



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

ISSN: 0718-0012

Legal Publishing Chile

Jequier Lehuedé, Eduardo

La mediación obligatoria y el deber de colaboración en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile. Una aproximación de *lege ferenda* \*

Ius et Praxis, vol. 24, núm. 3, 2018, pp. 553-582

Legal Publishing Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19758439016>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

re<sup>da</sup>dalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Trabajo recibido el 18 de julio de 2017 y aprobado el 12 de marzo de 2018

**La mediación obligatoria y el deber de colaboración  
en el ámbito de los conflictos comerciales y civiles en Chile.  
Una aproximación de *lege ferenda*\***

**MANDATORY MEDIATION IN THE FIELD OF COMMERCIAL AND CIVIL  
CONFLICTS IN CHILE. AN APPROACH OF LEGE FERENDA**

**EDUARDO JEQUIER LEHUEDÉ\*\***

**RESUMEN**

El presente trabajo trata sobre la mediación obligatoria en asuntos comerciales y civil-patrimoniales en el ordenamiento jurídico chileno. Se analiza su incardinación en el sistema constitucional vigente y se revisan los distintos modelos comparados, que contemplan el deber de colaboración de las partes, con énfasis en el sistema de *Court-annexed mediation*. Se incorporan datos originales de muestreo estadístico, para definir las bases del modelo a instaurar en Chile.

**ABSTRACT**

*This paper deals about compulsory mediation in commercial and civil-patrimonial matters in the Chilean legal system. It's analized its incardination in the current constitutional system and it's revised the different compared models, that contemplate the duty of collaboration of the parties, with emphasis in the Court-annexed mediation system. Original statistical sampling data are incorporated to define the basis of the model to be established in Chile.*

**PALABRAS CLAVE**

Mediación comercial, mediación patrimonial, mediación obligatoria,  
deber de colaboración

**KEY WORDS**

Commercial mediation, patrimonial mediation, compulsory mediation,  
duty of collaboration

---

\* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto Fondecyt Regular 2015, Nº 1150087, titulado "La mediación en asuntos comerciales como instrumento de competitividad y desarrollo empresarial en Chile. Premisas para una propuesta de *lege ferenda*", del cual el autor es investigador responsable, y del Proyecto Anillo de Investigación en Ciencias Sociales Conicyt SOC1 406.

\*\* Doctor en Derecho Universidad de Valencia, España; Magíster en Derecho de la Empresa, P. Universidad Católica de Chile; Profesor Titular de la Universidad de Los Andes, Chile; profesor de Derecho Comercial; Abogado. Correo electrónico: ejequier@uandes.cl.

## Introducción

La mediación, como medio de solución de conflictos complementario y eventualmente alternativo al proceso civil<sup>1</sup>, tiene su fuente en la libertad y en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes por lo mismo, no están obligadas a someter sus asuntos a mediación y menos a llegar a un acuerdo en ese marco, como alternativa única de solución del conflicto.

Sin embargo, nada parece impedir la imposición *ex lege* de la mediación previa para asuntos comerciales y civiles de índole patrimonial, sea de manera directa, como requisito de procesabilidad<sup>2</sup> de determinadas acciones, o por vía indirecta, al conferirle al juez la facultad de sugerir o imponer la mediación cuando lo estime conveniente. Tal imposición, como se dirá *infra*, no afecta el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, sino que abre simplemente un cauce extrajudicial de solución del conflicto, que bien puede ser estimulado por el Estado mediante la fórmula obligatoria previa. Así lo entiende, precisamente, el art. 3º de la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (D.O. 2008, L 136), que define la mediación como “*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este proceso* (agrega la misma disposición) *puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un estado miembro*”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Como apunta Barona, será un procedimiento extrajurisdiccional y alternativo en aquellos casos en que las partes llegan efectivamente a un acuerdo entre ellas, con la intervención del mediador. En caso contrario, el conflicto deberá ser resuelto necesariamente en sede jurisdiccional heterocompositiva, arbitral o judicial. Dicho de otra forma, en la mediación no hay proceso sino “procedimiento” extrajurisdiccional, que solo podrá equipararse funcionalmente con el primero, como camino alternativo, cuando se logra el acuerdo autocompositivo, que pone fin al conflicto (BARONA [2012], pp. 107 y 108).

<sup>2</sup> En el caso australiano, por ejemplo, diversas legislaturas exigen que las partes, antes de plantear un conflicto ante la jurisdicción estatal, se sometan a algún mecanismo alternativo de solución de conflictos. Así lo señala *v. gr.* la sección 4 de la *Civil Dispute Resolution Act*, del año 2011, que requiere la realización previa de esfuerzos o “pasos seguros” (“*genuine steps*”) para resolver el conflicto; o la *Civil Procedure Act* de Nueva Gales del Sur, del año 2005 (*Part 2A*), que exige haber tomado providencias o “pasos razonables” (“*reasonable steps*”) en este mismo sentido.

<sup>3</sup> Según los datos del informe del Parlamento Europeo, en aquellos países en los que se ha incorporado la mediación de asuntos civiles y mercantiles en forma obligatoria, el número de conflictos que han encontrado solución es muy superior al que exhiben aquellos que han seguido el camino de la plena voluntariedad, como España en la Ley N° 5/2012. En Italia, por ejemplo, los asuntos

La fórmula obligatoria de la mediación, entonces, ha sido vista como una manera de acortar la brecha entre esta última y la vía jurisdiccional, que, al menos en Chile, cuenta con todas las preferencias de los justiciables, a la hora de optar por un camino de solución de sus conflictos. Tal escenario, que obedece principalmente a la desconfianza o desincentivo que genera la poca información disponible entre las empresas y sus abogados y/o a la falta de capacitación de los grupos de interés (abogados, mediadores, empresarios, jueces), hunde a su vez sus raíces en un fenómeno de mayor profundidad y complejidad, como es la ausencia generalizada de políticas públicas sobre mediación, que la posicionen como un mecanismo que atañe no solo al interés de las partes en conflicto, sino también –y principalmente– al interés público.

El presente trabajo pretende mostrar, además, algunas herramientas complementarias a la pura obligatoriedad, ideadas por aquellas regulaciones comparadas que han incorporado algunos blindajes normativos para incentivar la colaboración de las partes y para favorecer, precisamente, el éxito de la mediación en este ámbito de asuntos, comerciales y civil-patrimoniales.

## 1. La mediación obligatoria en Chile

La figura de la mediación obligatoria no es desconocida para el derecho chileno, que la contempla como gestión previa o sobrevenida respecto de determinados conflictos en materia de familia (Ley N° 19.968, art. 106)<sup>4</sup>; como trámite previo en el ámbito de la salud (Ley N° 19.966, arts. 43 y ss.); o como gestión también obligatoria en aquellos conflictos sobre fijación de tarifas por el uso de derechos de autos, contemplada en el art. 100 bis de la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual (a la que nos referiremos *infra*). En otros casos, la legislación chilena ha optado por el mecanismo de la conciliación, como gestión previa respecto de determinados conflictos contencioso-administrativos de carácter contractual, lo que ocurre por ejem-

---

sometidos a mediación obligatoria superan los 200.000 al año, mientras que en España no pasan de los 2.000 (*Vid. HERRERA* [2017], pp. 8 y 9). Este factor, por ende, repercute directamente en el grado de eficacia de la mediación, pues, como señala Martí, en ese país está costando mucho extender la cultura necesaria para su desarrollo (*MARTÍ* [2013], p. 12).

<sup>4</sup> La incorporación de la mediación previa obligatoria en materia de familia, fue la resultante de las dificultades que sufrieron los tribunales de familia que al poco andar de su creación y vigencia, se vieron enfrentados a un gran número de demandas sobre regulación de alimentos, cuidado de los hijos y relación directa y regular, que superaron la capacidad operativa de aquellos. La Ley N° 20.286, de 15 de septiembre de 2008, introdujo por lo mismo esta figura de mediación obligatoria, retomando así el texto del proyecto original que se plasmó, finalmente, en la nueva Ley N° 19.968. Sobre la conveniencia de la mediación obligatoria en el Derecho de familia. Puede consultarse a VARGAS (2008), pp. 183-202.

plo con la denominada “Comisión Conciliadora” a que se refiere el art. 21 de la Ley Nº 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido<sup>5</sup>, y el “Panel Técnico” contemplado en el art. 36 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas (D.F.L. Nº 164 del año 1991, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto Nº 900 del Ministerio de Obras Públicas, de 31 de octubre de 1996)<sup>6</sup>.

Podrá decirse, con todo, que en los casos recién mencionados la obligatoriedad de la mediación se explica a partir de la naturaleza supraindividual de los intereses involucrados en los conflictos respectivos, que por involucrar el interés colectivo justifican y legitiman precisamente la intervención del Estado en un ámbito reservado en principio a la autonomía de la voluntad (*vid. supra*). A nuestro juicio, sin embargo, tal aserto –sin duda correcto como planteamiento general– no obsta a que la mediación pueda ser establecida como gestión obligatoria cuando se trata de conflictos sobre derechos e intereses disponibles para las partes, como ocurre en el ámbito empresarial, pues con ello –y como pretendemos demostrar con este estudio– no se impide ni se entraña el libre acceso de aquellas a la tutela jurisdiccional.

