

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad Monteávila

# Derecho y Sociedad

9 *Negociación, Mediación  
y Arbitraje*

Andrés A. Mezgravis

Aníbal Sabater

Daniel E. Vielleville

Jordy Enrique Moncada Cartaya

Irma Lovera De Sola

José Alberto Ramírez L.

Marcos R. Carrillo Perera

Mario Bariona Grassi

Milagros C. Betancourt

Pedro A. Rengel Núñez

Pedro Alberto Jedlicka

Pedro Saghy Cadenas

Victorino J. Tejera Pérez

Alirio Abreu Burelli

Noviembre

2010



# El Rol de los Abogados en la Mediación

*Pedro A Rengel Núñez*  
(Venezuela)<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La “cultura del litigio”. III. Los métodos no adversariales para el manejo de conflictos. IV. Obstáculos para la mediación. V. El rol del abogado en la mediación.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela en 1982. Cursó estudios de postgrado en la Universidad de Nueva York, donde obtuvo una maestría en Jurisprudencia Comparada en 1983. Finalizó la especialización en Derecho Tributario en la Universidad Central de Venezuela en 1986. Es profesor de “Medios Alternativos de Resolución de Conflictos” en la Universidad Monteávila en Caracas y socio de la firma Travieso Evans Arria Rengel & Paz, en Caracas.

## I. INTRODUCCIÓN

La Conciliación o mediación, términos usados en este trabajo como sinónimos, tiene fundamento constitucional en Venezuela a partir de la Constitución de 1999, que en su artículo 238 establece que la Ley promoverá el arbitraje, la mediación, la conciliación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos. Instrumentos legales como la Ley Orgánica Procesal del Trabajo se han tomado en serio este mandato constitucional, al crear todo un sistema de conciliación en los procedimientos laborales que ha dado resultados sorprendentes, ya que las cifras muestran que más del 80% de los casos se resuelven en la fase de conciliación sin pasar al juicio laboral como tal. Otro buen ejemplo de legislación que desarrolla el mandato constitucional de promover la mediación es la novísima Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNA)<sup>2</sup>. Esta ley establece como uno de los principios rectores de la normativa procesal en materia de protección de niños, niñas y adolescentes el de los medios alternativos de solución de conflictos, según el cual el juez o jueza debe promover, a lo largo del proceso, la posibilidad de utilizar los medios alternativos de solución de conflictos tales como la mediación, salvo en aquellas materias cuya naturaleza no lo permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley (art. 450). No conforme con esto, la nueva LOPNA incluye en el procedimiento ordinario la llamada audiencia preliminar, previa a la audiencia de juicio, y que contempla una fase de mediación llevada a cabo ante el juez o jueza de mediación y sustanciación (arts. 467 y sig.). La mediación en estos procedimientos seguramente tendrá los mismos efectos positivos que en materia laboral, y contribuirá decisivamente a que muchos conflictos familiares se resuelvan satisfactoriamente, no sólo en interés superior de niños, niñas y adolescentes, sino en beneficio de todo el grupo familiar y de la sociedad.

Los centros de arbitraje creados por las cámaras de comercio nacionales y binacionales de conformidad con las disposiciones de la Ley de Arbitraje Comercial, ofrecen servicios de mediación o conciliación a sus afiliados y partes interesadas en general. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, antes llamada Cámara de Comercio de Caracas, contempla la mediación en su Reglamento como medio alternativo de solución de controversias.

<sup>2</sup> Gaceta Oficial N° 5.859 del 10 de diciembre de 2007.

Por su parte, el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), auspiciado por la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VENAMCHAM), ha puesto especial énfasis en la prestación de servicios de conciliación, contemplados en su Reglamento de Conciliación y Arbitraje, bien a través de un procedimiento independiente bajo las Normas de Conciliación, o bien mediante sesiones de conciliación incluidas dentro del proceso arbitral, justo después de la demanda de arbitraje y la contestación, y antes de pasarse al nombramiento de los árbitros. Esto ha probado ser particularmente conveniente, pues según información que nos ha dado del CEDCA, la mayoría de los casos de arbitraje se resuelven en la fase de conciliación, llegando las partes a un acuerdo que soluciona su controversia, elaborado por ellas mismas, sin necesidad de proseguir con el arbitraje, con el consiguiente ahorro de tiempo, honorarios de abogados y árbitros, etc.

