

TODO

Mediación II

Temas Privados, Públicos, Internacionales y Sociales

Enrique Antonio Hernández Villegas
Coordinador

2025

© De los autores, 2025

© LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: Diciembre 2025

Depósito Legal: M-26067-2025

ISBN versión impresa: 978-84-9090-753-5

ISBN versión electrónica: 978-84-9090-754-2

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

ÍNDICE

CAPÍTULO 1. Conflictos derivados del contrato de franquicia. Implicaciones jurídicas, económicas y comerciales, Enrique U. Alcázar

1.	La relación franquiciante-franquiciatario.	19
2.	Concepto y Naturaleza	21
3.	Contraprestaciones	23
4.	Aspectos Fiscales.	23
5.	Ecosistema de las Franquicias	26
6.	Antecedentes Jurídicos en México	29
7.	Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial	32
8.	Antecedentes Históricos Nacionales e Internacionales	35
9.	CMED-AMF	39
10.	Regulación Internacional	40
10.1.	UNIDROIT	40
10.2.	Código Deontológico Europeo.	40
10.3.	Organismos empresariales privados	40
10.4.	Estados Unidos de Norteamérica.	41
10.5.	Francia	42
10.6.	China	42
10.7.	Reino Unido.	43
10.8.	Italia	43
10.9.	Brasil.	44
10.10.	Corea	45
10.11.	Filipinas.	46
10.12.	Japón.	46
10.13.	España.	47
10.14.	Emiratos Árabes Unidos	48
11.	Herramientas Jurídicas.	48
12.	Tendencias y Perspectivas	49

CAPÍTULO I. Aplicación práctica en el ámbito público de los principales modelos de mediación en México	51
Introducción	51
1. De la formación de las personas mediadoras en los programas públicos de mediación en México	52
1.1. Sobre la formación de las personas mediadoras	52
1.2. Qué se enseña sobre los modelos de mediación	53
2. Sobre los tres modelos de mediación	54
2.1. El Modelo lineal de Harvard	54
2.2. El Modelo Transformativo	59
2.3. El Modelo circular narrativo	64
3. Conclusiones	68
Bibliografía	68
Documentos diversos y manuales consultados	69
CAPÍTULO II. Dicotomía entre el modelo de mediación civil voluntaria y el modelo de «obligatoriedad mitigada», Emiliano Carretero Morales	71
1. Introducción	71
2. Breves notas de Derecho comparado y estado actual de la cuestión en España	75
3. El modelo de «obligatoriedad mitigada» y su posible afectación al derecho a la tutela judicial efectiva	85
4. Posibles obstáculos y ventajas	89
5. Conclusiones	92
6. Bibliografía	94
CAPÍTULO III. La nueva conciliación laboral, Jorge Enrique Cervantes Martínez	97
1. Antecedentes	97
2. Procedimiento de conciliación	106
3. Conclusiones	116
CAPÍTULO IV. Límites al convenio de mediación en materia civil y mercantil. Permeabilidad de los derechos humanos en las relaciones horizontales, Paula María García Villegas Sánchez Cordero	117
1. Límites constitucionales a la autonomía de la voluntad de las partes	119
1.1. Introducción	119
1.2. Autonomía de la voluntad de las partes como ley suprema	119
1.3. Límites constitucionales a la autonomía de la voluntad de las partes a los ojos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los pactos entre particulares	124
1.4. La dignidad humana como límite al derecho contractual	128

2.	Particularidades del convenio de mediación	134
2.1.	El convenio de mediación tiene fuente constitucional	134
2.2.	Objeto del convenio de mediación	141
2.3.	Diferencias entre el convenio de mediación y el de transacción ..	144
2.4.	Persona mediadora como parte de la ecuación en un convenio de mediación	145
3.	Conclusiones	150
CAPÍTULO V. La mediación en los Tribunales Arbitrales del Deporte (TAS) y del Arte (CAfA). Estudio comparativo, David Hernández González.....		153
1.	Introducción	153
2.	Denominación, acrónimo e idiomas de los Tribunales	154
3.	Origen y sede de los Tribunales	154
4.	Objetivo de los Tribunales: la especialización en la resolución de conflictos y sus efectos colaterales	155
5.	Principales ordenamientos que aplican los Tribunales para el desarrollo de la mediación	157
6.	Conflictos mediables	159
7.	Tipos de mediación que desarrollan	160
8.	Acuerdo de mediación	161
9.	Los mediadores	166
10.	Los procedimientos de mediación	167
11.	La intervención de terceros ajenos al mediador y a los mediados	167
12.	La posibilidad de procesos híbridos: MedArb y ArbMed	168
13.	La terminación de la mediación	169
14.	El costo de la mediación	169
15.	A manera de conclusión	170
16.	Bibliografía consultada	170
	Ordenamientos	171
	Páginas web	171
CAPÍTULO VI. Mediación privada en México, Pascual Hernández Mer-goldd		173
	Introducción	174
1.	La justicia tiene dos grandes bifurcaciones	175
2.	Mediación	175
2.1.	En la mediación existen dos grandes universos en los que es de gran utilidad	176
2.2.	Las ventajas de la mediación se pueden resumir en los siguientes puntos	176
3.	El Mediador	177
4.	El mediador puede ser público o privado	178
5.	Mediación Privada	178

6.	Modelo de Mediación Privada en la Ciudad de México	181
7.	Recomendaciones para la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversia	182
8.	Comentarios finales.	183
9.	Fuentes	184
	Libros y revistas	184
	Legislación y otras disposiciones	185
	Discurso	185
CAPÍTULO VII. Los acuerdos conclusivos como medio alternativo de solución de conflictos en materia tributaria, Guadalupe Hinojosa Garatachía.		187
1.	Introducción	187
2.	Conflicto en materia tributaria.	188
3.	Principio de indisponibilidad del crédito tributario	190
4.	Medios alternativos de solución de conflictos en materia tributaria.	191
5.	Acuerdos conclusivos	195
5.1.	Antecedentes	195
5.2.	PRODECON como mediador.	198
5.3.	Procedimiento de acuerdo conclusivo	199
	Bibliografía	205
	Otras fuentes	205
CAPÍTULO VIII. Justicia Restaurativa como un enfoque humanizador al servicio del derecho penal en México, Laura Alejandra Londoño Jaramillo		207
1.	¿Qué es la justicia restaurativa y que propone desde su perspectiva en el ámbito social?	208
2.	Antecedentes históricos de la justicia restaurativa en el mundo.	208
3.	La justicia restaurativa como un modelo de justicia reparador para construir y reconstruir tejido social más allá de las partes en conflicto	209
4.	Justicia retributiva Vs. Justicia restaurativa.	210
5.	México en la construcción histórica de una justicia autocompositiva . . .	212
6.	Las víctimas y personas ofendidas en el ámbito del proceso penal.	212
7.	¿La justicia restaurativa constituye un derecho humano y fundamental? .	214
8.	De la Ley de Mecanismos Alternos de Solución de Controversias y el procedimiento que dispone en materia penal	217
9.	La justicia restaurativa y los adolescentes en el sistema de justicia penal en México	218
10.	Conclusiones	220
11.	Bibliografía	221
12.	Otras fuentes	222

