

¿Mediación comercial en Venezuela?

Este es el momento

Pedro A. Jedlicka*

Desde hace varios años he notado con cierta curiosidad la muy lenta evolución y desarrollo que ha tenido la institución de la Mediación en Venezuela. En situaciones de tanta complejidad y dificultad para alcanzar acuerdos orientados a satisfacer los intereses de las partes en conflicto; en momentos en que la alternativa del proceso judicial ha dejado de ser efectiva y; conviviendo en un entorno hiperinflacionario de baja rentabilidad en el cual los costos de un litigio judicial o de un arbitraje comercial pueden ser poco atractivos, no puede menos que sorprender que la Mediación se haya mantenido como una vía desconocida o, al menos, muy poco utilizada por muchas empresas y/o comerciantes para solucionar sus controversias.

La explicación que he recibido de algunos abogados latinoamericanos, refiriéndose a su experiencia en sus respectivos países en los cuales se instauró desde hace años la mediación obligatoria como paso previo al litigio judicial, es que tal obligatoriedad terminó por condenar esa mediación prejudicial a un proceso esencialmente burocrático de mero agotamiento de trámites administrativos, que desvirtuó por completo la naturaleza y beneficios de la Mediación como procedimiento alternativo y efectivo

Según cuentan quienes ejercen esta profesión en dichos países, cada vez son más los Centros de Mediación o Conciliación que se crean en esas localidades con ofertas de servicios muy puntuales y limitadas, orientadas esencialmente a la realización de una corta y económica

* Fue el Director Fundador del CIERC, y actualmente es miembro del Consejo Académico del Centro. Es abogado egresado de la UCAB en 1995, experto en resolución de conflictos con más de 20 años de experiencia en arbitraje comercial internacional y de inversiones, así como en mediación comercial y en litigios comerciales y de propiedad intelectual. Obtuvo una Maestría en Derecho Comercial Internacional de la Universidad de California, así como los títulos de Especialista en Derecho Procesal y Especialista en Derecho Mercantil de la UCAB. También es egresado del Programa de Negociación (PON) de la Escuela de Leyes de Harvard. Ha sido profesor de las cátedras de Teoría General de la Prueba, Resolución Alternativa de Conflictos, Derecho Procesal Civil y Negociación en la UCAB, la UMA y el IESA, respectivamente, en Caracas.

sesión o audiencia que sirva solo de excusa para la emisión de un acta de conclusión que de por terminada la Mediación y, por tanto, que libere a las partes y a sus respectivos abogados para avanzar con sus respectivos -y por lo visto más interesantes- procesos adversariales y/o litigiosos.

Confieso que originalmente había percibido esa tendencia regional como una iniciativa positiva que le daría al menos a los usuarios la oportunidad de familiarizarse con un -hasta entonces- desconocido método alternativo de resolución de controversias que, en otras jurisdicciones, había demostrado ser muy efectivo. De hecho, sin limitarnos a revisar el exitoso uso de procesos de Mediación en países de primer mundo, la experiencia que había tenido al respecto en Venezuela, en los arbitrajes llevados por ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), el cual desde su inicio incluyó en su reglamento de arbitraje una sesión de Conciliación previa a la constitución del Tribunal Arbitral que, sin generar costos adicionales, invitaba a las partes a intentar al menos someter sus diferencias a dicho procesos conciliatorio, había sido muy positiva y motivadora. De

hecho, año a año aumentaba el porcentaje de casos resueltos en Conciliación por ante el CEDCA, demostrando que su visión en este sentido había sido acertada.

Sin embargo, a medida que avanzaron los años y la cultura de los medios alternativos de resolución de controversias se fue afianzando en cada una de nuestras jurisdicciones latinoamericanas, particularmente en Venezuela, pude observar cómo el arbitraje mostraba un repunte muy importante y atractivo, que sorpresivamente no era replicado por una Mediación que permanecía de alguna manera estancada y sin mayor crecimiento.

Siendo la Mediación un proceso emitentemente voluntario, cuyo éxito depende de la confianza y aceptabilidad que pueda generar en las partes en conflicto, tanto respecto al proceso de Mediación en sí mismo como en relación con la persona que actúe como Mediador, puede resultar hasta sencillo entender por qué la Mediación prejudicial obligatoria no ha tenido el éxito esperado, aún cuando debemos decir que cada vez son más los casos que logran resolverse exitosamente en procesos de Mediación en latinoamerica, a pesar de todas estas circunstancias.

Ahora bien, no existiendo tal obligatoriedad prejudicial en Venezuela -salvo en casos muy puntuales, esencialmente en materia laboral- ¿cuál es la razón por la que no vemos mayor evolución en el uso de la Mediación como vía para solucionar nuestras controversias de carácter comercial?

