez presentada la solicitud se designará al director que lo tendrá a su cargo y, que el mediador podrá ser recusado de conocer la mediación, sin necesidad de aclarar la causa; en cuanto a las notificaciones permite hacerlas incluso por vía telefónica.

Por último, la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, establece que el acuerdo al que las partes lleguen como efecto de la mediación, tendrá carácter ejecutivo. Así mismo, dentro de los efectos legales merece la pena resaltar, la obligación por parte del mediador de informar a las partes de haber sido recusado, de forma inmediata después de finalizada la primera audiencia y, aunque no se establecen principios a observar claramente dentro del procedimiento de mediación, si existe la responsabilidad de informar a las partes sobre el carácter confidencial del mismo. Finalmente, la normativa citada dispone que, los documentos de

trabajo utilizados por la persona del mediador no constituirán prueba alguna en juicio pues carecen de valor probatorio.

Similitudes en la legislación de Mediación Civil y Mercantil entre España, Argentina y El Salvador

En el contexto específico del tema de mediación, específicamente dentro del esquema civil y mercantil, la principal similitud entre España, la República de Argentina y el Salvador, se deriva principalmente de contar con una normativa que regula expresamente el procedimiento de mediación. En este sentido, tanto España como Argentina, establecen los principios a seguir al momento de acordar someter la controversia a este. Otra similitud que se aplica dentro de las normativas tanto, española como argentina y la salvadoreña es que, en todo procedimiento de mediación se debe contar con la intervención de un tercero imparcial, es decir, el mediador; reconociéndole únicamente facultades de facilitador de la comunicación entre las partes.

Adicionalmente, otra similitud común de los países citados es la regulación de un procedimiento específico para la mediación que, aunque cada uno tiene sus propios aspectos distintivos, la finalidad es la misma, la búsqueda de un acuerdo ecuánime para las partes, en el que ellas mismas decidan sobre este obligándose a cumplir con lo acordado, que serán finalmente, los efectos legales que deriven del procedimiento de

mediación. Por último, tanto la normativa de España, como la de Argentina y El Salvador, establecen que al darse por concluida la mediación, se debe levantar el acta respectiva. Y la última similitud, aunque no menos importante, es el que la normativa de cada país en materia de mediación, no es exclusiva del área mercantil, es decir, es aplicable a otros ámbitos, expresamente definidos en cada una.

Propuesta para Guatemala en base a los países analizados

Como es sabido, en Guatemala, no se cuenta actualmente con una normativa específica que regule el tema de la mediación en el ámbito civil y mercantil, en este sentido, únicamente se aplica lo concerniente a la mediación judicial, que bien se considera, puede ser por que se carece de una cultura jurídica que permita conocer y valorar, sobre la necesidad de contar con otras alternativas de resolución de conflictos en materia mercantil, como es la mediación; que como se ha podido observar de acuerdo con el análisis de las legislaciones de España, Argentina y el Salvador, ha contribuido grandemente a la solución de conflictos de forma pacífica, evitando incurrir en la vía judicial, ahorrando costos, tiempo y desgaste para los involucrados.

El crecimiento económico a nivel mundial, y la incursión de Guatemala en distintas relaciones comerciales, pone de manifiesto la necesidad de que exista en el país una normativa específica en materia de mediación,

pues hasta el momento, de existir controversias en la materia, expresamente se remite al Decreto 67-95 Ley de arbitraje. Sin embargo, esta normativa será aplicable siempre que las partes dentro del contrato celebrado previamente hayan dispuesto a través de una cláusula arbitral someter cualquier controversia surgida como efecto de este al procedimiento arbitral; cabe resaltar que, en el arbitraje, se somete la controversia ante un tribunal, y es a través del laudo arbitral dictado por este, que se le da solución al conflicto, y las partes deben someterse a lo dispuesto.