CAPÍTULO IX. Utopía o posibilidad, Mediación en el Concurso Mercantil, Luis Manuel C. Méjan	223
1. Los litigios ¿fin o medio?	224
2. El valor de la mediación	225
3. Número de personas que intervienen en una mediación	226
4. Similitud con la Conciliación	227
5. El valor de un acuerdo «mediado» en el proceso concursal	229
6. ¿En dónde está la utilidad que puede tener la mediación en el concurso mercantil?	229
6.1. Antes del Concurso	230
6.2. Durante el Concurso Mercantil (Conciliación)	231
6.3. Después de la Conciliación (quiebra o cumplimiento del convenio)	231
7. Mediación y procedimientos de insolvencia en otras legislaciones	232
7.1. Directiva de la Unión Europea	232
7.2. El uso de mediación en el Derecho Concursal Español	232
7.3. Composición negociada en la Ley de Crisis de la Empresa en Italia	233
7.4. La Mediación en Francia	233
7.5. Colombia	234
7.6. Canadá	235
7.7. Chile	235
7.8. Brasil	235
7.9. Otros proyectos	236
7.10. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial	237
8. Incorporación de la mediación a la legislación concursal	237
9. Conclusiones	238
CAPÍTULO X. La mediación en conflictos societarios de una startup, Jorge Miralles Andress	239
1. ¿Qué entendemos por «Startup»?	239
2. Algunos de los orígenes de estos conflictos entre socios de una Startup	240
3. Superar la inercia del litigio en un conflicto, acudir a mediación	242
CAPÍTULO XI. Administración Pública y Mediación, Autora Mariana Mureddu Gilabert	245
1. Introducción	245
2. Medios alternativos de resolución de conflictos	247
2.1. La negociación	248
2.2. La conciliación	248
2.3. El arbitraje	248
2.4. Mediación	248

3.	Obstáculos para implementar la mediación para resolver conflictos con la administración pública.	249
3.1.	En primer lugar, me referiré a los costos	251
3.2.	Sometimiento del mediador a los intereses del Estado.	252
3.3.	Difícil ejecución de los acuerdos	252
3.4.	Pérdida de soberanía del Estado.	253
3.5.	El orden público como objeto de protección del Estado.	253
4.	Ventajas de la mediación administrativa	255
5.	Conclusiones	258
CAPÍTULO XII. Mediación y Derechos Humanos, Víctor Manuel Navarrete Villarreal		261
1.	Acceso a la justicia	261
2.	El contexto internacional	263
3.	La mediación	270
4.	Mediación y derechos humanos: dos historias paralelas	276
5.	Mediación y derechos humanos: un binomio promisorio	279
6.	Bibliografía.	282
CAPÍTULO XIII. El conciliador como verdadero mediador en el Concurso Mercantil, Fernando Pérez Correa Camarena		285
1.	El Conciliador	287
1.1.	Objeto.	287
1.2.	Facultades y Obligaciones.	288
2.	Auxiliares.	293
3.	El Juez del Concurso como rector del procedimiento	293
3.1.	Competencia	293
3.2.	Facultades	294
CAPÍTULO XIV. Mediación asincrónica en un caso de Propiedad Intelectual, Carlos Porcel Sastrías Mauricio Jalife Daher		297
1.	La solicitud.	297
2.	La invitación	299
3.	Inicio.	300
3.1.	Narración del Conflicto	301
4.	Ánalisis del caso y construcción de la agenda	304
4.1.	Exploración, agenda y tercero especialista	305
4.2.	Tercero especialista	309
4.3.	Aportación de alternativas de solución.	311
4.4.	Mejor Alternativa al Acuerdo Negociado (MAAN)	313
5.	Final	313
5.1.	Revisión y consenso de acuerdos	313
5.2.	Elaboración y firma del convenio	314

CAPÍTULO XV. Por la Uniformidad de la Mediación Comercial Internacional, Antonio Mario Prida Peón del Valle Irene Mariana Cuéllar Araiza	315
1. Panorama general de la mediación en México	315
1.1. ¿Qué es la mediación?	315
1.2. Panorama general de la legislación en materia de mediación en México	316
2. La Mediación Comercial Internacional.	318
2.1. La Ley Modelo de la CNUDMI	318
2.2. La Convención de Singapur	320
3. Práctica de la Mediación Comercial Internacional.	320
3.1. La Mediación Comercial Internacional <i>ad hoc</i>	320
3.2. La Mediación Comercial Internacional Institucional.	321
4. Conclusión.	331
5. Bibliografía.	331
6. Otras fuentes	331
CAPÍTULO XVI. Los conflictos en las empresas familiares, Bernardo M. Rivadeneyra Pérez	333
CAPÍTULO XVII. La mediación ante la CONDUSEF, Dr. Iván Josué Romo Valdovinos.	341
1. Introducción	342
2. La Justicia Alternativa	343
2.1. Concepto	343
2.2. Modalidades de la Justicia Alternativa	343
3. La Mediación	345
3.1. La Mediación como Mecanismo de Defensa de los Derechos de los Usuarios de Servicios Financieros.	350
4. La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF).	351
4.1. Naturaleza Constitucional.	351
4.2. Naturaleza Legal.	352
4.3. Facultades y Atribuciones	353
5. La Mediación ante la CONDUSEF	356
5.1. Objetivo	356
5.2. Procedimiento	358
6. A Manera de Conclusión	359
7. Bibliografía y páginas de internet	360
CAPÍTULO XVIII. La mediación en los estados unidos	363
1. El Renacimiento de la Mediación	363
2. Un Sistema de Administración de Justicia con Varias Puertas.	365

3.	La Institucionalización de la Mediación	366
3.1.	Las Universidades y Entrenamiento en Mediación	367
3.2.	La Privatización de la Mediación.	367
3.3.	El Rol de los Colegios de Abogados	367
3.4.	Regulaciones y Requerimientos para Mediadores	369
4.	La Federalización de la Mediación	370
5.	Características de la Mediación en la Sociedad Moderna	371
5.1.	Autodeterminación	371
5.2.	Confidencialidad	372
5.3.	Eficiencia.	373
5.4.	Flexibilidad	373
6.	La Mediación en los Tiempos del COVID.	374
7.	Conclusiones	375
8.	Bibliografía.	376
8.1.	Otras fuentes	376