<sup>5</sup> Según el inciso 1º de la norma citada, “*Las controversias que se produzcan entre las partes con motivo del contrato de participación, se someterán al conocimiento y resolución de una Comisión Conciliadora, integrada por un profesional designado por el Director del Serviu o la Municipalidad, según corresponda, un profesional designado por el participante y otro nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. A falta de acuerdo, este último será designado por el juez de letras señalado en el artículo 18 (...)*”. A su turno, el inciso 5º de la misma disposición señala que “*La Comisión Conciliadora buscará la conciliación entre las partes, formulando proposiciones para ello. Si la conciliación no se produce en el plazo de treinta días, cualquiera de las partes podrá solicitarle, en el plazo de diez días, que se constituya en Tribunal Arbitral. Vencido dicho plazo, si no se solicitará la constitución del Tribunal Arbitral, quedará firme la última proposición de la Comisión Conciliadora*”

<sup>6</sup> Si bien es cierto que el acceso a este Panel es voluntario para las partes, la redacción de la norma permite entender que cualquiera de ellas puede recurrir al mismo, en cuyo caso la gestión se hace obligatoria para la otra y para el propio Panel. Dice esta disposición:

“*Las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas.*

*El Panel Técnico, que no ejercerá jurisdicción, deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público establecido en el reglamento, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos, prorrogable por una vez, contado desde la presentación de la discrepancia. La recomendación será notificada a las partes y no tendrá carácter vinculante para ellas.*

*La recomendación del Panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos. En tal caso, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de su sentencia (...).*

### 1.1. Lo obligatorio no es mediar, sino someterse a mediación

Atendida la íntima relación que existe entre los conflictos sobre materias disponibles en derecho y la libertad que tienen las partes para optar –o no– por cauces alternativos de heterocomposición o autocomposición de los mismos, queda por determinar si la opción de imponer un procedimiento de mediación en estos casos, en forma previa o durante el juicio, afecta realmente los principios estructurales de libertad y dignidad de la persona humana, y la garantía de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

De especial interés resulta en este sentido la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional –TC–, de fecha 10 de julio de 2012. Allí, y conociendo de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada por un particular en el marco de un proceso judicial por supuesta negligencia médica todavía pendiente, el Tribunal Constitucional ha declarado –con voto disidente– la constitucionalidad del mecanismo de mediación obligatoria que establece la Ley N° 19.966, sobre “Régimen de Garantías de Salud”, a la que ya nos hemos referido.

Este mecanismo, recordemos, se contiene básicamente en el inciso primero del artículo 43 de la señalada ley, según el cual *“El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales (...) para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones (...) requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54”*. Pues bien, a juicio del recurrente de inaplicabilidad –y a modo de síntesis–, el requisito de mediación previa obligatoria constituye un presupuesto normativo “que lesiona la igualdad ante la ley, contemplada en el N° 2º del artículo 19 de la Constitución, al establecer diferencias entre los distintos titulares de derechos que demandan perjuicios (...)”, e infringe además –agrega– el derecho de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, que se vería limitado en este caso por el requisito de mediación previa y obligatoria recién mencionado.

Debemos reconocer, ante todo, que la mediación obligatoria y los problemas dogmáticos que genera, tanto en el caso de la Ley N° 19.966 como en aquellos contemplados en materia de familia, son siempre los mismos y han sido planteados no solo en nuestro medio, sino también en aquellos ordenamientos jurídicos comparados que la contemplan en términos más o menos similares. Sobre este punto, por ende, pueden encontrarse variadas opiniones, cuyos extremos comunes contraponen por un lado el libre acceso a la jurisdicción –como lo planteó precisamente el recurrente de inaplicabilidad– y,

por el otro, el intento de paliar y evitar procesos inútiles, dando la opción al demandado para que subsane lo que haya que subsanar y al demandante para que revise y ajuste su pretensión.

Sin embargo, la gran novedad que trae la sentencia citada, a nuestro juicio, radica en que el Tribunal Constitucional descarta en ella, expresamente y por primera vez, todo sesgo de inconstitucionalidad en la institución de la mediación obligatoria como tal, criterio que resulta perfectamente extrapolable al ámbito de los conflictos empresariales aun cuando éstos, a diferencia de los anteriores, se sitúen en un contexto de materias disponibles en derecho. Dijo en este punto el TC:

*"Vigésimo sexto: (...) la mediación no impide el acceso a la justicia ni tampoco obstaculiza la reparación que se persigue. No impide el acceso a la justicia porque, como señala el inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966, durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar. Así, el reclamante no ve cercenada la posibilidad de que se haga justicia en su favor, pudiendo recurrir a la justicia con posterioridad al desarrollo de un proceso de mediación que ha fracasado.*

*Por la misma razón anterior, la exigencia de acudir en forma previa a la mediación, antes de deducir las acciones judiciales que procedan, no impide la reparación que se pretende, pues la mediación tiende precisamente a ello, por cierto, si existe debido fundamento. Si aun existiendo ese fundamento, la mediación fracasa, queda igualmente abierto el camino para deducir las acciones judiciales que procedan".*

En consecuencia, y a diferencia de lo que sostiene el voto disidente de los ministros Sres. Vodanovic, Navarro y Aróstica, la posibilidad de forzar el procedimiento de mediación no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues deja abierta la vía judicial en todo caso. Dicho de otra forma, lo obligatorio aquí no es mediar, sino ir a la medición<sup>8</sup>, pues, como lo ha señalado también la Corte Constitucional italiana, el referido derecho no comporta "la absoluta

<sup>7</sup> STC, Recurso de inaplicabilidad, rol N° 2042-11-INA.

<sup>8</sup> Sobre esta sentencia puede consultarse a AGUIRREZÁBAL (2013), pp. 295 y ss. La critican Palomo y Valenzuela (PALOMO y VALENZUELA [2012], pp. 387-426), pues "un sistema de mediación, previa, obligatoria y ajena al Poder Judicial, posterga indebidamente a la jurisdicción y pone barreras de entrada demasiado onerosas para los derechos del justiciable, debiéndose evaluar el tiempo, costos y demás elementos involucrados a la hora de demandar por infracción de garantías de salud de la Ley N° 19.966" (p. 410). La crítica resulta coherente, si se la circunscribe al modelo de mediación extrajudicial o enteramente desconectada al proceso civil, aun cuando no la compartimos del todo.

inmediatez del ejercicio del derecho de acción, pudiendo la ley imponer cargas dirigidas a salvaguardar intereses generales”<sup>9</sup>.

Lo anterior no implica, entiéndase bien, que las partes no tengan adicionalmente el deber de colaborar de buena fe con la gestión de mediación. No basta, pues, que aquellas deban concurrir obligadamente al procedimiento de mediación –o al menos a una primera reunión informativa ante el mediador– si, a la vez, no se diseñan unos mecanismos concretos (a) que estimulen una conducta de real colaboración en la búsqueda de la solución al conflicto o, por contrapartida, (b) que desincentiven un actuar obstructivo o de pasividad preconcebida.

La mediación, en fin, no puede verse como un obstáculo burocrático que deba superarse necesariamente para acceder al proceso heterocompositivo, concebido como un espejismo del verdadero y único cauce de solución eficiente del conflicto. Por el contrario, nos parece que el éxito de aquella radica en buena medida –aunque no la única– en la cooperación activa y leal de las partes en la búsqueda de su propia solución; elemento éste que, aunque difuso, bien puede ser incorporado por el legislador sin que por ello se confundan la obligación de someterse a mediación con la de mediar efectivamente<sup>10</sup>.

---

La Ley N° 19.966 incorporó la mediación previa obligatoria en materia de salud (arts. 43 y ss.), asimilando el acuerdo de mediación a un “contrato de transacción” (art. 53), dado el carácter desjudicializado y extrajurisdiccional de este procedimiento. Dicha figura nos parece cuestionable, pero no por coartar el derecho de acceso a la jurisdicción, que se encuentra garantizado de manera oportuna y sin afectarlo en su esencia. Si bien la mediación es obligatoria, pues, su duración máxima debe estar siempre delimitada por la ley, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan impetrarse durante su realización. Es criticable, entonces, ya que el mediador debe ser siempre un tercero imparcial por autonomía, sin relaciones de interés que lo vinculen con cualquiera de las partes del conflicto. Sin embargo, en este caso y tratándose de prestadores de salud públicos, el papel de mediador se asigna *ex lege* al Consejo de Defensa del Estado, organismo que, paradojalmente, será el que representará en juicio a la entidad pública de salud demandada, de no llegarse a un acuerdo en la sede previa de mediación. Adicionalmente, y por tratarse de un mecanismo de mediación desconectada o ajena al proceso civil, la ejecución de acuerdo de mediación resulta incierta y por ende ineficaz, pues, en cuanto tal contrato de transacción, el acuerdo puede ser impugnado *ex post* como cualquier otro contrato. Distinto es el caso del acuerdo de mediación que surge de un procedimiento vinculado o conectado al proceso civil, como ocurre en Chile con la mediación familiar, pues allí el acuerdo adquiere el carácter de equivalente jurisdiccional.

<sup>9</sup> Sentencia N° 276/2000, comentada por BESSO (2010), pp. 256 y ss.

<sup>10</sup> El deber de lealtad y cooperación de las partes está expresamente contemplado en el art. 10 de la ley española N° 5/2012, que señala:

*“Artículo 10. Las partes en la mediación.*

1. *Sin perjuicio del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.*

2. *Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo.*

En el mismo sentido, en su sentencia de junio de 2017, dictada con ocasión de una consulta hecha por un tribunal italiano<sup>11</sup> respecto de la interpretación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo<sup>12</sup>, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– señaló que el carácter voluntario de la mediación reside no en la libertad de las partes de recurrir o no a este procedimiento, sino en el hecho de que ellas “se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento”<sup>13</sup>.

*Durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.*

*El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.*

*3. Las partes deberán presentar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad”.*

<sup>11</sup> En Italia, la mediación obligatoria en asuntos civiles y comerciales fue introducida mediante Decreto Legislativo N° 28, de 4 de marzo de 2010, para las siguientes materias: condominio, derechos reales, divisiones, sucesiones hereditarias, pactos de familia, arrendamiento, comodato, alquiler de empresas, resarcimiento del daño por la circulación de vehículos, buques, responsabilidad médica y difamación por la prensa u otros medios de publicidad, seguros, banca y contratos financieros (art. 5.1). A raíz de la sentencia N° 272, de 6 de diciembre de 2012, del Tribunal Constitucional italiano, algunas normas sobre mediación obligatoria fueron modificadas, para hacerlas enteramente compatibles con la salvaguarda de la tutela judicial efectiva, sistema que ha operado hasta hoy. Sobre la mediación obligatoria en Italia puede consultarse a VILANI, M. (2015).