## II. LA “CULTURA DEL LITIGIO”

Me propongo abordar el tema del rol de los abogados en los procesos de mediación. Para nadie es un secreto que nuestras sociedades tradicionalmente ha imperado lo que ha dado en llamarse la “cultura del litigio”, basada en procedimientos judiciales “adversariales”, es decir, donde las partes están enfrentadas y son contendientes o adversarias, donde al final una parte gana y otra pierde, y donde las partes han delegado o trasladado a un tercero o juez, la decisión que ponga fin a la controversia, a través de la aplicación de la ley o del contrato, o de lo que el juez interpreta de éstos, sin que necesariamente se tome en cuenta la satisfacción de los intereses de ambas partes.<sup>3</sup>

Los abogados más que nadie están educados y entrenados bajo la cultura del litigio, y típicamente se especializan en métodos adversariales, aprenden a conducir procedimientos judiciales, donde los aspectos meramente procesales pueden tornarse complejos e intrincados y suelen predominar frente a lo sustantivo o de fondo o mérito del problema. El abogado tiende a actuar en el conflicto con lógica adversarial, bajo las premisas de la defensa y satisfacción de los inalienables derechos del cliente, y de que a través del enfrentamiento procesal de opiniones jurídicas debe surgir una verdad que será declarada por el juez, quien dará la razón a una parte y se la negará a la otra.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> HIGHTON, Elena y ALVAREZ, Gladys: *Mediación para Resolver Conflictos*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 95.

<sup>4</sup> SAN JUAN, Miriam. *Familia: Intervenciones Protectoras y Mediación Familiar*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2005, p. 274.

### III. LOS MÉTODOS NO ADVERSARIALES PARA EL MANEJO DE CONFLICTOS

Sin embargo, frente a los métodos adversariales de solución de conflictos, vienen erigiéndose y desarrollándose a nivel mundial los métodos no adversariales de solución de conflictos, donde las partes actúan juntas y cooperativamente, manteniendo el control de la decisión y solución del conflicto, tomando en cuenta los intereses de ambas, creando y adoptando soluciones y acuerdos mutuamente beneficiosos, y por lo tanto más susceptibles de ser cumplidos voluntariamente.<sup>5</sup> Es aquí donde se inserta la mediación o conciliación, que en forma breve y sencilla podría definirse como un proceso de negociación para la solución de conflictos que las partes adoptan voluntariamente, en el que éstas designan un tercero imparcial y neutral llamado mediador o conciliador, sin poder de decisión del conflicto, especialmente entrenado para conducir el proceso y asistir a las partes facilitándoles sus esfuerzos en la búsqueda y diseño de un acuerdo satisfactorio para ambas, y por ende, con más probabilidades de ser aceptado y cumplido voluntariamente que una decisión impuesta por un tercero.<sup>6</sup> Como la mediación es una negociación asistida, un mediador hábil se concentrará en los tres pilares modernos de la negociación efectiva: procurar ayudar a las partes a (i) salir de las trincheras de sus posiciones para determinar sus verdaderos intereses que subyacen en el problema, (ii) generar opciones creativas para satisfacer esos intereses, (iii) basadas en criterios objetivos y legítimos.<sup>7</sup>

De allí la necesidad y conveniencia de un cambio en la mentalidad tradicional del abogado, adquirida en primer lugar en las escuelas de derecho, que en general tienden a formar y especializar a los profesionales del derecho dentro de la cultura del litigio y de los métodos adversariales de resolución de conflictos, y reforzada luego con la práctica profesional, en la que lamentablemente no se sale de estos viejos paradigmas. Ya se viene notando en las facultades de derecho de nuestras principales universidades, la incorporación de los medios alternativos de resolución de controversias,

<sup>5</sup> HIGHTON y ALVAREZ: *Ob. cit.*, pp. 95, 96.

<sup>6</sup> CAIVANO, Roque, GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto: *Negociación y Mediación, Instrumentos Apropriados para la Abogacía Moderna*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 209, 210.

<sup>7</sup> Cfr. FISHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce: *Sí, de acuerdo...* Grupo Editorial Norma, Bogotá, 1993.

no sólo en los estudios de post-grado, especialmente en los de procesal civil, sino también más recientemente a nivel de pre-grado en el pensum ordinario de la carrera. Bajo estos nuevos paradigmas el abogado no sólo debe estar preparado para defender a su cliente y reclamar y hacer valer su derechos, sino para una labor más integral, que no es otra que la administración y solución más eficiente de los conflictos, controversias y problemas de su cliente. Por ello debe formarse y entrenarse en la amplia gama de medios y alternativas para resolver conflictos, más allá de los juicios, recursos y acciones judiciales.