CAPÍTULO XIX. Un mediador mexicano en Hong Kong, Evaristo

Treviño Berlanga.	379	
1.	Introducción	380
2.	Aspectos Culturales y Costumbres	381
2.1.	Diplomacia	382
2.2.	Regalos	383
2.3.	Banquetes	384
2.4.	Guangxi	384
3.	Particularidades de Hong Kong	385
3.1.	<i>Common law</i> , estatus de Región Administrativa Especial	385
3.2.	<i>Solicitors</i> y <i>barristers</i>	386
3.3.	Una jurisdicción onerosa	386
4.	Regulación y Lineamientos en Materia de Mediación.	388
4.1.	Mediation Ordinance (Cap. 620)	388
4.2.	Rules of the High Court (Cap. 4A).	388
4.3.	Hong Kong Mediation Code	388
4.4.	Reglamentos y lineamientos	389
5.	Modelo de Mediación.	391
6.	Instituciones y Organizaciones.	393
6.1.	Hong Kong Mediation Council	394
6.2.	Hong Kong Mediation Accreditation Association Limited	394
6.3.	Hong Kong Mediation Centre	394
6.4.	Integrated Mediation Office (West Kowloon) of the Judiciary	394
6.5.	The Joint Mediation Helpline Office.	395
6.6.	Hong Kong Institute of Arbitrators	395
6.7.	Financial Dispute Resolution Centre.	395
7.	Hong Kong, un Centro para Greater Bay Area y Belt and Road Initiative	396

7.1.	Greater Bay Area	396
7.2.	Belt and Road Initiative	398
8.	Un Mediador Internacional	399
9.	Conclusiones	399
	Fuentes Consultadas	400

CAPÍTULO 1

Conflictos derivados del contrato de franquicia. Implicaciones jurídicas, económicas y comerciales

Enrique U. Alcázar
Presidente Alcázar & Compañía
Vicepresidente Propiedad Intelectual & Franquicias CONCANACO
Consejero Asociación Mexicana de Franquicias
Coordinador del Comité PI del World Compliance Association

«Reglas claras, comunicación asertiva e institucional, constancias y evidencia, certeza jurídica, pero, sobre todo mantener un objetivo común, son la base para una relación rentable y exitosa».

1. LA RELACIÓN FRANQUICIANTE-FRANQUICIATARIO

Partiendo de entender el concepto de franquicia, su evolución jurídica, la regulación actual en México, así como un análisis comparativo en distintos países, podremos echar un vistazo a esta compleja relación empresarial, misma que parte naturalmente de la premisa de ganar-ganar y con el objetivo común de establecer un negocio rentable y exitoso.

Sin embargo y en ciertas ocasiones el resultado esperado por las partes no se logra y los involucrados, más que asumir responsabilidades, empiezan a buscar culpables, perdiendo de vista ese objetivo inicial que los hizo formalizar una relación contractual. Uno de los síntomas frecuentes es la falta de pago, ya sea de regalías, insumos, publicidad o productos; las causas de origen suelen ser la baja en ventas, que no se alcance el punto de equilibrio o que no se llegue al retorno de inversión en los tiempos esperados; el

principal argumento que esgrime el franquiciatario es la falta de soporte, asistencia o capacitación por parte del franquiciante, mientras que éste suele alegar que el franquiciatario no sigue los procesos y protocolos o inclusive que niega acceso a información o al mismo establecimiento.

Ambas partes podrían tener razón, el tema de las expectativas puede ser muy recurrente en las franquicias, mientras que el franquiciatario espera cierta rentabilidad y flujo, el franquiciante espera que el franquiciatario cuide su marca y su concepto; de aquí la importancia de que los involucrados tengan claridad sobre la otra parte, el modelo de negocio y qué pueden o no esperar.

Con lo anterior entendemos la importancia que se da a la entrega de información previa, tanto en regulaciones formales como en códigos deontológicos, leyes modelo y mejores prácticas propuestas por distintos organismos empresariales a nivel mundial; es fundamental tanto que el franquiciante evalúe el perfil de su futuro franquiciatario por un lado, como que el potencial franquiciatario conozca la oferta de negocio que hace el franquiciante; si se cuenta con identidad de objetivos y valores, así como expectativas claras, sumado a una comunicación efectiva institucional y asertiva, lo más probable es que se eviten muchos conflictos y controversias.

La franquicia como sistema de aceleración empresarial ha resultado ser un modelo pujante para la economía, por un lado, promueve la creación de nuevas Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, MiPyME's, mientras que por otro impulsa el desarrollo de empleos y consecuentemente la generación de riqueza. El marco normativo en México ha transitado de la sobreprotección y modelos paternalistas, a prácticamente la desregulación; actualmente nos encontramos en un momento en el que la norma jurídica requiere ajustarse a la realidad y a los cambios en las tendencias sociales, comerciales y tecnológicas del mercado global en el que participamos.

Si bien en la antigüedad encontramos algunos antecedentes a las franquicias, no es sino hasta la llamada segunda revolución industrial, con la llegada de la producción en masa y el motor de combustión interna, cuando surgen los primeros sistemas formales de franquicia; algunos de los cuales aún siguen operando de manera exitosa. Ya con la tercera revolución industrial y gracias a la automatización, sistematización, implementación de tecnologías de la información y comunicación o TIC's es que el modelo se populariza. No obstante hoy, que atravesamos la cuarta revolución o transformación digital en la cual el mundo real y el virtual convergen, los modelos empresariales se tienen que adecuar a los nuevos hábitos de consumo y tendencias comerciales.

Otro factor que incide en el impulso de nuevos emprendimientos, creación de más empresas y apertura de franquicias, es la insuficiente oferta laboral y generación formal de empleos; mientras que el gobierno debe optimizar el gasto público, fortalecer su labor de gestión, sentar las bases para una competencia justa y condiciones adecuadas para el desarrollo empresarial, las grandes empresas cada vez son más eficientes, automatizadas y tecnológicas, requiriendo y creando menos fuentes de trabajo, lo que se ha visto reflejado en fuertes campañas de emprendimiento y autoempleo, que no siempre son exitosas ni bien enfocadas, quedando entonces en manos de las pequeñas y medianas

empresas —PyME's— el reto y responsabilidad de seguir creciendo, diversificarse, desarrollar nuevas unidades o establecimientos y crear empleos.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA

Jurídicamente, en la legislación mexicana, la franquicia se encuentra definida en el artículo 254 de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial que establece:

«Existirá franquicia, cuando con la licencia de uso de una marca, otorgada por escrito, se transmitan conocimientos técnicos o se proporcione asistencia técnica, para que la persona a quien se le concede pueda producir o vender bienes o prestar servicios de manera uniforme y con los métodos operativos, comerciales y administrativos establecidos por el titular de la marca, tendientes a mantener la calidad, prestigio e imagen de los productos o servicios a los que ésta distingue».

En esta definición destaca el objeto directo o ¿qué? De la franquicia, los elementos esenciales sin los cuales no puede existir una franquicia que son: la licencia de uso de marca, la transmisión de conocimientos y que se proporcione asistencia técnica, en su conjunto «el saber qué y el saber cómo, el saber hacer», el *know-how* de la franquicia como objeto y elemento esencial del contrato.