<sup>12</sup> La misma Directiva modifica el Reglamento (CE) N° 2006/2004, la Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), (D.O. 2013, L 165, p. 63) y la Directiva 2008/52/CE, mencionada en el texto.

<sup>13</sup> Sentencia TJUE, de 14 de junio de 2017, asunto C-75/16, “*Livio Menini y Maria Antonia Rampanelli / Banco Popolare Società Cooperativa*”. Dice concretamente el Tribunal:

“39 A este respecto, debe señalarse que el artículo 1 de la Directiva 2013/11 establece que los consumidores podrán, si así lo desean, presentar reclamaciones contra los comerciantes mediante procedimientos de resolución alternativa. (...).

48. (...) si bien el artículo 1, primera frase, de la Directiva 2013/11, utiliza la expresión ‘si así lo desean’, cabe señalar que la segunda frase de este artículo establece explícitamente la posibilidad de que los Estados miembros establezcan la obligatoriedad de la participación en los procedimientos de resolución alternativa, siempre que su legislación no impida a las partes ejercer su derecho de acceso al sistema judicial.

49. Tal interpretación está corroborada por el artículo 3, letra a), de la Directiva 2008/52, que define la mediación como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio. En efecto, este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Asimismo, con arreglo al artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2008/52, ésta no afectará a la legislación nacional

Según el TJUE, por ende, lo relevante no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino el hecho de que, como prevé la Directiva 2013/11/UE, se asegure el derecho a la tutela judicial, en su vertiente de acceso al tribunal natural establecido por la ley. Con todo, la misma sentencia establece que la exigencia de un procedimiento de mediación, establecido con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales, será compatible con el derecho fundamental apuntado en la medida que reúna determinados requisitos:

- a) Que la mediación previa y obligatoria no conduce a una decisión vinculante para las partes.
- b) Que el procedimiento no implique un retraso sustancial para ejercitarse una acción judicial.
- c) El inicio del procedimiento debe interrumpir la prescripción de las respectivas acciones judiciales.
- d) No debe ocasionar gastos significativos.
- e) Debe posibilitar, en todo caso, la adopción anticipada de medidas provisionales urgentes.
- f) En los conflictos entre consumidores y comerciantes, la legislación interna no debe obligar al consumidor a ser asistido por un abogado<sup>14</sup>.
- g) El retiro de alguna de las partes (en este caso el consumidor) no puede tener consecuencias desfavorables de cara al ejercicio de las acciones judiciales. No obstante, el TJUE aclara especialmente que el Derecho nacional puede imponer sanciones cuando las partes no participen o colaboren en el proceso de mediación, sin que exista una causa justificada.

---

*que estipule la obligatoriedad de la mediación, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.*

50. *Como resulta del considerando 13 de la Directiva 2008/52, el carácter voluntario de la mediación reside, por tanto, no en la libertad de las partes de recurrir o no a este proceso, sino en el hecho de que 'las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento'.*

51. *Así, pues, lo que tiene importancia no es el carácter obligatorio o facultativo del sistema de mediación, sino que se preserve el derecho de las partes de acceder al sistema judicial. Con este fin, como señaló el Abogado General en el punto 75 de sus conclusiones, los Estados miembros conservan su plena autonomía legislativa, a condición de que se respete el efecto útil de la Directiva 2013/11.*

<sup>14</sup> *"64. En segundo lugar, por lo que respecta a la obligación del consumidor de ser asistido por un abogado para incoar un procedimiento de mediación, la respuesta a esta cuestión se desprende del tenor del artículo 8, letra b), de la Directiva 2013/11. En efecto, este artículo, relativo a la eficacia del procedimiento, establece que los Estados miembros velarán porque las partes tengan acceso al procedimiento de resolución alternativa sin estar obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico. Por otra parte, el artículo 9, apartado 1, letra b), de dicha Directiva establece que se debe informar a las partes de que no están obligadas a ser asistidas por letrado o asesor jurídico.*

*65. Por tanto, una legislación nacional no puede exigir que un consumidor que participe en un procedimiento de resolución alternativa tenga la obligación de ser asistido por un abogado".*

Por lo anterior, incluso en aquellos países en que se ha optado por el modelo de mediación voluntaria, como España, la doctrina entiende que no resulta contrario a la voluntariedad de la mediación el hecho de que, en determinados supuestos, sobre todo cuando existan intereses dignos de especial protección, el juez pueda obligar a las partes a asistir a una sesión informativa<sup>15</sup>. Cuando se acude a mediación –dice Ortuño–, por sugerencia o indicación judicial, la voluntariedad “comienza después de que el ciudadano asista a una sesión informativa en la que, por un profesional competente, se le expliquen las alternativas posibles y se le haga ver todos los efectos probables de la prosecución del litigio. A partir de entonces puede decidir libremente si prefiere quedarse o continuar, con lo que queda garantizado el principio de voluntariedad”<sup>16</sup>; o como señala Sigüenza, en fin, “las partes pueden verse abocadas a intentar una mediación en virtud de una norma legal, pero ninguna disposición puede obligarles a mantenerse en ella y, mucho menos, a conseguir un acuerdo”<sup>17</sup>.

## 1.2. La mediación obligatoria de asuntos patrimoniales en Chile. La visión de los agentes del conflicto en datos estadísticos

Para generar información actualizada y representativa sobre la mediación de asuntos patrimoniales en Chile, durante el año 2016 se llevó a cabo un estudio práctico a nivel nacional, construido sobre la base de tres encuestas dirigidas simultáneamente a empresarios, abogados y jueces. La encuesta contó con la participación de 749 personas a lo largo del país, de las cuales 305 eran abogados, 136 jueces y 308 empresarios<sup>18</sup>.

Un primer grupo de preguntas y planteamientos se orientó a conocer, precisamente, la percepción de los tres grupos encuestados respecto del sistema de mediación de conflictos comerciales y civil-patrimoniales que debiese adoptarse a futuro por el legislador, con extremos que van desde la completa voluntariedad (como ocurre en la ley española de Mediación de Asuntos Civiles y Mercantiles, Nº 5/2012 de 6 de julio), hasta la total obligatoriedad (caso de la Ley de Mediación argentina, Nº 24.573 de 1998).

<sup>15</sup> Cfr. MEJÍAS (2009), p. 35.

<sup>16</sup> ORTUÑO (2011), p 137.

<sup>17</sup> SIGÜENZA (2018), pp. 3 y 4. Según este autor, “Podrá estipularse que es preceptivo acudir a una mediación antes de hacerlo ante la jurisdicción y que ello resulta conveniente tanto para los particulares como para la Administración de Justicia, que se encuentra ciertamente colapsada. Y, guste más o guste menos, se comparta o no dicho punto de vista, será una decisión legítima”.

<sup>18</sup> La metodología y los resultados completos de este estudio pueden consultarse en JEQUIER (2018). El mismo autor (2017), pp. 143 y ss.

Los resultados, en lo que aquí concierne, fueron marcadamente proclives al sistema de mediación obligatoria y, dentro de él, a la modalidad previa conectada al proceso civil.

Como muestran los datos que se mencionan a continuación, el referido modelo constituye la vía idónea para romper con un esquema ya endémico en nuestro ordenamiento jurídico, caracterizado por una notoria inercia regulatoria que se nutre de –y que retroalimenta a– un fenómeno de desinformación y desuso de la mediación de asuntos patrimoniales, por parte de los agentes del conflicto empresarial.

*A) Recomendación general de la mediación, como vía de solución del conflicto empresarial futuro.*

Para explorar la percepción de los empresarios y abogados, sobre la conveniencia –o no– de considerar la mediación para la solución de los conflictos empresariales, se hicieron las siguientes preguntas:

a) Como recomendación general para conflictos futuros.

A los abogados se les preguntó si suelen recomendar la mediación a sus clientes, como mecanismo previo de solución de un eventual conflicto:

– El 24,1% de los abogados dijo que jamás recomienda un proceso de mediación previo a judicializar el problema.

– El 39,3% de los abogados de vez en cuando lo hace.

– El 17,9% de los abogados casi siempre recomienda un proceso de mediación previo a judicializar un problema.

– El 18,6% de los abogados siempre recomienda un proceso de mediación previo a la mediación.

b) Como cláusula contractual de general aplicación.

A los empresarios y abogados, corporativos y de asesoría externa, se les pidió que pusieran nota de 1 a 7 (donde 1 es poco útil y 7 es muy útil) a la práctica de llamar a una reunión en su organización, para evaluar la inserción de una cláusula de mediación previa en todos los contratos:

– Los empresarios le asignaron nota 5,3.

– Los abogados la calificaron con nota 5,1.

c) Como política corporativa interna.

A los empresarios se les pidió, por último, que pusieran nota de 1 a 7 (donde 1 es poco útil y 7 es muy útil) a la política de tener como consultor a un abogado o profesional entrenado y especializado en mediación:

– La calificación asignada fue de 5,3.

*B) Recomendación de la mediación ante un conflicto ya existente.*

Si bien los datos anteriores muestran una marcada tendencia pro-mediación para asuntos futuros, el panorama varía radicalmente cuando el conflicto es actual o inminente.

Se quiso contrastar, en efecto, la opinión de los abogados en cuanto al camino a seguir ante un conflicto futuro y uno actual y contingente, para lo cual se les preguntó si, ante un conflicto ya existente, privilegian la posibilidad de la mediación de un tercero como estadio previo al proceso judicial o arbitral:

- El 54,5% de los abogados contestó que nunca han buscado la mediación.
- El 37,2% contestó que solo de vez en cuando.
- El 6,9% aseguró que casi siempre lo hace.
- El 1,4% afirmó que siempre busca la mediación de un tercero.