El desafío es pues enfrentar los conflictos de los clientes de varias maneras. Ya los abogados prestan una asesoría en muchos casos “preventiva” de conflictos, a la hora de diseñar estrategias contractuales o de estructuración de negocios jurídicos, anticipando posibles controversias, así como las formas para solucionarlas en caso de que surjan, por ejemplo, a través de diversos mecanismos alternos a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Es notoria la proliferación de acuerdos en los que se adoptan estos mecanismos alternativos de resolución de conflictos, siendo los más comunes las cláusulas conciliatorias y arbitrales, típicamente con exclusión de la jurisdicción de los tribunales ordinarios. De forma que el abogado debe estar preparado para asistir a su cliente en estos procedimientos de conciliación, de arbitraje, y demás modalidades de mecanismos alternos de justicia. Pero además los abogados pueden y deben incorporarse cada vez más al desempeño de funciones como mediadores y árbitros.

Para justificar el cambio de mentalidad pleitista del abogado por una actitud conciliadora, cooperativa y no adversarial se han esbozado como razones *“las que se derivan de la responsabilidad profesional, que conlleva dar el mejor consejo al cliente; las que se derivan de la responsabilidad o compromiso social, ya que son auxiliares en la administración de justicia, pieza fundamental del sistema y deudores de un mejor servicio a la comunidad; las que se derivan de la propia conveniencia, ya que su especialización significará un modo menos frustrante de ejercer la profesión, e implicará más bien trabajar en procesos más dinámicos y creativos, además de una eventual mejora o suplemento en las ganancias, permitiendo afrontar como mayores probabilidades de éxito los requerimientos de justicia de una sociedad que ya no se conforma con cualquier solución, posicionándose mejor frente a las exigencias de una competitividad profesional en aumento”*.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> HIGHTON y ALVAREZ: *Ob. cit.*, pp. 400-401, También CAIVANO, GOBBI y PADILLA. *Ob. cit.*, pp. 74-76.

#### IV. OBSTÁCULOS PARA LA MEDIACIÓN

Resulta claro que la mentalidad litigiosa y la visión adversarial del abogado constituye uno de los obstáculos para la mediación y para los medios alternativos de resolución de controversias en general, a lo cual se une el desconocimiento y falta de experiencia en estos medios alternos y su funcionamiento, que conlleva un natural escepticismo y desconfianza en ellos. Algunos abogados ven al mediador como un rival que los sustituirá en su actividad quitándoles casos. Otros perciben la mediación como una amenaza a su ejercicio profesional y a sus ingresos. Al fin y al cabo, una solución rápida de la controversia como producto de la mediación, significa menos horas facturables al cliente.<sup>9</sup> Visto así, resulta un verdadero conflicto entre los intereses del cliente y los de su abogado. No puede negarse la existencia de una tensión entre ambos intereses, sobre todo en lo que concierne a los honorarios profesionales y la forma de facturarlos. Si el abogado factura su trabajo por horas, habría un incentivo para incrementar el tiempo trabajado, incluso de buena fe y en beneficio del cliente. Por el contrario, si el abogado cobra sobre base contingente, es decir, sobre lo que logre obtener de la contraparte, tenderá a querer resolver el caso lo más rápidamente posible, favoreciendo transacciones que podrían ser inconvenientes para el cliente. Si el abogado cobra una cantidad fija previamente estipulada, tendrá menos incentivo para esforzarse al máximo pues ganará lo mismo independientemente de su dedicación.<sup>10</sup>

#### V. EL ROL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

Aquí es donde el abogado debe tomar conciencia de su rol como *solucionador de problemas (problem-solving approach)* y como *creador de valor (value-creating role)* para sus clientes. El abogado consciente de este rol se preocupa especialmente por manejar el problema del cliente y su solución, no sólo optimizando las ganancias sino minimizando los costos involucrados en el proceso, generando así valor a su cliente. La experiencia enseña que los clientes que perciben una genuina preocupación de sus abogados por reducirle los “costos transaccionales” en la solución de sus problemas,

<sup>9</sup> GOODMAN, Alan: *Basic Skills for the new Mediator*, Solomon Publications, Maryland, U.S.A., 1994, p. 40.

<sup>10</sup> MNOOKIN, Robert: *Beyond Winning*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, U.S.A., 2000, pp. 78-84.

muestran altísimos niveles de satisfacción que contribuyen decisivamente a la fidelidad de esos clientes para con sus abogados.<sup>11</sup> El estudio y la utilización de la mediación permiten fácilmente concluir que constituye un medio eficazísimo de solución de conflictos, idóneo para que las partes puedan llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso que ponga fin a la controversia, en un tiempo y a un costo que pueden ser sustancialmente inferiores a los que involucraría un largo litigio. De manera que la mediación es sin duda un mecanismo creador de valor para los clientes, que definitivamente redundará en beneficio del ejercicio profesional e ingresos del abogado.