Si bien hay quien ha argumentado en virtud de la conjunción gramatical «o» en lugar de la «y» que puede existir franquicia con la transmisión de conocimientos técnicos o la proporción de asistencia técnica, sin la necesidad de concurrencia de ambos elementos; yo estoy convencido de que para hablar de franquicias se requieren ambos, no me puedo imaginar un negocio que sólo opera con manuales, guías o políticas, pero sin capacitación, supervisión, soporte ni asistencia, o viceversa.

Quedan claros los elementos de existencia u objeto directo de las franquicias, respondiendo a la pregunta ¿Qué?:

- Que exista licencia de uso de marca.
- Que se transmitan conocimientos técnicos.
- Que se proporcione asistencia técnica.

Mientras que el objeto indirecto o ¿Para qué? es:

- Producir o vender bienes o prestar servicios.
- De manera uniforme.
- Con métodos operativos, comerciales y administrativos.
- Mantener la calidad, prestigio e imagen.

Por otra parte, con un enfoque más empresarial, proponemos el siguiente concepto para la franquicia:

«Modelo empresarial que facilita ...

El crecimiento, réplica y expansión de un negocio diferenciado, atractivo, rentable y probado;

Potencializar la marca, logística, estructura, experiencia, conocimiento y otros activos intangibles de quién la otorga, el Franquiciante

Aplicar el capital financiero, material, intelectual, físico y/o relacional de quién la adquiere, el Franquiciatario;

Crear inter-relaciones a partir de transferencia de tecnología y asistencia técnica, estableciendo derechos y compromisos para las partes que conservan su autonomía empresarial;

Y que tiene por objeto minimizar riesgos, optimizar recursos, maximizar beneficios, generar riqueza e impacto social».

Alcázar & Compañía

Existe una íntima relación entre las franquicias y la propiedad intelectual, no sólo en cuanto a la marca que es fundamental, sino a otros signos distintivos como son avisos comerciales o *slogans* y por su puesto la imagen comercial o *trade dress*; secretos industriales, comerciales y de negocios; creaciones novedosas, personajes, obras como planos arquitectónicos y software entre otros; la ventaja competitiva de una franquicia puede y debe estar basada en alguno de estos derechos intangibles, así como su derecho de uso o explotación de forma exclusiva.

No obstante su profunda vinculación con el derecho administrativo respecto al otorgamiento de licencias y su inscripción, las franquicias en sí mismas, se encuentran en el ámbito del derecho privado y así deben ser reconocidas; al ser consideradas actos de comercio, realizados por comerciantes y reguladas por un contrato de naturaleza mercantil; el cual es bilateral o sinalagnático, esto es genera obligaciones recíprocas; es oneroso, lo que implica ciertas contraprestaciones, aunque hay que destacar que ni la cuota inicial o canon de entrada ni las regalías son elementos obligatorios dentro de las franquicias, ya que dependerán de la propia estrategia financiera de la marca. El contrato de franquicia además suele ser principal del cual se derivan otros accesorios como: licencias, distribución, suministro o proveeduría, comodato, sólo por mencionar algunos. Es un contrato de trato sucesivo cuyo cumplimiento se va perfeccionando de momento a momento y durante toda su vigencia, inclusive con obligaciones que perduran después de la misma. Es un contrato conjuntivo que implica un cúmulo de derechos, obligaciones y compromisos para cada una de las partes; su nombre viene de la ley por lo que es nominativo y podríamos decir que es un contrato parcialmente regulado. La vigencia del contrato generalmente es determinada, con opción a renovación sujeta a ciertas condiciones y vinculada al retorno de inversión. A pesar de que hay quien lo considera un contrato de adhesión de registro voluntario, la franquicia no requiere inscripción ante la Procuraduría Federal del Consumidor (Mx), precisamente porque es un acuerdo entre comerciantes y sus términos y condiciones pueden ser revisadas en cada caso particular.

Existen distintos modelos de expansión y aceleración empresarial entre los cuales se encuentran aquellos que son colaborativos o asociativos, lo que significa que las partes mantienen su autonomía, patrimonio y personalidad jurídica; estableciendo una alianza estratégica con un objetivo común; aquí encontramos desde modelos casuales que se formalizan con un «acuerdo de caballeros», hasta esquemas muy formales y estructurados como son las franquicias o los contratos de asociación en participación también conocidos como *joint venture*; sobre el particular, contratos de licencia (referidos generalmente al uso o explotación de derechos de propiedad intelectual), suministro y proveeduría,

distribución, asistencia técnica, transferencia de tecnología, soporte técnico, representación o incluso concesión (en un ámbito privado) entre otros, contratos y relaciones suelen tener elementos similares y comunes a las franquicias, la línea divisoria puede ser muy sutil, más que la denominación que las partes den al contrato, debemos prestar atención al contenido obligacional del mismo.

3. CONTRAPRESTACIONES

Ni en el concepto empresarial, ni en el jurídico de la franquicia, existen contraprestaciones concretas o predefinidas en una relación de franquicia, ya que esto dependerá de cada estrategia y modelo de negocio, a pesar de que como ya comentamos es un contrato oneroso y por su propia naturaleza debe existir alguna contraprestación.

Entre las más comunes encontramos: la cuota inicial de franquicia, canon inicial o *franchise fee*, pago único que corresponde al acceso a la red, generalmente incluye la licencia de uso de marca y la transmisión del *know-how* del negocio (saber qué y saber cómo) contenido en manuales, guías y políticas operativas, así como en programas de capacitación, soporte y asistencia; esta cuota puede incluir desde manuales arquitectónicos, proyectos ejecutivos, hasta modelos «llave en mano». El alcance dependerá de a lo que el propio franquiciante se quiera comprometer.

Por otra parte están las regalías o *royalties*, para las cuales tampoco hay reglas predefinidas, lo más común es que sea un porcentaje sobre las ventas, aunque hay quien cobra montos fijos o diseña esquemas mixtos, incluso hay empresas que no cobran regalías directamente ya que de forma indirecta vienen contenidas en productos, insumos o servicios requeridos para operar la franquicia; la frecuencia de pago también dependerá de cada marca, puede ser semanal, quincenal, mensual, trimestral o incluso anual.

Frecuente es encontrar también lo que se conoce como cuota de publicidad corporativa o institucional, que serán montos administrados por el franquiciante precisamente para la construcción y posicionamiento de marca, de cara al consumidor final; así en cada caso podemos encontrar cuotas de renovación; cuotas por traspaso (al haber cesión de derechos del franquiciatario a un tercero); licencias de software, capacitación adicional, fondos de remodelación, entre otros conceptos, más allá incluso de la inversión inicial (equipamiento, servicios, mobiliario, remodelación, depósitos, etc.) o de costos fijos y variables propios del mismo negocio.

4. ASPECTOS FISCALES

En el tema tributario, las franquicias no se encuentran sujetas a ningún régimen especial y las regalías se consideran como ingresos (Art. 142, Fcc. XVII Ley del Impuesto Sobre la Renta LISR), sin embargo hay que atender a ciertos temas particulares para no poner en riesgo la posibilidad de deducción de los montos que por tal concepto se cubran.