El desarrollo de la Mediación debe ser el resultado de un trabajo conjunto, en el cual

participen esencialmente universidades, profesionales, instituciones gremiales, centros de resolución alternativa de conflictos y, por supuesto, los propios actores o beneficiarios, que no son otros sino los dueños o representantes de negocios que buscan vías más eficientes y económicas para la solución de los conflictos que inevitablemente se presentan en el curso normal de sus actividades.

Aún cuando el Estado también estaría llamado a formar parte de este esfuerzo, principalmente a través del poder judicial y por intermedio del poder legislativo, prefiero excluirlo de este análisis inicial pues, siempre he percibido su apoyo en esta área como una promoción más bien tangencial o accidental. Ya la Constitución Nacional vigente ha

incluido la Mediación y los demás medios de resolución alternativa de conflictos como parte del sistema de justicia, e incluso ha invitado al legislador a promover dicho mecanismo mediante su incorporación en nuestros cuerpos normativos. De allí que considere que la tarea ha quedado realmente del lado de nuestra iniciativa privada.

Las universidades, en su gran mayoría, han asumido esta responsabilidad con motivación y empeño, incorporando desde hace varios años a sus planes de estudios el análisis de dichos medios alternativos de resolución de conflictos. Centros de Conciliación y Arbitraje como el CEDCA, pionero en Venezuela en esta materia, y más recientemente con resultados muy positivos y esperanzadores, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC), por nombrar a las dos con mayor reconocimiento en Venezuela, han fomentado también el uso de esta herramienta o mecanismo efectivo de manejo de conflictos. Incluso, en el plano internacional, hemos visto cómo en los últimos años tanto la Cámara de Comercio Internacional (CCI) como el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR por

sus siglas en inglés) de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) han incorporado muy activamente a sus foros y conferencias sobre arbitraje internacional, tópicos, seminarios y talleres relacionados con mediación y conciliación, convirtiéndolo sin duda en un asunto que requiere atención e interés.

Sin embargo, observamos cierto rezago por parte de los profesionales que trabajan en el área de resolución de conflictos, así como en los actores o eventuales usuarios y/o beneficiarios de estos procedimientos, que aún no parecen estar convencidos o, al menos, no parecen encontrar un interés real e inmediato en promover el uso de la Mediación como vía efectiva para solucionar sus controversias.

¿Cuál es la razón de esta demora?
¿Qué podemos hacer para lograr un cambio y, por tanto, el impulso que tanta falta ha hecho para desarrollar definitivamente el uso de la Mediación en Venezuela?

Mis años recientes de investigación sobre este punto, me permiten adelantar algunas conclusiones preliminares que, por supuesto, no pretenden agotar la discusión sino - al contrario- invitar a la reflexión y

activar el intercambio proactivo de ideas y sugerencias.

El desarrollo de la Mediación comercial en Venezuela requiere, principalmente y desde mi punto de vista, definir estrategias conjuntas que permitan lograr al menos los siguientes objetivos:

1. Aclarar y profesionalizar el rol del Mediador, lo cual contribuye también a delimitar y cultivar su autoridad y aceptabilidad por parte de los usuarios y/o beneficiarios de la Mediación;

2. Descubrir y promover el interés profesional y económico de los abogados o representantes de las partes para acudir a un proceso de Mediación;

3. Fomentar y promocionar el uso de la Mediación entre dueños y representantes de empresas o comerciantes, como mecanismo efectivo para la solución de sus controversias de carácter comercial.

1. Aclarar y profesionalizar el rol del Mediador

No podemos desconocer el enorme crecimiento que hemos tenido como abogados en Venezuela, en el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, incluyendo por supuesto el proceso de

Mediación. Sin embargo, pienso que aún debemos trabajar mucho más en la formación de mediadores o conciliadores, con el fin de aclarar y profesionalizar su rol en una Mediación.

Ya hemos entendido que el Mediador no es un árbitro ni un juez. Su rol está mucho más vinculado a mejorar la comunicación y el proceso conciliatorio que se debe desarrollar entre las partes, que al asunto o tema de fondo que ha dado origen al conflicto sobre el cual, el Mediador no puede ni debe emitir opinión.

La imparcialidad y neutralidad del Mediador debe mantenerse siempre, y este debe incluso promover y/o promocionar confianza. No se trata simplemente de una cualidad inicial que debe mostrar e incluso afirmar el Mediador al momento de su designación y aceptación del cargo, sino que dicha imparcialidad y neutralidad debe ser percibida por las partes a lo largo de todo el proceso, aún respecto a los detalles que parezcan mas pequeños o irrelevantes. Porque la negociación es un proceso esencialmente psicológico, y la función del Mediador no es otra sino facilitar esa negociación.