En consecuencia, el 91,7% de los abogados se mostró reacio o derechamente contrario a la mediación, como mecanismo de solución del conflicto empresarial, pese a la opinión general favorable que antes manifestaron. Los elementos principales que explican esta dicotomía fueron descritos ya en otro trabajo<sup>19</sup> e incardinan, principalmente, en un contexto mayor de total silencio y sequía normativa sobre esta materia, factor que se erige en un obstáculo de proporciones de cara al desarrollo de la mediación patrimonial en Chile.

*C) Sobre la mediación previa obligatoria, como modalidad de regulación normativa.*

En lo que concierne a la figura de la mediación previa y obligatoria, conectada al proceso civil (esto es, la que se exige por ley como requisito previo al inicio del proceso civil), los tres grupos encuestados se mostraron ampliamente partidarios de implementar el modelo en Chile.

a) Sobre el tipo de conflictos que deben someterse en forma previa y obligatoria a mediación, según cuantía:

- El 52% de los encuestados dijo que todos los conflictos de naturaleza comercial y civil-patrimonial deben someterse previamente a mediación.
- El 15% señaló que solo aquellos cuya cuantía no supere las 100 UF.
- El 15% dijo que solo aquellos cuya cuantía no supere las 500 UF.
- El 7% dijo que solo aquellos que no superen las 1000 UF.
- El 11% dijo que ningún conflicto debe ser sometido de forma obligatoria a una mediación previa.

b) La opinión de los jueces sobre las características de un futuro modelo de mediación conectada al proceso civil en Chile.

– El 22,39% dijo estar muy de acuerdo con implementar la mediación de asuntos civiles y comerciales en forma previa y obligatoria al proceso judicial, mientras que el 56,72% dijo estar de acuerdo con ese modelo.

– El 40,3% dijo estar muy de acuerdo con la necesidad de implementar medidas que incentiven la colaboración de las partes, durante el procedimiento

<sup>19</sup> Nota modificada para conservar el anonimato del autor.

de mediación; mientras que el 46,27% dijo estar de acuerdo con sancionar el actuar de mala fe.

– El 49,21% consideró indispensable regular legalmente los principios y garantías mínimas del procedimiento de mediación obligatoria conectada al proceso judicial; mientras que el 36,51% dijo estar de acuerdo.

– El 24% dijo ser muy partidario de que los Jueces de Letras y de las Cortes tengan la posibilidad de implementar sus propias unidades de mediación, sin perjuicio de la existencia de la derivación a mediadores externos; mientras que el 45% dijo estar de acuerdo con tal posibilidad.

A modo de síntesis, entonces, los datos recopilados muestran que la inexistencia de unas reglas y garantías básicas de procedimiento, la falta de definición respecto de la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación y, en fin, la incertidumbre en cuanto a la ulterior ejecución y cumplimiento efectivo del señalado acuerdo, son aspectos que desincentivan la utilización de la mediación por los agentes del conflicto. Todos ellos valoran la mediación de asuntos patrimoniales; pero, a fin de cuentas, lo concreto es que ninguno está realmente consciente de su utilidad y eficacia, como vehículo que puede ahorrarle tiempo y dinero a las partes e incluso al Estado, al proporcionar una vía expedita de acceso a la justicia, al alcance de todos los justiciables<sup>20</sup> y de bajo costo social<sup>21</sup>.

De allí, pues, la relevancia que se le asigna a un modelo de mediación obligatoria y conectada al proceso judicial, en donde el acuerdo de mediación forme parte del mismo y asuma, por ende, el carácter de equivalente jurisdiccional; de fuente voluntaria, pero de efectos procesales.

<sup>20</sup> A juicio de Aguirrezábal, los obstáculos de acceso a la tutela judicial efectiva, que además suponen una evidente desigualdad de los justiciables ante la ley, pueden agruparse en económicos y culturales. Entre los primeros –los económicos– se encuentra por ejemplo el alto costo que puede representar la vía litigiosa –judicial o arbitral–, en aquellos casos –no pocos– en que los montos involucrados en el conflicto son comparativamente bajos, o la exigencia de cuantías mínimas para acceder a la justicia. Los culturales, a su vez, tienen también un componente jurídico ya que se refieren, principalmente, a la falta de educación e información de los ciudadanos acerca de sus derechos y obligaciones, a la complejidad del lenguaje jurídico, la desconfianza en los órganos jurisdiccionales, derivada principalmente en la lentitud de sus respuestas, etc. (AGUIRREZÁBAL [2013], pp. 298 y 299).

<sup>21</sup> El mismo estudio estadístico, referido en el texto, muestra que, en opinión de los jueces encuestados, los costos fijos promedio estimados que debe asumir el Estado de Chile (Poder Judicial) por concepto de la tramitación íntegra de un juicio sobre materias comerciales y civil/patrimoniales (sueldos de jueces y funcionarios, gastos administrativos, infraestructura, gastos de consumos periódicos como electricidad, aseo, manutención de bienes físicos, etc.), asciende a la suma de \$ 14.450.422 por cada juicio. Dicha cifra, comparada con las bajas cuantías de los conflictos –por un lado– y el tiempo promedio que tarda un proceso judicial sobre conflictos patrimoniales en Chile –por el otro–, deja en evidencia que la solución jurisdiccional, en muchos casos, es también inadecuada de cara a su muy baja rentabilidad social (*vid supra*).

## 2. Mediación obligatoria y mecanismos de incentivo a la colaboración de las partes en el derecho chileno y comparado. Especial referencia al sistema del *court-annexed mediation*

Hemos dicho *supra* que, en un medio como el chileno, caracterizado por sus altos índices de litigiosidad<sup>22</sup> y una escasa experiencia e información sobre la mediación de asuntos patrimoniales, la sola regulación legal y obligatoria de la misma, sin el concurso de medidas complementarias que atiendan a la buena fe y a la colaboración de las partes en la búsqueda de la solución autocompuesta, parece ser insuficiente de cara a la eficacia y potencial que ofrece dicho mecanismo.

Nos hemos referido, en otra oportunidad<sup>23</sup>, a algunos sistemas comparados que han adoptado legalmente el sistema de la mediación obligatoria de asuntos comerciales y civiles, incluso como requisito previo de acceso a la jurisdicción, como el caso argentino y el italiano, incorporando medidas concretas para incentivar la participación de buena fe de las partes y para sancionar el ánimo obstrucciónista<sup>24</sup>. Por contrapartida, en aquellos países que han optado por la fórmula enteramente voluntaria, como España (Ley Nº 5/12, de 6 de julio), el reducido impacto de la mediación ha exacerbado

<sup>22</sup> Como se señala en el “Perfil de Proyecto” del Programa BID sobre “Apoyo a la Reforma Judicial”, aprobado en julio de 2010, según el “Reporte Sobre la Justicia en las Américas del Centro de Estudios de Justicia de las Américas” (CEJA), Chile es el país de América Latina con la tasa más alta de litigiosidad, con un ingreso anual de causas que sigue aumentando (en 2008 ingresaron 13% más de causas que en 2007). Este aumento de causas –dice el mismo Perfil–, ha sido enfrentado y contrarrestado con un incremento sostenido del presupuesto judicial, que entre 2003 y 2007 aumentó en un 50%, y con una mayor capacidad para poner término a las causas pendientes, sin considerar, por lo mismo, la utilidad que presentan en esta misma línea mecanismos alternativos de solución de conflictos civiles y comerciales como la mediación (Proyecto BID Nº CH-L1058, “Perfil de Proyecto”, p. 1. Disponible en <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35080924>).

<sup>23</sup> Nota modificada para conservar el anonimato del autor.

<sup>24</sup> La legislación italiana pone especial énfasis en el deber de colaboración de las partes en la mediación. Así, y más allá de la eficacia de estas medidas:

a) Por un lado, el art. 8º, párrafo 4-bis, del Decreto Legislativo Nº 2827 ya citado, establece que, en caso de no participación en el proceso de mediación, sin una razón justificada, el juez del juicio posterior está facultado para inferir argumentos de prueba que eran de cargo de la parte ausente, de conformidad con el art. 116 del Código Civil italiano, y está obligado a condenarla en todo caso a pagar una sanción pecuniaria, igual al monto de la contribución unificada de la causa.

b) Por su parte, el art. 13, párrafo 1º, sanciona a la parte que no colaboró en la mediación, pero que luego obtiene en el juicio, privándolo del cobro de los gastos en que incurrió durante la mediación, cuando el juez, al concluir el juicio, estima que el contenido de la sentencia coincide con el de la propuesta previamente formulada por el mediador. Adicionalmente, el juez está facultado para condenarlo al reembolso de los gastos incurridos por la parte perdedora, durante el mismo período, así como el pago de una multa en favor del Estado.

el ánimo crítico de la doctrina especializada, que reclama un regreso al sistema obligatorio tal como se contemplaba inicialmente, en el Proyecto de la señalada ley<sup>25</sup>.

En lo que sigue, complementaremos este panorama con el análisis de algunas normativas comparadas sobre mediación conectada al proceso civil, tomadas en cada caso del modelo anglosajón del *Court-annexed Mediation* (o mediación anexa a la Corte), implementado en países de todos los continentes y, a su vez, en varios estados de los Estados Unidos de Norteamérica.

El énfasis de este análisis se pondrá, además, en las herramientas ideadas en cada caso para propiciar los acuerdos, pues ellas coinciden –en lo que aquí interesa destacar– en la necesidad de incentivar la participación colaborativa de las partes y/o, en su caso, de sancionar el actuar obstructivo y de mala fe durante el procedimiento de mediación.