Para definir claramente lo que podemos entender por regalías, debemos atender a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación (Art. 15-B) que establece: «Se consideran regalías, entre otros, los pagos de cualquier clase por el uso o goce temporal de

patentes, certificados de invención o mejora, marcas de fábrica, nombres comerciales, derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas y grabaciones para radio o televisión, así como de dibujos o modelos, planos, fórmulas, o procedimientos y equipos industriales, comerciales o científicos, así como las cantidades pagadas por transferencia de tecnología o informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas, u otro derecho o propiedad similar... Los pagos por concepto de asistencia técnica no se considerarán como regalías. Se entenderá por asistencia técnica la prestación de servicios personales independientes por los que el prestador se obliga a proporcionar conocimientos no patentables, que no impliquen la transmisión de información confidencial relativa a experiencias industriales, comerciales o científicas, obligándose con el prestatario a intervenir en la aplicación de dichos conocimientos».

Para empresas franquiciantes, residentes en el extranjero, con establecimientos permanentes en México, debemos atender a lo dispuesto por el Art. 26 de la LISR que prevé que «podrán efectuar las deducciones que correspondan a las actividades del establecimiento permanente, ya sea las erogadas en México o en cualquier otra parte, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la LISR y su Reglamento. Cuando las personas a que se refiere el párrafo anterior, residan en un país con el que México tenga en vigor un tratado para evitar la doble tributación, se podrán deducir los gastos que se prorraten con la oficina central o sus establecimientos, siempre que tanto la oficina central como el establecimiento, en el que se realice la erogación, residan también en un país con el que México tenga en vigor un tratado para evitar la doble tributación y tenga un acuerdo amplio de intercambio de información y además se cumpla con los requisitos que al efecto establezca el Reglamento de esta Ley...».

En los casos de asistencia técnica, de transferencia de tecnología o de regalías, para que se autorice la deducción, se debe comprobar ante las autoridades fiscales que quien proporciona los conocimientos, cuenta con elementos técnicos propios para ello; que se preste en forma directa y no a través de terceros, excepto en los casos en que los pagos se hagan a residentes en México, y en el contrato respectivo se haya pactado que la prestación se efectuará por un tercero autorizado; y que no consista en la simple posibilidad de obtenerla, sino en servicios que efectivamente se lleven a cabo. (Art. 27 Fcc. X LISR).

Los por cientos máximos autorizados tratándose de gastos y cargos diferidos, así como para las erogaciones realizadas en períodos preoperativos, son 15% para regalías, para asistencia técnica, así como para otros gastos diferidos, a excepción de los activos intangibles que permitan la explotación de bienes del dominio público o la prestación de un servicio público concesionado, el por ciento máximo se calculará dividiendo la unidad entre el número de años por los cuales se otorgó la concesión, el cociente así obtenido se multiplicará por cien y el producto se expresará en por ciento. En el caso de que el beneficio de las inversiones se concrete en el mismo ejercicio en el que se realizó la erogación, la deducción podrá efectuarse en su totalidad en dicho ejercicio (Art. 33 Fcc. III y IV LISR) y cuando las regalías hayan sido efectivamente pagadas (Art. 36 Fcc. VII).

CAPÍTULO V

La mediación en los Tribunales Arbitrales del Deporte (TAS) y del Arte (CAfA). Estudio comparativo

David Hernández González¹

«Mediation is a process in which an impartial person helps the disputing participants define, understand, and resolve their dispute. It is voluntary, collaborative, and confidential. Mediation is built on a triple foundation of Etiquette, Ethics and Aesthetics, corresponding to the rules of behavior, the discipline of right conduct, and the art. Of achieving results with elegance and panache». Charles Parselle

1. INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo la mediación se ha impuesto como un medio alterno o, mejor dicho, «adecuado» de solución de conflictos en el mundo. Esto es, se ha proyectado universalmente para resolver conflictos en diversos ámbitos que desarrolla el ser humano y ha requerido para ello la intervención de especialistas no solo en la propia mediación, sino en las disciplinas jurídicas especiales que se encuentran involucradas, atendiendo la particularidad y complejidad del o los conflictos en presencia.

Lo anterior, implica un fenómeno no solo de consolidación de la propia mediación como medio idóneo de solución de conflictos, sino también de las diversas disciplinas jurídicas cuya presencia se desconocía hace años en el desarrollo de la sistemática jurídica que ha ordenado el estudio del Derecho.

1. Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho con Postgrado en Obligaciones y Contratos y Diplomado en Mediación Privada por dicha institución. Diplomado en Marketing y Negocios Deportivos por el Johan Cruyff Institute y Diplomado en Valuación de Obras de Arte por Casa Lamm, Centro de Cultura. Árbitro autorizado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR) y Mediador en el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) y Mediador en el Tribunal Arbitral del Arte (CAfA). Miembro Correspondiente de la Sociedad Italiana de Derecho y Literatura. Premio «Manuel Romero de Terreros» 2010 otorgado por la Sociedad Numismática de México por la investigación «*Introducción a la Numismática*» publicada por Editorial Porrúa. Profesor de Derecho del Deporte en la Universidad Iberoamericana. Ha impartido conferencias y cursos sobre el Derecho del Arte en diversas instituciones educativas. Socio de Hernández y Llanio, Consultores en Arte y Deporte.

En ese sentido, en este escrito haremos referencia a la mediación que se desarrolla en el mundo del deporte y en el contexto de la comunidad artística a nivel global y con carácter privado, a través del estudio de dos organismos especializados tanto en los medios alternos de solución de conflictos como en las materias de Derecho del Deporte y de Derecho del Arte que son el Tribunal Arbitral del Deporte y el Tribunal Arbitral del Arte.

Para tal efecto, analizaremos de manera comparativa sus diversas particularidades, esperando que con ello el lector comprenda su alcance, existencia y necesidad, y vislumbre su trascendencia.

2. DENOMINACIÓN, ACRÓNIMO E IDIOMAS DE LOS TRIBUNALES

El Tribunal Arbitral del Deporte también es conocido en inglés como *Court of Arbitration for Sport* y en francés *Tribunal Arbitral du Sport*, aplicando los acrónimos (o siglas) CAS y TAS respectivamente. Este último acrónimo se utiliza normalmente en español.

Por su parte, el Tribunal Arbitral del Arte es conocido en inglés como *Court of Arbitration for Art*, utilizando el acrónimo CAfA.

Los idiomas oficiales del TAS son el inglés, el francés y el español, mientras que en el CAfA se puede pactar entre el mediador y los mediados la utilización de cualquier idioma, lo cual estimamos que al final del camino resulta aplicable también al TAS dado que las partes en conflicto así lo podrían convenir libremente y toda vez que no existen disposiciones en contrario.