Desde conceder un tiempo similar a las partes para conversar en sesiones privadas o caucus, hasta su respectiva ubicación en la mesa de negociaciones o examinar que no hayan mayores diferencias en el mobiliario asignado a cada una de las partes, e incluso cuidar el lenguaje corporal, tono de voz y espacio que dedica el Mediador a mirar a los ojos o a escuchar activamente a cada uno de los involucrados en el conflicto o a sus respectivos representantes, toda la dinámica bajo la cual el Mediador lleva adelante el proceso genera impactos emocionales que pueden comprometer la percepción que tengan las partes acerca de su imparcialidad y neutralidad.

Es función del Mediador minimizar esos efectos emocionales, e incluso detectar y trabajar sobre los sentimientos negativos que se pueden estar generando entre las partes involucradas. Al punto que, de ser posible, el Mediador debería contar con herramientas o estrategias que contribuyan a influir sobre esas emociones y hasta generar -si es posible- sentimientos positivos entre los adversarios.

Hemos notado, sin embargo, que la falta de formación o experiencia del Mediador en este tipo de estrategias o cualidades generalmente lo lleva a

adoptar un rol excesivamente pasivo y hasta temeroso en la Mediación. El Mediador no es un terapeuta ni un director de orquesta que solo se dedica a señalar la entrada de las partes para que presenten sus argumentos. No se trata simplemente de escuchar y organizar la conversación.

El Mediador tiene que ser un facilitador proactivo de la negociación y, por tanto, de la comunicación entre las partes. Entre otras, el Mediador trabaja activamente para identificar, y en este sentido reducir o atenuar, las divergencias que puedan surgir como consecuencia de errores de percepción o estereotipos. Debe tender o construir puentes para lograr una comunicación en la cual se verifique un intercambio de información en relación con los temas en disputa, e identificar si en dicho intercambio se genera algún desequilibrio o desigualdad que atente contra la estabilidad y ejecutabilidad de un eventual acuerdo, que justifique sugerir que cada parte consulte a sus respectivos asesores legales antes de seguir avanzando. Finalmente, y sin pretender agotar con esto todas las cualidades, técnicas o estrategias que debe desarrollar el Mediador, es

fundamental que este procure crear una atmósfera positiva que promueva la creatividad y la participación de todos los involucrados en la generación de opciones o posibles soluciones al conflicto.

Así, el Mediador no es simplemente un profesional de reconocida trayectoria o perfil académico en un área determinada del Derecho, ni una persona sociable o de una simpatía extraordinaria. Por supuesto estas son características que pueden contribuir a ganarse el respeto y la confianza de las partes sobre su imparcialidad y neutralidad, pero la formación del Mediador debe ser mucho más profunda para construir sobre bases sólidas la confianza de los usuarios en esta institución, como mecanismo realmente efectivo de solución de conflictos.

2. Descubrir y promover el interés profesional y económico de los abogados o representantes de las partes para acudir a un proceso de Mediación

El polémico desinterés económico de los abogados litigantes por resolver un conflicto comercial de alta cuantía en pocas sesiones de Mediación, ha sido uno de los temas

más reservados de los últimos años por la inevitable acusación implícita que conlleva, y que no necesariamente aplica a todos los abogados que formamos parte de este inmenso mundo de la resolución de conflictos.

Sin embargo, ante el aumento excesivo de costos en los procesos arbitrales, particularmente en fases probatorias que requieren la contratación de grandes equipos de abogados así como de peritos o expertos muy costosos, y viendo los retrasos que se han presentado al momento de ejecutar laudos arbitrales, tanto domésticos como internacionales, entre tantas otras circunstancias que afectan el normal desenvolvimiento de un arbitraje o de un litigio judicial, cada vez son más los foros y conferencias internacionales sobre arbitraje comercial que no sólo presentan opciones para que los litigantes tengan acceso a recursos o a financiamientos para cubrir esos altos costos, sino que ponen más y más atención en los procesos de Mediación como vía efectiva y mucho menos costosa para las partes, de solucionar sus controversias.

El momento no puede ser más adecuado para que abogados y

representantes de parte en procesos de resolución de conflictos, pongan nuevamente el foco en la Mediación como área de práctica especializada, no solo de cara a mejorar cada vez más su oferta de servicios, sino incluso con visión de negocios en el corto, mediano y largo plazo. Es evidente que el ejercicio del Derecho está cambiando, no sólo en Venezuela sino en el mundo. Y este es tal vez uno de los cambios más evidentes que se está presentando en el área de resolución de controversias lo cual, requiere de nuestra atención a fin de descubrir y generar nuevos intereses profesionales y económicos en el ejercicio de esta práctica.