## **2.1. Mediación obligatoria y deber de colaboración en la legislación chilena. El caso particular del art. 100 bis de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, y los riesgos de la soberreacción**

De esencia compleja y de límites normativos difusos<sup>26</sup>, la consagración del principio de colaboración de las partes en el proceso civil resulta esencial para el logro de los fines de la justicia, pues sitúa al justiciable en una posición de agente cooperador con la función judicial, como deber o carga genérica de cara a la solución del conflicto en particular. Como dice Aguirrezábal<sup>27</sup>, dicho

<sup>25</sup> Por todos MAGRO (2013). Según este autor, “es preciso que se insista en la idea de seguir por la línea por la que ya giraba el Proyecto de ley –obligatoriedad de la mediación– que caducó en la anterior legislatura y en el que se apuntaba la necesidad de acudir a la mediación civil y mercantil de forma preceptiva cuando se reclamaran hasta 6.000 euros” (en igual sentido, MAGRO [2012], pp. 1 y 2). Otros autores plantean que, incluso en el actual sistema de mediación voluntaria, debe permitirse al juez imponer la suspensión del proceso y derivar obligatoriamente a la mediación, “imponiendo ciertas consecuencias en caso de negativa injustificada a conocer el procedimiento de mediación” (ALASTRUEY [2011], p. 404).

<sup>26</sup> Larroucau se refiere a este factor como “el enigma de las cláusulas abiertas”, planteando tres modos conceptualmente diversos de comprender la buena fe procesal en la litigación moderna: una tesis fuerte (contribuir a la justicia del caso), una tesis mínima (no litigar con dolo) y una tesis más que mínima (cumplir con ciertos deberes de colaboración y con las cargas procesales). LARRAOUCAU (2013), p. 259. Calamandrei, por su parte, se pregunta si es concebible un verdadero y propio deber de colaboración con la justicia, que consiga “no ser negación del derecho a la defensa” (CALAMANDREI [1996], p. 413), mientras que Couture considera que no es correcto establecer que en el proceso existan tales deberes u obligaciones, puesto que ambas nociones contrarían el espíritu dispositivo de los derechos de los que gozan las partes, diferenciándose los conceptos de carga, deber y obligación (COUTURE [1958], pp. 171 y ss.)

<sup>27</sup> AGUIRREZÁBAL (2016), p. 21.

deber “se desarrolla a partir de una visión solidaria del proceso, que se asienta e implementa a partir de la buena fe y probidad procesal, con la finalidad de afianzar el buen comportamiento en los intervenientes y el resultado útil de la jurisdicción”; o en palabras de Bustamante, es “el conjunto de reglas de conducta, gobernadas por el imperativo ético, a las cuales deben ajustarse todos los sujetos del proceso (...)", que “proscribe la malicia, la mala fe y la deshonestidad como instrumentos inaceptables para ganar los pleitos”<sup>28</sup>. Agreguemos, simplemente, que tales reglas, en cuanto imponen verdaderas cargas a las partes, deben cumplirse voluntariamente por éstas o bien de modo coactivo<sup>29</sup>.

La legislación procesal-civil chilena, sin embargo, no se ha hecho cargo, hasta hoy, de sentar las bases de la buena fe procesal y del principio de colaboración. Es así que el Código de Procedimiento Civil, de 1903, no contiene normas que proscriban y sancionen, a modo de principio rector del proceso civil, el actuar de mala fe de las partes<sup>30</sup>, factor que, pese a su relevancia, fue abordado recién por el Anteproyecto de Código Procesal Civil, del año 2006<sup>31</sup>. Distinto es el caso de la doctrina procesalista chilena, que en el último tiempo se ha ocupado de abordar con celo esta compleja materia<sup>32</sup>. Tratándose concretamente de la mediación, no es de extrañar, entonces, que la legislación chilena de principios de siglo, contenida básicamente en la Ley N° 19.968, del año 2004 (mediación familiar) y en la Ley N° 19.966 del mismo año (mediación de conflictos en salud), no haga referencia alguna a la buena fe y al deber de colaboración de las partes, más allá de exigir la asistencia a una primera sesión a lo menos (arts. 105.b y 106 de la Ley N° 19.968, y

<sup>28</sup> BUSTAMANTE (2010), p. 98.

<sup>29</sup> DEVIS (1990), p. 401.

<sup>30</sup> Existen, no obstante, algunas manifestaciones particulares de este principio, como ocurre con el art. 88 del Código de Procedimiento Civil, cuando impone el deber de consignar previamente para la interposición de nuevos incidentes; cuando la parte ha actuado de mala fe o con el ánimo de dilatar el proceso, o cuando faculta al juez para sancionar al mandatario judicial de la parte que goza de privilegio de pobreza, por la interposición de incidentes (AGUIRREZÁBAL [2015], p. 309).

<sup>31</sup> Una revisión esquemática del tratamiento normativo de la buena fe procesal en el derecho comparado puede encontrarse en LARROUCAU (2013), pp. 260-262.

<sup>32</sup> Sin perjuicio de los autores ya citados, Palomo, citando a Klein y Cappelletti, se refiere a este principio señalando que “la colaboración, la buena fe y lealtad procesal, la moralización del proceso y el llamado solidarismo, toman la palabra buscando dejar atrás la idea del proceso como una contienda entre partes parciales enfrentadas ante un tercero imparcial, y en el afán de la búsqueda de la verdad objetiva impone la redefinición del principio de la buena fe procesal para dar lugar a un deber de colaboración entre todos los que intervienen en el proceso, incluyendo deberes de asistencia del juez, y los deberes de veracidad e integridad de las partes” (PALOMO [2013], p. 449).

art. 43 de la Ley N° 19.966) aunque sin sancionar, en todo caso, la incomplicencia o la conducta obstructiva durante el procedimiento de mediación. La omisión, en este caso, resulta especialmente notoria y criticable, pues, a diferencia de los cauces heterocompositivos –proceso judicial y arbitraje–, la mediación depende de –y descansa en– la autonomía de la voluntad y en la actitud proactiva de las partes, de cara a la construcción consensuada de la solución propia del conflicto.

Sin perjuicio de lo anterior, especial mención merece en esta parte el art. 100 bis nuevo de la Ley N° 17.366 sobre Propiedad Intelectual, incorporado por el art. 1º N° 15 de la Ley N° 20.435 (D.O. de 4 de mayo de 2010), que establece un mecanismo de mediación previa obligatoria para aquellos conflictos surgidos entre las asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios de derechos de autor o conexos –por un lado– y las entidades de gestión colectiva de derechos de autor –por el otro–, sobre la determinación del monto de las tarifas a pagar por el uso de tales derechos.

Se trata, pues, de un muy particular sistema de mediación, de carácter híbrido, que entremezcla los elementos configuradores de los sistemas de mediación extrajudicial y de mediación conectada al proceso civil. En su origen y desarrollo, en efecto, se contempla una mediación del primer tipo, de naturaleza extrajudicial o desconectada del proceso civil (art. 100 bis, incisos 1º y 2º); pero, en la fase terminal y en los efectos de la mediación, se le confiere el mérito de sentencia ejecutoriada al acuerdo de mediación (art. 100 bis, inc. penúltimo<sup>33</sup>), lo que es propio del segundo modelo, de mediación conectada al proceso civil. La señalada novedad, sin embargo, se ve opacada luego por un muy cuestionable mecanismo de arbitraje forzoso, contemplado en el art. 100 ter para el caso en que la mediación no termine en acuerdo<sup>34</sup>.

En lo que aquí nos interesa destacar, con todo, la ley no se limita simplemente a imponer en este caso la mediación previa, como ocurre en materia de familia o en los asuntos de salud ya dichos (*vid supra*). Mucho más que eso, y consciente de la relevancia que tiene para el éxito de la mediación el actuar colaborativo y de buena fe de las partes, la ley se ocupa especialmente de reforzar la predicha obligatoriedad con medidas concretas que

<sup>33</sup> “En caso de llegarse a acuerdo sobre todos o algunos de los puntos sometidos a mediación, se dejará constancia en un acta de mediación, la que, luego de ser leída por los participantes, será firmada por ellos y por el mediador, quedando copia en poder de cada una de las partes y del mediador. Dicha acta tendrá valor de sentencia ejecutoriada. (...”).

<sup>34</sup> Nota modificada para conservar el anonimato del autor.

desincentivan las conductas obstructivas o simplemente neutras de las partes. En su entusiasmo, con todo, el art. 100 bis, incisos 7º y 8º, opta por un camino desproporcionado, al establecer una sanción que nos parece derechamente constitucional. Dice esta norma:

*"Dentro de los diez días siguientes a la notificación del nombramiento del mediador las partes deberán presentar sus propuestas fundadas de tarifa y las utilizaciones respecto de las cuales se aplica, así como los antecedentes en que se fundan. Sin perjuicio de lo anterior, en el transcurso de la mediación, las partes podrán presentar nuevas propuestas de tarifa.*

*En caso de que una parte no comparezca, no haga una propuesta fundada de tarifa o se desista de la mediación, la propuesta de tarifa hecha por la otra parte se tendrá por aceptada por el solo ministerio de la ley y tendrá valor de sentencia ejecutoriada. El mediador dejará constancia de las circunstancias anteriores en el acta".*

Según el texto transcrita, entonces, la falta de colaboración de una de las partes se traduce, derechamente, en que la propuesta de la otra parte pasa a adquirir, por mandato de ley y sin que exista –obviamente– un acuerdo de mediación, el carácter de equivalente jurisdiccional que pone término al conflicto, con autoridad de cosa juzgada. Semejante arbitrio legal, por ende, afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, pues priva a la parte renuente de su derecho a una sentencia oportuna sobre el fondo del asunto controvertido, dictada con todas las garantías. Todavía más, la fórmula legal desnaturaliza por completo la esencia misma de la mediación, concebida como un sistema en donde las partes, libremente, re conducen sus intereses contrapuestos con miras a construir su propia solución.

Pese a su loable inspiración, entonces, la solución escogida aquí por la ley, más que desincentivar la falta de colaboración de las partes, termina por dibujar el peor de los panoramas.