Sin embargo, el desarrollo de este procedimiento hace incurrir en gastos, tiempo y desgaste a las partes. Caso contrario, en la mediación, lo que se persigue es que, a través de un procedimiento ágil y rápido se pueda encontrar una solución al conflicto, de acuerdo con las pretensiones de las partes, y sobre todo en aras de evitar incurrir en un procedimiento judicial. Derivado de la importancia que el tema ha representado, con fecha 16 de Julio de 2020, se presentó por conducto de la Licenciada Silvia Patricia Valdés Quezada, presidente del Organismo Judicial, ante el pleno del Congreso de la República de Guatemala, un proyecto de ley, con la finalidad de promover la promulgación de una Ley de Mediación; sin embargo, aún se encuentra pendiente de aprobación. Dentro de la exposición de motivos de esta iniciativa se mencionó en su momento la importancia de la mediación.

Se investigó sobre lo concerniente al proyecto de ley de la Ley de mediación, se estableció:

En la exposición de motivos presentada por la licenciada Valdés, la mediación fomenta un ambiente que propicia la cooperación y estimula la confianza mutua. Facilita el diálogo en armonía para hacerlo creativo, respetuoso, transformativo y pacífico, estimulando la empatía entre las partes. Garantiza a cada participante que sus argumentos son escuchados y los hace percibir que reciben un trato justo y equitativo. Orienta a los participantes para que enfoquen su atención en lo que genera el conflicto y no en hechos irrelevantes. Favorece el protagonismo de los participantes para resolver conforme sus propios intereses. Lo más sustancial es, que los participantes de forma voluntaria construyen sus propios acuerdos para que sean justos, razonables y equitativos. (Congreso de la República de Guatemala, 2016, párr. 1).

Lo citado por la licenciada Valdés, pone de manifiesto lo que con el análisis de derecho comparado realizado se ha podido constatar con relación al procedimiento de mediación; sin duda, la opinión vertida, justifica la promulgación de una normativa específica en materia de mediación, principalmente que se aplique a conflictos en materia mercantil; pues, de existir controversias de este tipo, solamente se cuenta con lo dispuesto por la ley de arbitraje, previo a haber sido acordado las partes someterse a este. La inexistencia de un cuerpo legal aplicable a estos aspectos coloca a Guatemala en una situación de desventaja, tratándose de temas relacionados con comercio internacional, principalmente si se llegará a encontrar ante la necesidad de dirimir conflictos con algún Estado que si cuente con un procedimiento especial de mediación mercantil.

Sin embargo, no se trata únicamente de promulgar normativas sin control, como ejemplo de lo que no se debe hacer debe tenerse en consideración a la Ley de mediación, conciliación y arbitraje de El Salvador, que es una norma que dista mucho de ser un cuerpo legal con las disposiciones específicas y con el carácter comprensible que debe tener una ley; pues no solo hace una mezcla de las alternativas de resolución de conflictos en un mismo cuerpo legal, sino que, no regula los principios en los que se debe fundamentar el procedimiento de mediación, los requisitos que debe llenar la persona que se designe como mediador, que a criterio personal, debe ser una persona con aptitudes tanto académicas como personales, ni lo efectos del nombramiento de este. Por último, la normativa deberá establecer claramente las áreas a las que es aplicable, especialmente el ramo mercantil.

Comentarios finales

Luego del desarrollo del documento anterior, la mediación como medio para la resolución de conflictos en Guatemala, marca un punto muy importante derivado de su característica especial facilitadora como medio de comunicación y transformación; en este sentido, colabora con las partes a encontrar de forma ágil y de común acuerdo una alternativa para la controversia surgida como efecto de la relación comercial que la ha promovido, estos aspectos se ha podido constatar en este estudio de derecho comparado, han sido especialmente aplicados en España, siendo

uno de los primeros países que ha aplicado este procedimiento, quedando demostrada su importancia en cuanto a la reducción de costos, agilización de procesos y la posibilidad de evitar la vía judicial; cabe señalar que la mediación es optativa.

Caso contrario a Argentina, que establece el procedimiento de mediación como un requisito obligatorio previo a todo proceso de carácter judicial, aunque la Ley 26,589 que regula dicho procedimiento refiere que esto es con la finalidad de evitar un litigio mayor; si bien es cierto, al igual que la ley en la materia de España, Argentina establece que es aplicable a toda clase de controversias y a pesar de ser un tanto más escueta en su regulación, si hace mención de asuntos relacionados con menores brindándoles una consideración especial, lo que no sucede con la norma relativa al procedimiento de mediación de El Salvador; que a criterio personal, todavía debe mejorar muchos aspectos de la ley vigente, pues realmente no hace una distinción de los aspectos y áreas aplicables de forma individual lo que tiende a causar confusión.