3. ORIGEN Y SEDE DE LOS TRIBUNALES

El origen del TAS se encuentra en la década de los ochenta del siglo XX en el seno del Movimiento Olímpico, esto es, vinculado al Comité Olímpico Internacional (COI)².

En 1984 el TAS entró en operación y los principales personajes relacionados a su creación fueron Juan Antonio Samaranch quien en su momento era Presidente del COI, y el entonces Juez de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, Kéba Mbaye que

2. El COI es una organización encargada de promover el Olimpismo y dirigir el Movimiento Olímpico creada en 1894. En los Principios Fundamentales del Olimpismo contenidos en la Carta Olímpica encontramos que: «1 El Olimpismo es una filosofía de vida, que exalta y combina en un conjunto armónico las cualidades del cuerpo, la voluntad y el espíritu. Al asociar el deporte con la cultura y la educación, el Olimpismo se propone crear un estilo de vida basado en la alegría del esfuerzo, el valor educativo del buen ejemplo, la responsabilidad social y el respeto por los principios éticos fundamentales universales. 2 El objetivo del Olimpismo es poner siempre el deporte al servicio del desarrollo armónico del ser humano, con el fin de favorecer el establecimiento de una sociedad pacífica y comprometida con el mantenimiento de la dignidad humana. 3 El Movimiento Olímpico es la acción concertada, organizada, universal y permanente ejercida bajo la autoridad suprema del COI sobre todas las personas y entidades inspiradas por los valores del Olimpismo. Se extiende a los cinco continentes y alcanza su punto culminante en la reunión de los atletas del mundo en el gran festival del deporte que son los Juegos Olímpicos. Su símbolo está constituido por los cinco anillos entrelazados...».

comprendieron la necesidad de tener un organismo especializado en la resolución de conflictos vinculados con el deporte.

Ahora bien, con el paso del tiempo se cuestionó jurídicamente la imparcialidad e independencia del TAS por su vínculo con el COI y en ello con las Federaciones Deportivas Internacionales, por lo que hubo la necesidad de desligarlo de dichos organismos, y entonces crear un ente que se encargara de su desarrollo, resultando así en 1994 el origen del Consejo Internacional de Arbitraje del Deporte (International Council of Arbitration for Sport, ICAS en inglés, CIAS en francés) que a la fecha se encarga de administrar y financiar al TAS y nombrar a sus mediadores y árbitros.

Cabe comentar que en la historia del TAS, la mediación se incorporó hasta el año de 1999.

Por otro lado, en cuanto la sede del TAS, esta se encuentra en Lausana, Suiza, pero también tiene dos oficinas descentralizadas, una en Sydney, Australia y la otra en Nueva York, Estados Unidos de América.

Por lo que toca al CAfA este entró en operación la década pasada, en junio de 2018, naciendo de una iniciativa conjunta de dos instituciones ubicadas en los Países Bajos, a saber: el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos (Netherlands Arbitration Institute, NAI)³ y Autenticación en Arte (Authentication in Art, AiA)⁴. Adicionalmente, fue relevante la participación del abogado del arte William Charron de la Firma Pryor Cashman de Nueva York y quien actualmente forma parte de la Junta Directiva del CAfA⁵.

El CAfA administra sus procedimientos con la asistencia de la Secretaría del NAI y la mediación se reconoció desde el inicio del Tribunal en 2018.

En cuanto a su sede, el CAfA tiene sus oficinas en Róterdam, en los Países Bajos.

4. OBJETIVO DE LOS TRIBUNALES: LA ESPECIALIZACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y SUS EFECTOS COLATERALES

Tanto el TAS como el CAfA tienen como objetivo central la resolución de conflictos a través de la mediación y del arbitraje, enfocados en las materias deportiva y

3. El Instituto de Arbitraje de los Países Bajos es una organización no gubernamental sin ánimo de lucro (fundación) creada en 1949 con sede en Róterdam, Países Bajos y que tiene el propósito de promover y administrar procedimientos de arbitraje y mediación de manera independiente e imparcial (véase: <https://www.nai-nl.org/nl/>).

4. Autenticación en Arte es una organización no gubernamental sin ánimo de lucro (fundación) creada en 2012 con sede en la Haya, Países Bajos a propuesta de los especialistas en el ámbito del arte Rudi Ekkart y Milko den Leuw. Dicha organización se fundó con el objetivo de integrar profesionales en el mundo del arte para ser un foro que promueva las mejores prácticas en torno a la autenticación del arte, dirigida, entre otros, a colecciónistas, historiadores del arte, profesionales del mercado del arte, asesores jurídicos y demás personas involucradas en la industria del arte (Véase: <https://authenticationinart.org/about-us/>)

5. Véase: «New tribunal aims to provide expertise and impartiality», *The Art Newspaper*, 07 mayo 2018 en la dirección: <https://www.theartnewspaper.com/2018/05/07/new-tribunal-aims-to-provide-expertise-and-impartiality-for-art-disputes>

artística respectivamente, esto es, se direccionan hacia conflictos que se presentan en la comunidad deportiva y artística.

Al respecto debemos decir que tanto la comunidad deportiva como la artística han crecido y se han desarrollado a nivel global, regional y nacional, y la solución y dificultad de sus problemas ha requerido de la participación de especialistas para dar confianza, y sobre todo para que las soluciones sean ágiles, dinámicas y acordes con la realidad, y que además a la larga impliquen un menor costo en relación con un litigio desarrollado a la luz de alguna normativa estatal.

Y, ¿cómo es que esto en origen ha sido posible?, y entonces, ¿cuáles han sido los efectos de ello?

A la luz de las ideas del jurista italiano Paolo Grossi⁶, el Derecho es un ordenamiento observado socialmente. Como ordenamiento implica la organización o mejor dicho la auto-organización de la sociedad que sigue y aplica ciertas instituciones, reglas y principios de orden por convicción, dados los valores históricos que encierran y permean, siendo entonces el referente necesario del Derecho la propia sociedad en su respectiva historicidad.

En ese sentido, históricamente las comunidades deportiva y artística como articulaciones de la sociedad, han crecido, se han consolidado y por lo tanto, se han auto-organizado a nivel global, regional y nacional, y por lo tanto han creado sus propios ordenamientos que han sido seguidos por convicción y confianza, primero, y consecuentemente por necesidad ante la realidad que se presenta cotidianamente.

Lo anterior, ha sido inevitable y quizás para la visión de un abogado formado en el positivismo formalista legalista que impera en nuestros días, sea cuestionable. No obstante ello, la presencia de dos Tribunales especializados en el mundo, enfocados en dos comunidades en particular es prueba de que es posible la existencia de un Derecho de los particulares que tutele los intereses y valores que quizás carecen de la protección necesaria en uno o varios Estados determinados.

Así, la existencia de los dos Tribunales Globales consolidados en el entorno de sus respectivas comunidades es entonces un claro ejemplo de la vitalidad que tiene el Derecho y de la importancia de la sociedad en su creación, enfrente del aparato estatal.