Para la eficacia de la mediación está demostrada la conveniencia de que a las sesiones asistan las partes involucradas en la controversia, quienes pueden estar o no asistidas de sus abogados. Dicha eficacia tiene que ver con la participación en el proceso de los verdaderos involucrados o dolientes en el problema, que conocen los hechos y circunstancias del asunto, y que a la vez son los que mejor pueden decidir como resolverlo. La experiencia enseña que cuando las partes no asisten a la mediación y envían a sus abogados, resulta bastante cuesta arriba llegar a un acuerdo, sobre todo si los abogados no tienen habilidades o formación en técnicas de negociación efectiva o van a la mediación con actitud adversarial y no cooperativa. Los centros de mediación o conciliación suelen recomendar y exhortar a las partes a que asistan personalmente a las sesiones de mediación, y advierten que de no hacerlo será mucho menos probable que la mediación resulte exitosa.

Por otro lado, muchas veces la presencia de los abogados puede entorpecer la mediación. Es innegable que los abogados tienden a crear una atmósfera controversial y un ambiente de conflicto, aparte de que suelen pretender “robarse el show”, reduciendo la efectiva participación de las partes.<sup>12</sup> Sin embargo, los mediadores expertos y hábiles en comunicación normalmente saben conducir el proceso, sorteando las dificultades que se presentan a veces por las actitudes y comportamiento de los abogados. No es extraño que usen técnicas como reunirse en privado con las partes sin los abogados. Frente a las corrientes opuestas, una que sostiene que los abogados deben participar en la mediación, y otra que se opone radicalmente a ello pues considera que

<sup>11</sup> MNOOKIN, Robert: Ob. cit., pp. 119, 154.

<sup>12</sup> HOET-LINARES, Franklin: *La Mediación, Administración y Negociación de Justicia Alternativa*. Editorial Legis, primera edición, Caracas, 2005, p. 150.

no hacen sino perturbar el proceso, nos pronunciamos por la primera, ya que por una parte, no puede impedírsele a las partes asistir con sus abogados, y por otra, si los abogados están formados en este extraordinario medio de solución de conflictos pueden hacer una contribución invaluable para alcanzar un acuerdo satisfactorio para los clientes.

Es evidente el rol de asesoramiento legal que pueden prestar los abogados a las partes en la mediación. No puede prescindirse de su papel consultivo en diversos aspectos referentes al problema o controversia objeto de la mediación, y menos aún de su opinión legal con respecto a las propuestas que se hagan y a los posibles acuerdos y su redacción final. Normalmente las partes desean que su abogado revise el acuerdo final y los asesore acerca de sus implicaciones legales.<sup>13</sup> Pero tampoco puede olvidarse que en la mediación puede verse el problema desde una óptica más amplia, más allá de lo jurídico, y pueden enfocarse asuntos que no tienen significación para el Derecho, o que al menos son redefinidos en términos que permiten apartarse de la visión adversarial.<sup>14</sup>

Por nuestra parte pensamos que el rol del abogado en la mediación puede ir más allá del meramente consultivo. El abogado verdaderamente comprometido con los intereses de su cliente, que no son otros que la solución de la controversia de la manera más satisfactoria y eficiente posible, en el tiempo y al costo más favorable para éste, debe involucrarse proactivamente en el proceso de identificación de los intereses de las partes, de generación de opciones creativas para satisfacerlos lo mejor posible, y de proponer acuerdos basados en criterios legítimos y objetivos.

El abogado debe evitar trasladar a la mediación la conducta que adopta en la labor judicial, concentrando sus energías en argumentar frente al mediador acerca de la razón del cliente. Si bien esta conducta es necesaria en el proceso judicial, donde se trata de convencer a un tercero (juez) llamado a dirimir la controversia, en la mediación en cambio lo que una parte obtenga va a provenir de lo que la otra parte reconozca, acepte o conceda, y en consecuencia, la fuente de lo que se puede obtener no es un tercero con autoridad, sino la otra parte.<sup>15</sup> Hay que tener en cuenta, y hacerlo entender

<sup>13</sup> HOET-LINARES, Franklin: *Ob. cit.*, p. 141.