Un conflicto, puede tener lugar dentro de distintos ámbitos, nacionales, empresariales, organizacionales, etcétera; en este sentido, se considera que, la mediación viene a paliar todas estas controversias, de forma ágil y rápida. Como resultado de la búsqueda de soluciones de forma pacífica, sin duda, contribuye a fomentar una cultura de paz y armonía, pues facilita la comunicación, mejorando las relaciones en todos los sentidos y

evitando problemas mayores, o enfrentamientos judiciales; por lo que se puede decir, que contribuye a la creación de nuevas oportunidades para los involucrados, respetando sus puntos de vista, y satisfaciendo sus aspiraciones a través del acuerdo al que arriben como efecto del procedimiento de mediación.

La mediación como ha podido establecerse de acuerdo con lo analizado, es una alternativa que permite a las partes mantener el poder de decisión sobre la controversia sometida a discusión, así como, de los efectos que deriven del acuerdo, colocándoles en una situación de igualdad, tanto de derechos al hacer valer sus puntos de vista, como de oportunidades, al permitirles hacer uso de la mediación en igualdad de condiciones. Por ser un procedimiento, sencillo, rápido y económico, la controversia se visualiza en un plano realista; sin embargo, de no llegarse a un acuerdo, no limita el poder someter el conflicto ante las instancias judiciales, aunque no hay que olvidar que, en algunas ocasiones el acuerdo puede ser parcial, quedando algunos puntos sin dirimir durante el desarrollo del proceso.

Como se ha podido constatar, no es necesario que el procedimiento de mediación se desarrolle en su totalidad, puede darse por terminado anticipadamente por diversidad de circunstancias, entre ellas que las partes lleguen a un acuerdo en común antes de concluirlo; cabe señalar que los efectos para ambas partes serán los mismos, deberán sujetarse a

lo dispuesto en el acta firmada que pone fin al procedimiento de mediación; esta circunstancia es aplicable no solamente para conflictos en la esfera empresarial interna o personal, sino también, como lo establece claramente la legislación española, a controversias en materia transfronteriza, es decir, por puntos en desacuerdo derivado de negociaciones comerciales entre Estados.

Entre las distintas ventajas de la mediación como mecanismo de solución de controversias, se encuentra el ser un procedimiento no sometido a formalidades como las que tiene un procedimiento judicial, aunque cada normativa contempla sus propias consideraciones afines, no se encuentra sujeta a disposiciones legales complejas. Lo más importante es que, a través de su implementación, las partes no consideran como alternativa la confrontación, sino que cada una se enfoca en sus necesidades, exponiéndolas de forma que la otra parte las considere; y, en el caso de relaciones entre Estados, contribuye a la existencia de relaciones comerciales duraderas, teniendo como principio fundamental la autonomía de la voluntad de los involucrados.

Se estima que lo más aconsejable es, colocar dentro del contrato independientemente si es entre particulares, o entre Estados, una cláusula de mediación, tal y como se hace con la cláusula de arbitraje, de tal suerte que, de existir una controversia, se le tenga como una alternativa o como el último intento antes de someter el asunto a conocimiento de instancias

judiciales. Sin embargo, de existir una normativa específica que la regule, como es el caso de España, Argentina y El Salvador, se puede solicitar la aplicación de la mediación en cualquier momento, incluso habiendo iniciado el proceso judicial; esto pone de manifiesto una vez más, sobre la necesidad de que Guatemala cuente con una norma expresa relativa al tema.

Conclusiones

En relación con el objetivo general que se refiere a generar una propuesta de los temas que deben regularse en Guatemala respecto a la mediación en materia Civil y Mercantil en base a lo que contempla la legislación de España, Argentina y El Salvador, se concluye que es necesario que Guatemala, cuente con una normativa en materia de mediación civil y mercantil, derivado de que de existir controversias que dirimir en este sentido, únicamente se cuenta con las disposiciones de la Ley de arbitraje. En este contexto, se logró establecer que ya se presentó una iniciativa de ley en relación con el tema en el año 2016, pero la misma, se encuentra aún pendiente de aprobación, quedando en procedimiento de mediación únicamente regulado dentro de la Ley Arbitral.