## 2.2. Sistemas de *Court-annexed Mediation* y el deber de colaboración de las partes

Con el mismo propósito, aunque con mayor medida y rigor dogmático, los ordenamientos jurídicos que han optado por el sistema anglosajón del *Court-annexed Mediation (C-aM)* contemplan –no todos– diversos mecanismos para potenciar la mediación en asuntos patrimoniales, incluyéndose aquellos orientados a estimular la colaboración y buena fe de las partes. Como muestra de lo anterior –pues un análisis integral resultaría inabordable–, en lo que

sigue se revisarán algunos sistemas que nos han parecido representativos de otros tantos, que presentan variantes más o menos atenuadas<sup>35</sup>.

### 2.2.1. El modelo de C-aM en Australia

En Australia, la mediación tiene un largo historial de reconocimiento legal. Ya en la *Supreme Court Act*, de 1935, la sección IV, arts. 69 a 72, regula explícitamente la mediación para resolver los conflictos sometidos a la Corte. Por su parte, el sistema de *court annexed mediation* data del año 1983, aunque el programa de mediación anexa del Tribunal Federal de Australia es del año 1987, lanzado como plan piloto en Nueva Gales del Sur. Durante la década de los 90 del siglo pasado, el sistema cobró gran fuerza y se convirtió en un movimiento de general aceptación<sup>36</sup>.

Desde el año 2000, las cortes de Nueva Gales del Sur fueron autorizadas para remitir procesos civiles a mediación, con o sin el consentimiento de las partes, fenómeno que se hizo extensivo luego a todo el territorio australiano, objetivado finalmente, a nivel federal, en la *"Civil Dispute Resolution Act"* –CDRA– de 2011, en operación desde el 1º de agosto de 2011.

#### A) En cuanto a los asuntos elegibles para mediación.

En general, todos los asuntos son elegibles para mediación, salvo los siguientes (*Part 4 CDRA*):

- a) Procesos con condenas a penas pecuniarias penales;
- b) Procesos sustanciados ante determinados tribunales, como el *Australian Competition Tribunal* o el *Copyright Tribunal of Australia*;
- c) Procesos de apelación;

<sup>35</sup> A modo de ejemplo:

a) En Sudáfrica, las reglas sobre *"Court-annexed Mediation"* se contienen en el capítulo 2º de las *"Magistrates' Courts Rules"*, y fueron aprobadas por el Ministerio de Justicia y Desarrollo Constitucional para entrar en operación, como plan piloto, el 1º de diciembre de 2014 (información disponible en <http://www.justice.gov.za/mediation/mediation.html#sthash.tM3GaUCG.dpuf>).

b) En Puerto Rico, la *Local Civil Rule 83.J* establece que todos los asuntos civiles son elegibles para mediación, por decisión discrecional del tribunal, por solicitud de una de las partes o por estipulación de todas ellas.

c) En Finlandia, las reglas sobre *Court-annexed Mediation* se contienen en la *Act on Court-annexed Mediation*, Nº 663/2005, del Ministerio de Justicia (ACaM), y en la *Act on mediation in civil matters and confirmation of settlements in general courts*, Nº 394/2011, del mismo Ministerio (AMcm). A diferencia de otros modelos, el sistema finés de mediación anexa a las Cortes es esencialmente voluntario, pues son las partes quienes, finalmente, optan por someter o no un asunto a mediación. La decisión final, con todo, depende de la Corte (*vid. Capítulo 2, Sección 4ª, ACaM; y sección 4ª de la AMcm*).

<sup>36</sup> *Vid. NORTH* (2005).

- d) Procesos sobre materias reguladas en leyes que contemplan métodos específicos alternos de solución de conflictos, como el caso de la Ley de Familia; y
- e) Procedimientos prescritos por reglamentos.

*B) En cuanto a la iniciativa para someter los conflictos a mediación.*

Según la sección 6, Parte 2, de la CDRA, la parte que inicie un proceso civil ante el Tribunal Federal de Australia o ante un Tribunal de Circuito Federal, debe presentar una “declaración de pasos genuinos” (*genuine steps statement*) al momento de iniciar sus gestiones<sup>37</sup>, en la que deberá especificar:

- a) Las medidas que ha adoptado previamente para tratar de resolver la disputa con el demandado; o

- b) Las razones por las que no se tomaron tales medidas, tales como:

- i. La urgencia del procedimiento;

- ii. La seguridad del demandante o la de cualquier persona o propiedad, que habría sido comprometida al tomar tales medidas.

Por su parte, el demandado en un procedimiento civil, que recibe una copia de la declaración presentada de pasos genuinos por el demandante, debe presentar a su vez una declaración en los términos ya dichos, antes de la fecha de la audiencia respectiva. En dicha declaración, el demandado expondrá:

- i. Que está de acuerdo con los pasos genuinos consignados en la declaración presentada por el demandante; o

- ii. Si no está de acuerdo, total o parcialmente, especificará concretamente en qué no lo está, y las razones de su desacuerdo.

*C) Colaboración y sanciones.*

El hecho de no completar la declaración de pasos genuinos no invalida la solicitud de inicio del proceso civil. Sin embargo, la Corte puede tomar en consideración tal omisión. Así, en conformidad a la sección 11<sup>a</sup>, Parte 3, N° 12, al resolver sobre las costas del proceso civil, el tribunal podrá tener en cuenta:

- a) Si una persona que fue requerida a presentar una declaración de pasos genuinos; y

- b) Si dicha persona tomó medidas legítimas para resolver la disputa.

Por su parte, los abogados pueden ser condenados a asumir las costas personalmente cuando (a) no informan a su cliente sobre el requisito de presentar la declaración de pasos genuinos, o (b) si no ayudan a la parte a cumplir con el señalado requisito<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> La forma de esta declaración está establecida las *New Federal Court Rules*, de fecha 1 de agosto de 2011.

<sup>38</sup> Esta obligación impuesta a los abogados no es exclusiva del sistema del *Court-annexed Mediation*. En el derecho italiano, por ejemplo, el artículo 4, apartado 3, del decreto legislativo 4 marzo 2010, N. 28, sobre “*Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, N. 69, in materia di mediazione*

## 2.2.2. Programa de mediación anexa a las Cortes (C-aM) en Filipinas

A fines de la década de los 90 del siglo pasado, el Tribunal Supremo de Filipinas emitió tres directivas que tendrían un impacto significativo en el desarrollo de la mediación en el país. La primera, fue la enmienda de 1997 al Reglamento de la Corte con el fin de autorizar a los tribunales para que consideraran la remisión de casos no solo a arbitraje, sino también a otros modos alternativos de resolución de conflictos y, entre ellos, la mediación; la segunda, fue la Directiva de 1999, sobre *Court-annexed Mediation*, como prueba piloto en dos ciudades del área metropolitana de Manila: la ciudad de Mandaluyong y Valenzuela City; y la tercera, fue la adopción en 1999 de un proyecto original de acción para el Poder Judicial, orientado a la formación de los jueces en la mediación y la conciliación durante la etapa previa al juicio<sup>39</sup>.

### A) En cuanto a los asuntos elegibles.

Según la Directiva de 1999, el programa de *Court-annexed Mediation* está destinado a resolver extrajudicialmente los siguientes casos:

- a) Asuntos civiles que involucran a miembros de una misma familia, hasta el sexto grado de consanguinidad o afinidad, salvo las que por ley no pueden ser objeto de compromiso;
- b) Casos basados en la relación entre acreedor y deudor;
- c) Reclamaciones por daños civiles;
- d) Las controversias entre arrendador y arrendatario, y
- e) En general, las disputas civiles entre residentes del mismo municipio o ciudad, que puedan ser conocidas por el *Lupon Tagapamayapa* o “Comité de Pacificación”, en conformidad con la Sección 408 del Código de Gobierno Local de 1991 (cada Municipio o ciudad cuenta con este tipo de entidad privada, organizada por los propios ciudadanos con el fin de solucionar extrajudicialmente los casos de menor importancia entre los residentes del *barangay*).

---

*finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”* (Decreto Legislativo N° 28, de 4 de marzo de 2010, adoptado en aplicación del artículo 60 de la Ley N° 69, de 18 de junio de 2009, sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles), (GURI N° 53, de 5 de marzo de 2010, p. 1), por el que se transpone la Directiva 2008/52 al Derecho italiano, en su versión aplicable *ratione temporis*, dispone lo siguiente:

*“En el acto en que se le confíe el encargo, el abogado deberá informar a su representado de la posibilidad de recurrir al procedimiento de mediación regulado en el presente Decreto y de las ventajas fiscales establecidas en los artículos 17 y 20. Asimismo, el abogado informará a su representado de los casos en los que la incoación del procedimiento de mediación constituye un requisito de la admisibilidad de la demanda judicial. La información deberá ser facilitada con claridad y por escrito. En caso de incumplimiento de la obligación de información, el contrato entre el abogado y su representado será anulable. (...).”* Traducción libre del autor.

<sup>39</sup> Sobre las reglas de *Court-annexed Mediation* en Filipinas puede consultarse a MELENCO (2005) y PONFERRADA (2005), con datos estadísticos.

En el año 2001, la Suprema Corte amplió el elenco de asuntos elegibles para *Court-annexed Mediation*, incluyendo (i) todos los casos civiles, (ii) la liquidación de bienes, (iii) todos los asuntos sometidos al procedimiento sumario, excepto aquellos que por ley no pueden ser comprometidos; (iv) los aspectos civiles de los quasi delitos previstos en el Título 14 del Código Penal y, finalmente, (v) los aspectos civiles del delito de giro de cheques “rebotantes”, contemplado en la *Batas Pambansa* N° 22.

Por último, en abril de 2002 la Suprema Corte incorporó la mediación en las Cortes de Apelaciones para todos los asuntos<sup>40</sup>, con excepción de las causas penales, las peticiones de *habeas corpus*, las órdenes de restricción y las medidas cautelares, a menos que en el último caso ambas partes den su consentimiento para someterlas igualmente a mediación<sup>41</sup>.