<sup>14</sup> SAN JUAN, Miriam: *Ob. cit.*, pp. 277-278.

<sup>15</sup> CAIVANO, GOBBI y PADILLA: *Ob. cit.*, p. 241.

a las partes y sus abogados en la mediación, que el mediador no tiene poder de decisión ni es su función resolver la controversia, lo cual implica que las partes y sus abogados no deben dedicarse a convencerlo de sus respectivas posiciones y de los fundamentos legales que los asisten.

Dado el cambio de dinámica que supone la mediación, es importante que el abogado se prepare y prepare convenientemente a su cliente para participar constructivamente en la mediación. Abogado y cliente deben comprender el sentido y el proceso de mediación, así como también que su participación es fundamental. Así como el abogado y su cliente se preparan para un litigio, también deben prepararse para la mediación, que no es otra cosa que prepararse para la negociación. En este sentido, el rol del abogado puede ser relevante, ya que puede ayudar a evaluar las posiciones legales de las partes, sus derechos y obligaciones, y los remedios legales disponibles, a fin de determinar los escenarios y alternativas que tienen las partes si no llegan a un acuerdo, y que como nos lo enseñan FISHER y URY, constituyen la verdadera fuente de la fuerza o poder en la negociación. La mejor alternativa al acuerdo negociado (MAAN) ayuda a identificar cuando un acuerdo es favorable o conveniente para la parte. Si el MAAN es mejor que la propuesta de acuerdo, quizás deba optarse por aquel. Si por el contrario, el MAAN no es mejor que la propuesta de acuerdo, ésta lucirá más aconsejable.<sup>16</sup>

En la mediación es recomendable expresar confianza en el proceso y en que pueda facilitar un acuerdo beneficioso para ambas partes. Es conveniente utilizar las herramientas y elementos de una comunicación eficaz, fundamentada en el respeto tanto al mediador como a las partes y sus abogados, el manejo y control adecuado de los sentimientos y emociones, en el saber escuchar atentamente a los demás y en la empatía o reconocimiento de los distintos puntos de vista o formas de ver las cosas, sin que ello necesariamente implique compartirlos. Se debe ser especialmente cuidadoso del lenguaje, tanto verbal como no verbal, que se utilice, procurando que las palabras no propicien una mayor escalada del conflicto sino que más bien contribuyan a desescalarlo.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> HOET-LINARES, Franklin: *Ob. cit.*, p. 145.

<sup>17</sup> Cfr. CAIVANO, GOBBI y PADILLA: *Ob. cit.*, pp. 241-243. Y para un estudio a fondo sobre las técnicas modernas de comunicación y conversación eficaz véase: STONE, Douglas, PATTON, Bruce y HEEN, Sheila. *Conversaciones Difíciles*. Grupo Editorial Norma, Bogotá, 1999.

Los abogados y las partes deben estar conscientes de que no toda mediación será exitosa. A veces las partes pueden estar demasiado involucradas emocionalmente con la disputa como para resolverla. Otras veces las partes pueden no estar en capacidad de revelar y discutir aquello que los frena en la consecución de una solución al conflicto. Las percepciones pueden diferir de manera irreconciliable. Incluso el mediador podría no ser el más apropiado. En definitiva, la mediación podría fracasar por cualquiera de las innumerables razones por las cuales fracasan las relaciones humanas.<sup>18</sup>

No queremos terminar sin citar unas sabias palabras de CAIVANO, GOBBI y PADILLA, a propósito del auge de los medios alternativos de solución de conflictos:

“En la medida que esta tendencia se acentúe, en poco tiempo comenzarán a distinguirse los abogados que sepan cómo utilizar las herramientas que brindan los mecanismos alternativos, de aquellos que se hayan quedado atados a los esquemas tradicionales del litigio judicial como único remedio para ofrecer al problema del cliente. Los primeros podrán proponer un campo mucho más amplio y más eficiente de soluciones. El abogado que se adecúe a esta realidad correrá con grandes ventajas sobre el abogado tradicional, ya que estará capacitado para ofrecer algo más que un juicio. Si la demanda de la sociedad se intensifica, el que se quede en el tiempo y persista en la creencia de que litigar es el único modo de defender los derechos e intereses de su cliente, comenzará a perder no sólo imagen, sino clientela.”<sup>19</sup>

<sup>18</sup> GRAPPO, David: *Answers to Litigator's Questions about Mediation*; en *Handbook on Mediation*, American Arbitration Association, 2006, p. 192.

<sup>19</sup> CAIVANO, GOBBI y PADILLA: *Ob. cit.*, p. 72.