Aunado a lo anterior, la presencia de dichos Tribunales naturalmente trae como efectos colaterales la consolidación de dos disciplinas relevantes fruto del orden de las comunidades deportiva y artística. Si bien, el Derecho como un todo incide en los ámbitos del deporte y del arte, lo cierto es que poco a poco se han consolidado el Derecho del Deporte y el Derecho del Arte a partir de las comunidades en cita. Su contenido y estudio se ha desarrollado y difundido con el paso del tiempo, siendo los problemas y los conflictos especializados en dichas materias cruciales para ello.

Por lo tanto, en nuestros días podemos hablar al lado del Derecho en el Deporte y en el Arte de un Derecho del Deporte y de un Derecho del Arte con contenidos interesantes y novedosos que se han ido consolidando poco a poco.

6. Véase principalmente Paolo Grossi, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, España, 2006.

3. LA MEDIACIÓN

La mediación es, sin duda, el sistema de justicia alternativa que requiere de mayor fomento y promoción.

Este procedimiento no es otra cosa que la negociación asistida por un tercero, y se puede definir como «un procedimiento autocompositivo que consiste fundamentalmente en que un tercero llamado mediador, quien debe contar con una experiencia debidamente acreditada en la negociación o conciliación de controversias, se encarga de establecer la comunicación y acercamiento necesarios a fin de que las partes lleguen a un arreglo que se ajuste a sus necesidades, mismo que comúnmente queda plasmado en un convenio de transacción»¹⁴.

Se ha afirmado que la mediación es un procedimiento en el cual las partes contendientes son auxiliadas por un tercero neutral para intentar resolver su controversia. Lo que se decide a través de la mediación, a diferencia del laudo arbitral, no es obligatorio, aunque las partes pueden formalizar sus acuerdos a través de un convenio, el cual se podría equiparar al laudo o a la sentencia¹⁵.

Se debe subrayar que el tercero neutral en la mediación debe abstenerse de proponer soluciones al conflicto presentado de las partes, toda vez que este personaje funge solamente como facilitador de la comunicación y la negociación entre los involucrados.

La mediación se distingue de la conciliación por el hecho de que, en la segunda, el tercero neutral propone posibles soluciones a las partes, mientras que, en la primera, es necesario que se abstenga de emitir siquiera su opinión sobre la problemática planteada.

A pesar de que coincidimos con esta opinión, otros autores sostienen que realmente no hay consenso en cuanto a las diferencias entre la mediación y la conciliación. El maestro Estavillo afirma: «Igualmente, por lo que respecta a la naturaleza de las actividades a desempeñar por el órgano encargado de conducir la conciliación o la mediación, tampoco encontramos una distinción clara y mucho menos consenso en las diversas fuentes consultadas, ya que mientras ciertos autores afirman que el *conciliador* propone soluciones y el *mediador* no, otros sostienen exactamente lo contrario. Y lo mismo sucede tratándose de la posibilidad de que el conciliador o el mediador tenga reuniones con las partes, ya que mientras ciertos autores se pronuncian a favor de que el conciliador o el mediador tenga reuniones privadas (*caucuses*) con cada una de las partes, otros las desaconsejan. Algo similar sucede respecto a la postura frente a la celebración de reuniones con ambas partes contendientes simultáneamente, o respecto a la presencia o no, en las mismas, de abogados de las partes»¹⁶.

En otro orden de ideas, la mediación se diferencia del arbitraje en las metodologías de ambas figuras; así, mientras la mediación respeta el sentido de la disputa para resolver

14. González Calvillo, Enrique. «La mediación en México», en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1999, n.o 29, p. 178.

15. Estavillo Castro, Fernando. «Medios Alternativos de Solución de Controversias». Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C. (Publicado en JURIDICA, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, D.F., n.o 26, 1996).

16. *Ibidem*.

en equidistancia y justicia, el arbitraje es solemne y estructurado y de alguna manera se asemeja al proceso común, de modo que hay grandes similitudes entre el laudo y la sentencia. De igual manera, el desempeño del árbitro en las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y los alegatos posteriores, nos recuerdan el desempeño de los jueces ordinarios.

La mediación tiene un sentido más cooperativo y creativo. El mediador no busca respuestas preestablecidas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libres y voluntariamente concertadas que aligeren sus diferencias previas. La idea es eliminar la noción de que el otro es necesariamente un adversario por derrotar, y considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias, pues con él debemos continuar en relación y convivencia social¹⁷.

Tal vez este procedimiento sea el más flexible, creativo y abierto de la justicia alternativa, ya que al igual que en la negociación, lo que se pretende es hacer compatibles los intereses de las partes en conflicto para generar soluciones en las que ambas resulten ganadoras.

Las ventajas de la mediación se pueden resumir en los siguientes puntos: a) Utiliza un lenguaje sencillo; b) Es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo que permite adecuarla a las circunstancias y a las personas; c) procura preservar la relaciones entre las partes, en vez de destruirlas; d) genera acuerdos creativos; e) las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo de la mediación, y f) en términos de dinero y de tiempo, es menos costosa que un juicio¹⁸.

Las materias en las que puede ser de utilidad la mediación son de lo más variadas, y van desde los asuntos corporativos, internacionales, políticos, vecinales, escolares, comerciales, familiares, civiles y hasta penales. Dicho en pocas palabras, en todo conflicto humano, se puede aplicar alguna modalidad de la mediación.

Por ejemplo, en los casos de conflictos matrimoniales que pudieran desembocar en un juicio de divorcio, la mediación presenta grandes ventajas que el procedimiento judicial en sí mismo no puede ofrecer: los cónyuges construyen la solución de sus problemas a partir de la negociación de sus propios intereses, dejando que el Juez se encargue exclusivamente de las cuestiones de orden público que resultaran de un eventual rompimiento del vínculo matrimonial.

Asimismo, este procedimiento brinda la oportunidad de resolver conflictos de carácter emocional que difícilmente podría o debería resolver el juzgador. Por lo general, las personas que pretenden divorciarse están también angustiadas por razones extra- legales. La relación entre la pareja probablemente continuará aun si sobreviene la ruptura, y con mayor razón si han concebido progenie. A través de la mediación, es posible mejorar las futuras relaciones entre el padre y la madre, así como entre éstos y sus hijos. Es realmente sorprendente cómo, en ocasiones, el ofrecimiento de una disculpa por

17. Gozaíni, Osvaldo Alfredo. «La mediación, una nueva metodología para la resolución de controversias», en *Ars Iuris*, n.o 14, Instituto de Documentación e Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, p. 99.

18. *Ibid.* p. 100.

parte de alguno de los cónyuges o la manifestación de los resentimientos, dentro del proceso de mediación, pueden cancelar la posibilidad del divorcio mismo.