*B) En cuanto a la iniciativa para someter un asunto a mediación.*

Las Directrices facultan a los tribunales de primer y segundo grado (*first and second level courts*) para convocar a las partes a una audiencia, sin la asistencia de abogados a menos que las mismas partes optaren por comparecer asesoradas. Si a juicio del tribunal las circunstancias lo justifican, o cuando las partes manifiestan su intención de resolver directamente su disputa, el tribunal debe remitir a los litigantes a un mediador que les ayude a encontrar la solución<sup>42</sup>. En uno y otro caso, se suspenderá el procedimiento judicial durante 30 días, prorrogables por la Corte por otros 30.

En el caso de la mediación ante la Corte de Apelaciones, la decisión de someterse a mediación es finalmente de las partes. Sin embargo, las estadísticas muestran que, de los 618 casos seleccionados inicialmente para mediación en la Corte de Apelaciones, las partes y/o sus abogados comparecieron en 267 casos (43%) ante la Corte, donde se les explicó los beneficios de la mediación. De esos 267 casos, en 162 (61%) se acordó someter el asunto a mediación,

<sup>40</sup> *Supreme Court Resolution in Administrative Matter* N° 02-2-1716, de 16 de abril de 2002.

<sup>41</sup> Una llamativa particularidad de esta regulación es que, en sede de apelación, el mediador está facultado para designar a un “co-mediador”, cuya función será evaluar las fortalezas y debilidades de cada caso e informar, con base en ese análisis: (a) si la decisión del tribunal inferior podría ser confirmada o no o, (b) cuando el fallo de apelación ya emitido ha sido recurrido para ante la Suprema Corte, si el resultado esperable para el ganancioso, tras un promedio de dos años de espera ante el máximo tribunal, sería igual o incluso inferior al que obtendría si llegase a un acuerdo inmediatamente, considerando la volatilidad del tipo de cambio del peso filipino con respecto al dólar de los Estados Unidos. El factor persuasivo de este mecanismo, por ende, resulta evidente.

<sup>42</sup> La discrecionalidad es sin embargo muy reducida, de manera que, por regla general, los tribunales optan por enviar los asuntos a mediación. Todavía más, a raíz de la resistencia de algunos tribunales, aún renuentes, mediante Circular Administrativa N° 20-2002, de 24 de abril de 2002, el Juez Hilario Davide Jr. exigió que todos los jueces de Metro Manila, Metro Cebu y Davao City enviaran los conflictos a mediación.

lo que se consideró como aceptable a nivel de apelación, considerando la dificultad de convencer a los ganadores de las instancias menores<sup>43</sup>.

*C) Colaboración y sanciones.*

Según las reglas contenidas en la *Consolidated and revised guidelines to Implement the expanded coverage of court-annexed mediation (CaM) and judicial dispute resolution (JDR)* de fecha 5 de noviembre de 2010, de la Suprema Corte<sup>44</sup>, un tribunal, previa recomendación del mediador, podrá imponer sanciones a una parte que no comparece ante el Centro de Mediación de Filipinas (PMC), según las instrucciones del Juez remitente, incluyendo –aunque no limitado a– la censura, reprimenda o desacato, exigiendo además que la parte ausente reembolse a la parte que compareciera sus costas, incluidos los honorarios de abogado. Las mismas sanciones pueden ser impuestas de oficio por el juez, o a solicitud de parte.

### **2.2.3. Programas de mediación anexa a las Cortes en los EE.UU. de Norteamérica**

La *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998<sup>45</sup>, establece que cada tribunal de distrito federal debe autorizar, mediante regla local, el uso de al menos un proceso de ADR en todas las acciones civiles (art. 28 U.S.C. §§ 651-58). En cumplimiento de este mandato, las Cortes norteamericanas han dictado una muy nutrida gama de Reglas Locales sobre mediación de asuntos civiles y comerciales. Todas ellas, en términos resumidos, coinciden en aspectos estructurales tales como el tipo de conflictos elegibles, la iniciativa que se confiere en cada caso para someterlos a mediación y, como se dijo *supra*, la relevancia que se le asigna a la colaboración y a la participación de buena fe de las partes.

A modo de muestra, en lo que sigue se describen algunos programas concretos de mediación anexa, dictados por las Cortes.

<sup>43</sup> Al ser consultadas las partes y/o sus abogados sobre las razones para aceptar la mediación, las principales respuestas fueron: (a) que preferían terminar con su caso de una vez por todas; (b) que querían evitar una situación de ganador-perdedor; (c) que querían reducir los gastos de litigios y honorarios de abogados; (d) porque la Corte les persuadió, y (e) porque querían restablecer las relaciones entre ellas, crispadas por los litigios existentes (*vid. Court of Appeals Mediation Final Report*, p. 14).

<sup>44</sup> Disponible en <http://philja.judiciary.gov.ph/assets/files/pdf/pmc/RevisedGuidelines.pdf>, p. 13 (Consultada el 14 de junio de 2017).

<sup>45</sup> Disponible en: [https://www.faa.gov/about/office\\_org/headquarters\\_offices/acr/media/Alt\\_Dispute\\_Solution98.pdf](https://www.faa.gov/about/office_org/headquarters_offices/acr/media/Alt_Dispute_Solution98.pdf) (Consultada el 7 de junio de 2017).

### 2.2.3.1. Reglas Anexas de la Corte para la mediación de asuntos civiles y comerciales en el Estado de Mississippi<sup>46</sup>

Estas reglas rigen la remisión de casos de las cortes del Circuito, la Cancillería y del Condado (*Circuit, Chancery and County courts*) de este estado a mediación.

*A) En cuanto a la iniciativa para someter un asunto a mediación y casos elegibles.*

Las reglas, en este punto, apuntan a diseñar un modelo pro mediación flexible, aplicable en términos amplios a todos los asuntos civiles y comerciales.

a) En cuanto a la iniciativa para someter un conflicto a mediación.

i. Según el capítulo II de la Reglas, cualquier Corte del Circuito, de la Cancillería y del Condado podrá discrecionalmente, sea por su cuenta o por cuenta de cualquiera de las partes, determinar que un caso es apropiado para mediación. Una Corte, con todo, no podrá ordenar una mediación para un caso, más de una vez.

Si la Corte, por su cuenta, ordenare que una disputa pendiente sea remitida a mediación, el secretario o administrador de la misma Corte deberá notificar a las partes para el inicio de la misma dentro de un período de tiempo que la Corte especificará.

ii. Asimismo, cualquiera de las partes podrá solicitar a las Cortes, mediante moción, que el caso sea sometido a mediación previa notificación a las demás partes. La moción será revisada por la Corte en una audiencia, en la que se deberá determinar si la mediación es apropiada.

b) Asuntos elegibles.

En este punto, la regla general es que todos los asuntos son elegibles para mediación por las Cortes, dependiendo de ciertos hechos que habrán de considerarse en cada caso: (i) la materia del caso, (ii) el monto en controversia, (iii) la complejidad del caso, (iv) el número de partes, (v) el interés de las partes en avanzar y proseguir a la mediación, (vi) la disponibilidad de mediación y (vii) la probabilidad de arreglo por mediación.

*B) Deber de asistencia y colaboración. Sanciones.*

El apartado IV de las Reglas obliga a los abogados de las partes a estar presentes en la mediación, a menos que la Corte ordene lo contrario.

El apartado VI, a su vez, señala que “si una parte, o el abogado de una parte, fallare en obedecer una orden hecha de conformidad con estas reglas, o fallare en no asistir a la mediación programada, o fallare en participar, la

<sup>46</sup> Reglas disponibles en [https://www.msbar.org/media/2444/court\\_annexed\\_mediation.pdf](https://www.msbar.org/media/2444/court_annexed_mediation.pdf) (Consultado el 6 de junio de 2017).

otra parte deberá reportar tal circunstancia a la Corte. La Corte podrá dictar órdenes con respecto a las mismas (partes) a su sola discreción, incluyendo requerir a una parte, o al abogado que representa a la parte, o a ambos, a pagar los gastos razonables incurridos debido a cualquier incumplimiento de esta regla, incluyendo los honorarios del abogado y del mediador<sup>47</sup>. Sin embargo, el mediador no será llamado como testigo ni será obligado a dar pruebas en una audiencia de sanciones”<sup>48</sup>.

### 2.2.3.2. Mediación civil y comercial en el estado de Carolina del Sur

La mediación anexa a la Corte se regula en este caso en el Mandato de Mediación de la Suprema Corte de Carolina del Sur.

a) En cuanto a la iniciativa y casos elegibles.

Según el apartado 6.2., “los casos civiles apropiados pueden ser referidos a la mediación por orden del Juez asignado siguiendo una estipulación de todas las partes, a petición de una parte bajo la Civil L.R. 7, o por iniciativa del Juez”.

b) Asistencia de los abogados y representantes de las compañías aseguradoras comprometidas.

El apartado 6.10, letra b), señala que cada parte debe ser acompañada en la mediación por un abogado responsable, mientras que la letra c) establece que “Los representantes de los aseguradores están obligados a asistir en persona, a menos que sean excusados bajo el párrafo (d), si su acuerdo es necesario para lograr una solución”.

### 2.2.3.3. Estado de California (Distrito Norte)

La regulación de la mediación se contiene en este caso en las *Local Rules for Alternative Dispute Resolution in the United States District Court for the Northern District of California*, dictadas por la Corte del Distrito Norte para poner a disposición de los litigantes una amplia gama de procesos de ADR, patrocinados en cada caso por los tribunales para proporcionar alternativas más

<sup>47</sup> Según el apartado IX, sobre “Costos de la Mediación”, “Los honorarios y gastos de la mediación deberán ser establecidos por acuerdo entre el mediador y las partes, a las cuales se cargarán esos honorarios y gastos. A menos que sea acordado por las partes u ordenado por la Corte, la parte que solicita la mediación deberá pagar los honorarios y gastos de la mediación. Cuando la mediación es ordenada por la Corte por su propia moción, ésta deberá asignar los honorarios y gastos de la mediación, o tales honorarios y gastos deberán ser impuestos como costos de la litigación. Los honorarios de los abogados de las partes no deberán estar incluidos en los honorarios y gastos de la mediación” (traducción libre del autor).