Más allá de las discusiones académicas, tanto sustantivas como adjetivas, que han marcado el contenido de nuestras reuniones en asociaciones académicas y gremiales tanto nacionales como internacionales, es momento de conversar también sobre las alternativas que se están presentando, tanto de cara a los abogados o representantes de partes, como en relación con sus respectivos clientes -quienes en definitiva son los usuarios/beneficiarios finales de estos procesos- tanto respecto a las mencionadas opciones de obtención

de recursos o financiamiento de costos y honorarios en litigios o arbitrajes de alta cuantía, como en relación con las oportunidades reales de negocio que ofrece la Mediación para todos los involucrados. Y en este sentido integrarnos a una tendencia internacional, que cada vez muestra mayor interés incluso comercial en estos procesos de Mediación.

3. Fomentar y promocionar el uso de la Mediación entre dueños y representantes de empresas o comerciantes

El uso de medios alternativos para la resolución de controversias ya no es un tema novedoso. No cabe duda de que la cultura del litigio ha cambiado y se ha reducido dramáticamente en los últimos 25 años. Somos testigos permanentes de la promoción y adopción de programas sobre manejo de conflictos en los contextos e industrias más diversos, incluyendo asuntos familiares y comunitarios, relaciones empresariales y hasta divergencias políticas, diplomáticas, policiales y militares.

El manejo colaborativo o coparticipativo, y el uso de métodos no adversariales para la resolución de conflictos o situaciones

problemáticas, hace mucho tiempo dejó de ser percibido como una entelequia. Los resultados están a la vista y el interés creciente de abogados, estudiantes de Derecho, líderes comunitarios, gerentes, directivos o dueños de empresas, cabezas de familia y hasta de profesores y directivos en instituciones de educación preescolar, primaria, básica y diversificada, por solo nombrar algunos, nos invita a asumir un rol mucho más proactivo en la promoción de estos mecanismos.

Aún hay mucho que trabajar en relación con la Mediación que es, quizás, el medio alternativo de resolución de conflictos que aún genera mayor confusión y dudas. Muchos afirman que su vinculación histórica con el arbitraje, y la participación de un tercero en el proceso que, lejos de ser percibido como un facilitador de la negociación, tiende a ser confundido todavía con esa función de Juez o Árbitro que busca la verdad para tomar decisiones, es lo que ha afectado su uso y desarrollo.

Nos toca a todos iniciar una campaña de evangelización que, al menos, nos ayude a dejar sembrado finalmente el mensaje de que la Mediación es un mecanismo no adversarial en el cual

ese tercero neutral tiene la función de ayudar a las partes en su proceso de negociación, y a desarrollar una comunicación más efectiva y dinámica, que permita explorar e implementar soluciones de mutuo interés. Porque es importante que se entienda definitivamente que el Mediador no va a dictar una decisión, y mucho menos imponer un criterio para dar solución a una controversia, sino que ayuda a los litigantes a identificar sus intereses, los puntos de la controversia, los temas sobre los cuales hay mayor tensión y, eventualmente, explorar en conjunto posibles soluciones y las bases de un eventual acuerdo.

Se trata entonces de un procedimiento que depende totalmente de la libre voluntad de las partes de dar por terminadas sus diferencias, buscando soluciones de mutuo interés. Y allí es donde radica su éxito. Como no se trata de un resultado impuesto sino de un acuerdo construido por ambas partes a partir de sus verdaderos intereses, a raíz de lo cual es probable incluso que las relaciones entre ambas partes haya mejorado - siendo este uno de los mayores retos del Mediador- los litigantes quedan absolutamente comprometidos con el resultado y están voluntariamente

motivados a cumplir sus acuerdos - como explican Etcheverry y Highton- sin resistencia y con buena voluntad.

Es momento de voltear la mirada hacia la Mediación profesional. Este tiempo es perfecto para lograr finalmente su desarrollo y difusión en Venezuela. De nosotros depende.

Obras consultadas

Etcheverry, Raúl A y Highton, Elena I.: “Resolución Alternativa de Conflictos”, Volumen 2 Mediación, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010

Moore, Christopher, “El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos”, Ediciones Granica, 1995.

Soletto Muñoz, Helena y Otero Parga, Milagros (Coordinadoras), “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades para una necesidad emergente”, Editorial Tecnos, Barcelona, España, 2007.