La mediación, en estos casos, también es útil cuando existe disparidad en el poder económico o de negociación entre los cónyuges. En nuestra sociedad, lo más común es que el hombre mantenga una relación de supra-subordinación hacia la mujer. El primero es el proveedor de los bienes materiales, es quien sale a trabajar y tiene mayores oportunidades de contactar abogados. Ante esta realidad, la mujer está en clara desventaja frente al hombre en un juicio de divorcio.

En virtud de que la mediación se construye con base en la negociación asistida por un tercero, desaparece el posicionamiento legal que el hombre podría lograr con sus abogados en un juicio.

Estos son algunos ejemplos de las áreas en que se puede emplear la mediación. No pretendemos limitar, *a priori*, su aplicación en otras áreas del Derecho, por sensibles que parezcan.

Aquí vale recordar el argumento que se empleaba cuando la mediación incursionaba en los tribunales de justicia mexicanos. En la primera década del siglo XXI, quienes estábamos a favor de la incorporación de la mediación en los tribunales del fuero común, solíamos sostener que dicho procedimiento debía aplicarse a asuntos relativamente sencillos, menores, no graves y dejar a la jurisdicción los asuntos más complicados y serios. El discurso empleado por quienes defendíamos este método alterno obedecía a una estrategia de persuasión, que consistía en que los juzgadores y los abogados postulantes no percibieran a la mediación como una amenaza o como un procedimiento que habría de suplirlos.

Finalmente, la estrategia funcionó, aun cuando a la fecha algunos juzgadores y abogados nos ven de reojo, con desconfianza y siguen pensando que la mediación es la hermana menor de la jurisdicción.

No hay nada más alejado de ello. Me atrevo a afirmar que entre más complejo es un asunto, es menos susceptible de ser resuelto en juicio y tiene mayores probabilidades de ser solucionado a través de la justicia alternativa y, por justicia alternativa no sólo me refiero a los tres métodos clásicos de autocomposición, es decir, la negociación, la mediación y la conciliación; me refiero también a los esquemas de justicia restaurativa, mismos que pueden emplearse más allá del derecho penal.

Basten unos cuantos ejemplos que podrían ser calificados de mediaciones políticas o militares, pero que a fin de cuentas mejoraron situaciones complejísimas en conflictos nacionales e internacionales.

Viene a la mente el genio que representó el presidente español, Adolfo Suárez, quien tuvo como encargo, casi único, pacificar a la España posfranquista, y realizar la transición democrática. El presidente Suárez logró sentar a la mesa de negociación tanto a los comunistas como a los franquistas moderados. Desde un principio advirtió a todos los actores políticos que dejaran de pensar en sus posiciones ideológicas y que por primera vez pensaran en el único interés que todos compartían: el futuro político y económico de España. Todos, o casi todos, participaron. Al poco tiempo de logrados los Pactos de

la Moncloa¹⁹, Suárez fue nuevamente propuesto para presidir la nación, pero renunció y abrió el paso a Calvo Sotelo para sucederlo. Sin la mediación de Adolfo Suárez, la transición democrática de España y su adhesión a la Unión Europea, hubieran sido imposibles.

Otro ejemplo más de la utilidad de la mediación es aquella que nos ofrecen dos personajes estadounidenses que intervinieron como mediadores en donde existían conflictos armados de diferente intensidad²⁰.

El primero de ellos es el asunto de las negociaciones entre los irlandeses leales a la corona británica y los republicanos, en la década de los años noventa del siglo pasado. Ambos bandos llevaban años de estancamiento en las negociaciones y el Ejército Republicano Irlandés (ERI), brazo armado de *Sinn Féin*, no había abandonado del todo su actividad terrorista. La misión del mediador estadounidense en este caso, George Mitchell, fue la de un verdadero mediador transformativo, su misión era lograr que ambos bandos se sentaran a negociar, no se trataba de llegar a acuerdos, sino de llegar a la mesa. Varios meses tuvieron que pasar para que se lograra el cometido. A Mitchell se le puede ver como un mediador suave, meticuloso, diplomático y muy paciente. El acercamiento era la meta de la mediación, toda vez que las partes seguían muy posicionadas.

En contraste encontramos el asunto de la cruenta guerra que tuvo lugar en los Balcanes, también en la década de los noventa del siglo XX. El derramamiento de sangre en Bosnia-Herzegovina a manos de Slobodan Milosevic, entre 1992 y 1995. Aquí la misión no era acercar a las partes, en este caso la OTAN y Milosevic, sino detener el derramamiento de sangre. Richard Holbrooke, diplomático curtido en materia de seguridad nacional, operó como el mediador. A diferencia de Mitchell, Holbrooke se condujo como un mediador duro, de «palos y zanahorias», de premios y castigos. Lo importante era detener la matanza de seres humanos. El mediador se dedicó, si se me permite el reduccionismo, a amenazar a Milosevic con la narrativa de que un ataque de la OTAN era inminente, en tanto que intentaba ganar tiempo con la OTAN, affirmando que Milosevic iba a hacer un alto al fuego pronto. Finalmente, con astucia logró el cese al fuego por parte de Milosevic y el repliegue de las tropas de la Organización del Atlántico Norte.

Es verdad que, en el caso de los Balcanes, se formó un Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, dependiente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pero no ha resuelto nada de fondo.

Tampoco una sentencia judicial habría terminado con la guerra en los Balcanes o habría resuelto el problema de la incapacidad de diálogo entre irlandeses o españoles. Fueron procesos de mediación los que lograron los mejores resultados.

19. Los Pactos de la Moncloa, texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político, Madrid, pp. 8-27 octubre 1977 en: <https://www.cervantesvirtual.com/obra/los-pactos-de-la-moncloa-texto-completo-del-acuerdo-economico-y-del-acuerdo-politico-madrid-8-27-octubre-1977-1047826/>

20. Curran, Daniel F., James K. Sebenius, and Michael Watkins. «Two Paths to Peace: Contrasting George Mitchell in Northern Ireland with Richard Holbrooke in Bosnia-Herzegovina». Negotiation Journal 20, no. 4 (October 2004). Reprinted in International Dispute Resolution, Volume III (ed. Carrie Menkel-Meadow, April 2012).

La mediación no es una figura exclusiva de ciertos sectores o centrada a determinados personajes. Se trata de un mecanismo idóneo tanto para el ámbito privado como para el público. Es una figura que trasciende porque también alcanza el nivel internacional, pero tampoco descuida lo social.

Sectores como el corporativo, la administración pública y materias jurídicas como laboral, propiedad intelectual y tributario no resultan ser ajena a la aplicación de la mediación y que mejor manera de conocer que con las aportaciones que han brindado en los diferentes capítulos de esta edición grandes expertas y expertos en este campo.

Recientemente se publicó en México la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, legislación que viene a reposicionar estos medios, entre ellos a la mediación. Como parte de la colección «TODOS» la presente edición aborda ya aspectos que esta figura tiene en la legislación, pero también los complementa con la visión internacional, porque no se limita a lo que sucede en México, este libro permite conocer la figura integralmente.

ISBN: 978-84-9090-753-5