El primer objetivo específico que consiste en analizar sobre los antecedentes, definición, sujetos que intervienen, supuestos para la aplicación del procedimiento y el análisis doctrinario correspondiente para establecer las diferencias entre mediación y conciliación al realizar el presente trabajo de investigación se arribó a la siguiente conclusión, la figura de la mediación es relativamente antigua, aunque inicialmente se utilizaba únicamente para dirimir controversias generalmente de índole judicial y laboral; posteriormente se fue aplicando a otras áreas como la mercantil, tiene lugar cuando surgen controversias, interviniendo en su ejecución, las partes, el mediador y en algunas ocasiones un tercero. En

cuanto a la diferencia con la figura del conciliador, está en que, el mediador solo es un facilitador de la comunicación, no propone, mientras que el conciliador si propone alternativas de solución.

Con relación al segundo objetivo específico que consiste en, examinar el procedimiento de la mediación civil y mercantil como medio alternativo de solución de conflictos para establecer sus efectos legales como medio de solución de conflictos en España, Argentina y El Salvador, se concluye que, en cada uno de los países citados se cuenta con un procedimiento para la aplicación de la mediación, y que los efectos legales en general son, el quedar obligados a cumplir con lo acordado; así como, levantar un acta del acuerdo al que se haya arribado; además de que, por la incomparecencia de una de las partes sin razón justificada se puede dar por terminada la mediación, y que esta debe estar dirigida por un mediador como tercero imparcial y neutral. Por último, en el caso de España, el acta del acuerdo puede hacerse valer como título ejecutivo.

Referencias

- Aguilar, L. & González Morales, M. (2018). *¿Qué es la mediación?* Cengage Learning. <https://www.digitaliapublishing.com/visor/59854>
- Vallejo Pérez, G. (2018). *Métodos alternativos de resolución de conflictos en Derecho Romano: Especial referencia a la mediación.* Cengage Learning. <https://www.digitaliapublishing.com/visor/59854>
- Argentina.gov.ar (s.f.). *Mediación.* Recuperado el 01 de noviembre de 2022 de <https://www.argentina.gov.ar/justicia/derechofacil/leysimple/mediacion#titulo-3>
- Congreso de la República de Guatemala (2016). *Iniciativa que propone aprobar mediación.* Recuperado el 01 de noviembre de 2022 de https://www.congreso.gov.gt/assets/uploads/noticias/archivos_adjuntos/b12ab-5808.pdf
- Defensoría del Pueblo. Ciudad Autónoma de Buenos Aires (s.f.). *Guía básica de derechos de mediación, conciliación y arbitraje.* Recuperado el 25 de octubre de 2022 de https://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/diario_mediacion_impr.pdf

García Villanueva, L. (2012). *La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo*. Recuperado el 26 de octubre de 2022 de <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-50196/documentos/LA%20MEDIACI%C3%93N%20CIVIL%20EN%20ESPA%C3%91A.pdf>

San Cristóbal Sales, S. (2013). *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantiles* Recuperado el 15 de octubre de 2022 de <file:///C:/Olopez/Downloads/Dialnet-SistemasAlternativosDeResolucionDeConflictos-4182033.pdf>

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*.

Congreso de la República de Guatemala. (1970). *Código de Comercio de Guatemala*. Decreto 2-70.

Jefe de Gobierno de la República. (1963). *Código Procesal Civil y Mercantil*. Decreto Ley 107.

Jefatura del Estado de España (2012). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles de España*. Ley 5/2012. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2012/BOE-A-2012-9112-consolidado.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2010). *Mediación y Conciliación en Argentina*. Ley 26,589. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>

Palacio Legislativo, Asamblea Legislativa de El Salvador (2002). *Ley de mediación, conciliación y arbitraje*. Decreto No. 914. <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/els86451.pdf>

Parlamento Europeo y del Consejo (2008). *Sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Directiva 2008/52/CE. <https://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>