<sup>48</sup> Traducción libre del autor.

rápidas, menos costosas y potencialmente más satisfactorias que las que ofrece el cauce litigioso, sin perjudicar la calidad de la justicia ni el derecho a juicio.

*A) Casos elegibles e iniciativa judicial.*

Según el apartado 1.2., estas normas complementan el Reglamento Local de la Corte y, salvo que se indique lo contrario, se aplican a todas las acciones civiles presentadas ante la Corte.

En cuanto a la iniciativa para someter dichos conflictos a mediación, el apartado 2.3., establece que un caso puede ser referido a un proceso de ADR de la Corte (a) por orden del Juez asignado siguiendo una estipulación de todas las partes, (b) mediante moción de una parte o (c) por iniciativa del Juez.

## Conclusiones

1. En Chile no existe una regulación general de la mediación en asuntos patrimoniales ni, hasta aquí, iniciativas legislativas concretas que apunten a su aplicación en términos amplios.

2. Los modelos comparados de mediación en asuntos patrimoniales van desde la mediación enteramente voluntaria (sistema español) hasta la obligatoriedad previa para todos los asuntos de carácter patrimonial (sistema argentino), pasando por estadios intermedios en donde el juez está facultado para someter a las partes a dicho procedimiento, antes o durante el juicio, de oficio o a petición fundada de alguna de ellas.

3. Datos recopilados a través de muestreos estadísticos, realizados durante el año 2016, indican que los agentes del conflicto empresarial –empresarios, abogados y jueces– no cuentan con información suficiente sobre la mediación ni están conscientes de sus beneficios.

Por contrapartida, Chile es el país latinoamericano con mayores índices de litigiosidad.

Coincidente con ambos datos, la información recogida mediante encuestas confirma que el modelo de mediación en asuntos civiles y mercantiles debe ser uno conectado o anexo al proceso civil, de carácter obligatorio.

4. La mediación obligatoria, incluso en el marco de conflictos sobre materias disponibles en derecho, no afecta el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, cosa que sí ocurre con el arbitraje forzoso. Como lo ha dicho en Chile el TC y, en Europa, el TJUE, la imposición de la mediación, antes o durante el procedimiento, consiste únicamente en someterse al procedimiento de mediación y no en llegar necesariamente al acuerdo mediado, en cuanto único cauce de solución del conflicto, de manera que no existen obstáculos de constitucionalidad para establecer dicha obligatoriedad en el ordenamiento jurídico chileno.

5. La experiencia de algunos países que han normado la mediación civil y mercantil, como también la realidad interna en Chile, muestran que la sola regulación de la misma, sin el respaldo de fórmulas encaminadas a potenciar su uso e incentivar la colaboración efectiva de las partes, no logra los índices de eficiencia que obtienen aquellos sistemas que sí han incorporado tales herramientas. Por lo mismo, sistemas como el *court annexed mediation* se ocupan especialmente de imponer sanciones pecuniarias para desincentivar la falta de colaboración leal de las partes durante el procedimiento de mediación (exoneración de costas a la contraparte, imposición del pago de los gastos de la mediación, honorarios, etc.).

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite (2013): "Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 20, julio 2013), pp. 295-308.
- \_\_\_\_\_ (2016): "Aspectos procesales de la incorporación del *amicus curiae* al proceso que persigue la reparación del daño medioambiental", en *Cuadernos de Extensión Jurídica* (Santiago de Chile, Universidad de Los Andes, Nº 28), pp. 19-33.
- \_\_\_\_\_ (2015): "El deber de colaboración y la conducta procesal de las partes" (Comentario de Jurisprudencia), en *Revista de Derecho Privado* (Nº 25, diciembre 2015), pp. 303-312.
- ALASTRUÉY GRACIA, R. (2011): "Traslación de la mediación y sus acuerdos al proceso judicial", en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Vol. II (Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada).
- BARONA VILAR, Silvia (2012): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- BESSO, Chiara (2010): "La mediazione italiana: definizioni e tipologie", en *Revista Eletrónica de Direito Processual* (Año 4, Vol. VI), pp. 248-269.
- BUSTAMANTE RÚA, Mónica (2010): "Principios del Derecho procesal", en *Derecho procesal contemporáneo* (Medellín, Universidad de Medellín).
- CALAMANDREI, Piero (1996): *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, El Foro).
- COUTURE, Eduardo (1958): *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires, Depalma).
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1990): *El proceso civil parte general: compendio de Derecho Procesal Civil*, Tomo I (Medellín, Biblioteca Jurídica Dike).

- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón (2017): "La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles", en *Revista InDret* (Barcelona, Nº 1-2017). Disponible en: <http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/5440/1282.pdf?sequence=1>.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2017): "Estudio práctico sobre mediación en asuntos empresariales en el Derecho chileno", en Escobar, Maximiliano (edit.), *Estudios de Derecho Comercial* (Concepción, Rubicón Editores), pp. 143 y ss.
- \_\_\_\_\_ (2018): "La mediación en asuntos civiles y comerciales y su vinculación con el proceso civil en Chile", en Vásquez Palma, M<sup>a</sup> Fernanda (coord.), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Una propuesta a partir de la revisión del derecho chileno y comparado* (Santiago, Thomson Reuters).
- LARROCAU TORRES, Jorge (2013): "Tres lecturas de la buena fe procesal", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 21), pp. 259-305.
- MAGRO SERVET, Vicente (2013): "Análisis sobre medidas necesarias de desarrollo legal y reglamentario de la Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil para el éxito del sistema", en *Práctica de Tribunales* (Nº 2254 - 948X).
- \_\_\_\_\_ (2012): "Directiva 2008/52/CE (LCEur 2008, 803) por el Real Decreto 5/2012, de 5 de marzo (RCL 2012, 272 y 357, de mediación en asuntos civiles y mercantiles", en *La Ley* (Nº 7852).
- MARTÍ MINGARRO, Luis (2013): "La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio", en *Revista Jurídica de Castilla y León* (Nº 29, enero 2013).
- MELENCIO HERRERA, Ameurfina (2005): "Court annexed mediation (cam) - making it work. The philippine experience", en *International Conference and Showcase on Judicial Reforms* (The Makati Shangri-La, Philippines, noviembre 29). Disponible en: [file:///C:/Users/78082887/Downloads/Court%20Annexed%20Mediation%20-%20Making%20it%20Work%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/78082887/Downloads/Court%20Annexed%20Mediation%20-%20Making%20it%20Work%20(3).pdf).
- MEJÍAS GÓMEZ, J. F. (2009): *La mediación como forma de tutela judicial efectiva* (Madrid, Grupo editorial El Derecho y Quantor, S. L.).
- NORTH, John (2005): "Mediación Anexa a la Corte en Australia. Una visión general". Discurso pronunciado el 17 de noviembre en la *Malaysian Law Conference*. Texto en inglés disponible en: <http://www.lawcouncil.asn.au/lawcouncil/images/LCA- PDF/speeches/20051117CourtAnnexedMediationinAustralia.pdf> (Traducción libre del autor. Consultado el 17 de junio de 2017).
- ORTUÑO, P. (2011): "La mediación intrajudicial", en *Materiales jurídicos del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Vol. II (Generalitat de Catalunya. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada).

- PALOMO VÉLEZ, Diego, y VALENZUELA VILLALOBOS, Williams (2012): "Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece la Ley N° 19.966: lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional", en *Ius et Praxis* (año 18, N° 2), pp. 387-426.
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2013): "Las cargas probatorias dinámicas: ¿es indispensable darse toda esta vuelta?", en *Revista Ius et Praxis* (año 19, N° 2), pp. 447-464.
- PONFERRADA, Bernardo (2005): "Court-Annexed Mediation in the First and Second Level Trial Courts", en *Ninth Lecture of The Chief Justice Hilario G. Davide, Jr.* (San Beda College, Mendiola, Manila, Distinguished Lecture Series), pp. 368-372.
- SIGÜENZA LÓPEZ, J. (2018): "Los llamados 'principios' de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2002", en *Revista Aranzadi Doctrinal* (N° 2/2018, parte Estudios), (Cizur Menor, Editorial Aranzadi, S.A.U.) Id. Aranzadi: BIB 2018\5857.
- VARGAS, Macarena (2008): "Mediación Obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Valdivia) (Vol. 21, N° 2), pp. 183-202.
- VILLANI, Michelino (2015): "Brevi note sull'attuale assetto della mediazione civile obbligatoria", en *Osservatorio Costituzionale (Associazione italiana dei costituzionalisti* - abril 2015), pp. 1-24. Disponible en: [https://www.google.cl/search?q=VILLANI+%E2%80%9CBrevi+note+sull%E2%80%99attuale+assetto+della+mediazione+civile+obbligatoria%E2%80%9D%2C+en+Osservatorio+Costituzionale+\(abril+2015&rlz=1C1GGRV\\_enCL764CL764&oq=VILLANI+%E2%80%9CBrevi+note+sull%E2%80%99attuale+assetto+della+mediazione+civile+obbligatoria%E2%80%9D%2C+en+Osservatorio+Costituzionale+\(abril+2015&aqs=chrome..69i57j69i58.7469j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.cl/search?q=VILLANI+%E2%80%9CBrevi+note+sull%E2%80%99attuale+assetto+della+mediazione+civile+obbligatoria%E2%80%9D%2C+en+Osservatorio+Costituzionale+(abril+2015&rlz=1C1GGRV_enCL764CL764&oq=VILLANI+%E2%80%9CBrevi+note+sull%E2%80%99attuale+assetto+della+mediazione+civile+obbligatoria%E2%80%9D%2C+en+Osservatorio+Costituzionale+(abril+2015&aqs=chrome..69i57j69i58.7469j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8).